

L'applicazione delle clausole di *clawback* nei contratti di lavoro: un primo tentativo di approccio al problema*

Caterina Timellini

1. Le clausole di clawback: introduzione al tema.	123
2. Cenni alla retribuzione variabile nel panorama normativo italiano.	125
3. In particolare, la ricostruzione della retribuzione variabile in termini di condizione sospensiva e le problematiche derivanti dalla mancata individuazione degli obiettivi da parte del datore di lavoro.	130
4. La direttiva 2013/36/UE e il recepimento di essa da parte della Banca d'Italia, nonché l'ulteriore regolamentazione della materia da parte della CONSOB.	134
5. La casistica delle clausole di clawback attualmente disponibile.	138
6. Le teorie sul fondamento giuridico del rimedio de quo.	142
7. La rilevanza disciplinare delle condotte dei lavoratori che legittimano l'esercizio del clawback.	145
8. Osservazioni conclusive.	147

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 355/2018

1. Le clausole di clawback: introduzione al tema.

“Un buon manager consegue profitti annuali, un grande manager realizza risultati di lungo termine”⁽⁴³⁵⁾. È in tale contesto che traggono origine le clausole di *clawback*.

Si tratta di clausole proprie dei sistemi di *common law* - particolarmente del mondo finanziario - che costituiscono un meccanismo correttivo tipico del sistema di retribuzione variabile anglosassone.

Pur senza la pretesa di voler compiere un'analisi dettagliata e approfondita dell'istituto della retribuzione nei paesi di *common law*, ci si limita a ricordare che la regolamentazione della retribuzione, in Gran Bretagna, risente di molteplici aspetti, che possono essere riassunti in una perdita di potere del sindacato e del ruolo della contrattazione collettiva, a fronte di una politica prevalentemente antisindacale dei governi conservatori ⁽⁴³⁶⁾.

In Gran Bretagna avviene allora che la legge fissi soltanto i minimi salariali, al pari di quanto in Italia fanno invece i contratti collettivi nazionali di lavoro, mentre la parte restante della retribuzione viene gestita liberamente dalle parti contraenti, ossia dalle aziende e dai lavoratori.

In sostanza, è il *management* aziendale che gestisce autonomamente la retribuzione variabile e ciò fa senza alcun confronto con il sindacato.

Le aziende anglosassoni, pertanto, possono erogare la retribuzione in misura variabile, la c.d. *variable pay*, ancorando la parte variabile di essa al conseguimento, da parte del lavoratore, di obiettivi strategici predeterminati dal *management* aziendale stesso, oppure ad una valutazione positiva delle prestazioni di lavoro o, ancora, al conseguimento di risultati positivi da parte dell'impresa sul mercato ⁽⁴³⁷⁾. Nelle prime due accezioni la retribuzione acquisisce una finalità incentivante, venendo a svolgere una funzione strategica, in quanto incentiva appunto i prestatori di

⁽⁴³⁵⁾ La citazione è di Jack Welch, ex presidente e CEO di General Electric, il quale è considerato uno dei *manager* di maggior successo nella storia del business americano, in quanto sotto la sua direzione la citata società ha aumentato la capitalizzazione di 400 milioni di dollari. Nominato nel 2000 “*Manager del secolo*” dalla rivista *Fortune*, è consulente e *speaker* e nel 2010 ha fondato il *Jack Welch Management Institute*, un MBA online accreditato con 900 studenti in tutto in mondo. È coautore del *bestseller* internazionale *Vincere!* del 2005, edito da BUR Biblioteca Universitaria Rizzoli e tradotto in 35 lingue.

⁽⁴³⁶⁾ In passato anche in Gran Bretagna, così come avviene ancora oggi in Italia, i sindacati determinavano il trattamento economico dei dipendenti applicando aumenti retributivi uguali per tutti, mentre la retribuzione variabile rappresentava una parte marginale del trattamento economico complessivo e lo strumento centrale per garantire tale politica egualitaria era il contratto collettivo. La situazione è radicalmente mutata con l'avvento di una politica antisindacale da parte dei governi conservatori, tant'è che oggi la contrattazione collettiva ha un ruolo marginale ed è confinata solo ad alcuni settori, quali ad esempio il settore manifatturiero. Si rinvia, per una interessante panoramica sull'evoluzione storica delle relazioni industriali in Gran Bretagna, a B. BERCUSSON, B. RYAN, *The british case: before and after the decline of collective wage formation*, in R. BLANPAIN (a cura di), *Collective bargaining and wages in comparative perspective*, Netherland, Kluwer law, 2005, pag. 49 e segg. Cfr., inoltre, J. ARROWSMITH, P. MARGINSON, *The decline of incentive pay in British manufacturing*, in *Ind. Rel. Journal*, 2010, pag. 289 e segg.; W. BROWN, P. MARGINSON, H. WALSH, *The management of pay as the influence of collective bargaining diminishes*, in P. EDWARDS (a cura di), *Industrial relations. Theory and practice*, Blackwell, 2003, pag. 194 e segg.

⁽⁴³⁷⁾ Sulle forme di *variable pay* cfr. P. MARGINSON, J. ARROWSMITH, M GRAY, *Underminig or reframing collective bargaining? Variable pay in two sectors compared*, in *Human resorce management journal*, 2008, n. 18, pag. 327 e segg. Sul tema si rileva che ancorare la *variable pay* ad obiettivi predeterminati ha la funzione di incentivare i lavoratori; l'ancoraggio alla valutazione delle prestazioni ha l'effetto di orientare queste ultime al conseguimento di obiettivi ritenuti rilevanti; ancora, ancorare l'attribuzione della retribuzione variabile al conseguimento di risultati positivi dell'azienda sul mercato ha l'effetto di flessibilizzare il costo del lavoro in relazione agli andamenti dell'impresa stessa.

lavoro a perseguire obiettivi rilevanti per l'impresa⁽⁴³⁸⁾. Nell'ultima accezione, invece, la retribuzione assume una finalità partecipativa, facendo variare il trattamento economico in base all'*ability to pay* dell'impresa e realizzando principalmente un vantaggio per l'azienda, che in questo modo riduce il costo del lavoro a fronte di risultati negativi sul mercato.

Le clausole di *clawback* costituiscono dei meccanismi contrattuali che prevedono la possibile restituzione, totale o parziale, di compensi già erogati dalle aziende al proprio personale sotto forma di parte variabile della retribuzione. Esse consistono, quindi, in una sorta di *malus* che fa da contropartita all'erogazione di un *bonus* in qualche modo non dovuto, in quanto ingiustamente e/o erroneamente erogato, controbilanciandolo ed eventualmente eliminandolo, ove non meritato.

Soprattutto nel settore finanziario sussiste, a seguito delle numerose crisi bancarie a livello mondiale degli ultimi anni, una significativa resistenza da parte sia degli azionisti che dell'opinione pubblica a riconoscere che l'elevato ammontare della parte variabile della retribuzione di molti *manager* costituisca una sorta di "diritto incondizionato" indipendentemente da come si svolga o termini il rapporto di lavoro o, comunque, in modo del tutto slegato dall'effettiva *performance* aziendale.

Se una certa attenzione verso i compensi dei vertici aziendali è riscontrabile ormai da un paio di decenni, è innegabile che la crisi del 2008 abbia accentuato l'azione dei regolatori, degli investitori e dell'opinione pubblica sui compensi stellari dei vertici aziendali, *in primis* del settore finanziario⁽⁴³⁹⁾.

Con tale strumento, pertanto, l'azienda può rientrare in possesso di somme già erogate a fronte di valutazioni negative, *ex post*, delle *performance* aziendali o individuali.

In questo senso, allora, le clausole di *clawback* costituiscono un rimedio che, essendo legato al concetto di meritocrazia e la cui *ratio* di fondo riecheggia il sistema di valutazione delle *performance* tipica del pubblico impiego, finisce inevitabilmente per attirare il plauso dell'opinione pubblica.

Le clausole di *clawback* iniziano ormai ad essere applicate anche in Italia, seppur ancora limitatamente ai contratti di lavoro del settore bancario o, comunque, degli operatori finanziari secondo la regolamentazione che, come si vedrà, è stata fissata dalla Consob.

Ciò impone, pertanto, una particolare sensibilità verso tale tema e solleva una serie di interessanti questioni - rappresentando tali pattuizioni una assoluta novità nel panorama del diritto

⁽⁴³⁸⁾ Molto diffuso è il c.d. *Management by objectives* (MBO), che consiste nell'individuazione di obiettivi di miglioramento della prestazione lavorativa e nella verifica periodica degli stessi. In materia, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2003, pag. 194 e segg.

⁽⁴³⁹⁾ Fra il 2008 e il 2013 si è verificata una crisi economica ed occupazionale senza precedenti negli ultimi ottant'anni, caratterizzata dalla perdita di circa 6,36 milioni di posti di lavoro, tant'è che i compensi di molti *manager* sono risultati difficilmente giustificabili o quantomeno poco coerenti con le *performance* aziendali. Nei Paesi anglosassoni il divario tra remunerazione del *Top Management* e il lavoratore medio si è addirittura ampliato nel corso della crisi. In questo contesto si colloca la decisione della *Securities and Exchange Commission* (SEC) americana dell'autunno 2013 di richiedere alle aziende la comunicazione del differenziale retributivo, ossia la differenza tra la remunerazione del CEO rispetto a quella riconosciuta al lavoratore medio all'interno della stessa azienda. In dottrina, sul punto si rinvia a S. CATANI, B. TERRACCIANO, *L'executive compensation: principi, strumenti e tendenze*, in *Riv. Dottori Commercialisti*, 2014, n. 4, pag. 729.

contrattuale italiano - in ordine alla loro tenuta e collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico.

2. Cenni alla retribuzione variabile nel panorama normativo italiano.

Al fine di dare un inquadramento alle clausole di *clawback* occorre partire da un dato, ossia che esse rappresentano delle pattuizioni in forza delle quali le parti si accordano per la restituzione *ex post* della retribuzione variabile ⁽⁴⁴⁰⁾.

Ciò ricordato, nel tentativo di comprendere appieno le problematiche connesse al tema *de quo* pare innanzitutto doveroso richiamare, seppur sommariamente, il concetto di retribuzione incentivante nel nostro ordinamento giuridico ⁽⁴⁴¹⁾.

Com'è noto in Italia la retribuzione variabile, che si va ad affiancare ad un trattamento retributivo fisso e che viene erogata come una sorta di "premio" ogni qual volta il lavoratore raggiunga determinati obiettivi o risultati, può essere oggetto di pattuizione sia da parte dei contratti individuali che ad opera dei contratti collettivi ⁽⁴⁴²⁾, specialmente aziendali ⁽⁴⁴³⁾.

Ora, il negoziato collettivo risponde alla *ratio* di imporre al datore di lavoro obblighi di retribuzione minima fissati a livello sindacale e, quindi, la regolamentazione a tale livello viene sostanzialmente incontro alle esigenze di quei lavoratori che effettuano prestazioni di fare fungibili e che sono in possesso di competenze se non di scarso pregio qualitativo, quantomeno offerte sul mercato in eccesso rispetto alla domanda.

Questi ultimi, infatti, aspirando ad una tutela di tipo solidaristico - in quanto difficilmente sarebbero in altro modo in grado di imporre un determinato trattamento retributivo, perché non in possesso di distintive capacità professionali -, prediligono certamente una negoziazione a livello collettivo.

⁽⁴⁴⁰⁾ In tema di retribuzione variabile, tra i tanti, cfr. R. PESSI, *Retribuzione variabile e fattispecie di lavoro subordinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, pag. 60 e segg.; M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, pag. 455 e segg.; M. BIAGI, *Il futuro del contratto individuale di lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1996, pag. 325 e segg.; B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI, *Nozione giuridica di retribuzione, incentivazione e salario variabile*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, pag. 34 e segg. Cfr., inoltre, A. DI STASI, *La retribuzione variabile in Italia*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, n. 5, pag. 3 e segg.; E. VILLA, *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 2, pag. 451 e segg.

⁽⁴⁴¹⁾ Cfr. A. ALAIMO, *Sistemi partecipativi e incentivi di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, pag. 13 e segg.; S. BELLOMO, *Retribuzione, produttività e assetti contrattuali a quindici anni dal Protocollo Ciampi*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, tomo I, Bari, 2008, pag. 113 e segg.

⁽⁴⁴²⁾ Cfr. C. ZOLI, *Struttura della contrattazione collettiva e rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, pag. 301 e segg.; T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, pag. 215 e segg.

⁽⁴⁴³⁾ V. Cass. n. 6852/2010, in *www.dejure.it*, secondo la quale la contrattazione collettiva aziendale ha competenza esclusiva dell'istituto, ivi compresa "ogni determinazione circa l'attribuzione" stessa del premio"; nello stesso senso v. anche Cass. n. 4078/2009, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 272; Cass. n. 17310/2008, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, pag. 49 e segg., con nota di A. OCCHINO, *Premio di risultato e fonte costitutiva del diritto*. Inoltre, v. Cass. n. 21379/2005, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2006, 156, che attribuisce alla contrattazione collettiva aziendale il potere anche di non attribuire il premio in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi di produzione dell'impresa. Cfr., inoltre, M. VITALETTI, *La retribuzione variabile all'esame della giurisprudenza di legittimità*, in *www.adapt.it*, 6 dicembre 2010, secondo la quale con il Protocollo del 23 luglio 1993 il contratto collettivo a livello territoriale o aziendale veniva legittimato (*rectius*: delegato) a regolamentare in via esclusiva la retribuzione variabile, in quanto ambito più idoneo a definirla tenuto conto della specificità della realtà d'impresa, nonché perdita di autorità della contrattazione collettiva nazionale nella definizione di retribuzione sufficiente, alla luce del ruolo attribuito all'IPCA (Indice Prezzi al Consumo Armonizzato in ambito europeo per l'Italia) di adeguamento del trattamento economico all'inflazione.

In tali casi è, pertanto, il contratto collettivo di secondo livello che definisce sia l'*an* che il *quantum* della retribuzione variabile, a nulla rilevando una diversa determinazione da parte del contratto collettivo nazionale ⁽⁴⁴⁴⁾.

Inoltre, l'intervento sindacale garantisce maggiore trasparenza e realizza un contemperamento reale degli interessi contrapposti in gioco ⁽⁴⁴⁵⁾.

Ovviamente, in tale ipotesi gli emolumenti aggiuntivi saranno esigui e tali da non pesare in misura significativa sulle imprese, ma è comunque interessante rilevare come nelle premesse di tali contratti si legga che la retribuzione variabile costituisce un importante strumento di integrazione dei dipendenti nel sistema aziendale, in quanto ne indirizza i comportamenti lavorativi verso i risultati aziendali e di gruppo, salvaguardandone i livelli di occupazione ⁽⁴⁴⁶⁾.

Venendo, più nello specifico, a considerare le modalità di calcolo della retribuzione variabile, così come fissate dalla recente contrattazione aziendale ⁽⁴⁴⁷⁾, si rileva come alcuni accordi prevedano l'erogazione del premio al raggiungimento di un unico risultato ⁽⁴⁴⁸⁾ e altri l'erogazione di vari premi al raggiungimento di una pluralità di obiettivi, per così dire, "a gradini" ⁽⁴⁴⁹⁾. Tale seconda modalità di erogazione della componente variabile della retribuzione consente di ridurre il rischio posto in capo ai lavoratori di non conseguire alcun aumento retributivo.

Ancora, gli accordi collettivi aziendali ancorano l'erogazione del premio o al raggiungimento di determinati livelli di redditività, soluzione preferita dalle imprese, o di *produttività* ⁽⁴⁵⁰⁾, soluzione al contrario maggiormente caldeggiata dalle organizzazioni sindacali in quanto più strettamente correlata alla prestazione dei lavoratori e non, come la prima, agli investimenti dell'impresa, all'acquisto di nuovi macchinari, all'andamento del mercato, al conseguimento di determinati risultati finanziari ⁽⁴⁵¹⁾.

⁽⁴⁴⁴⁾ Cfr. M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, *La retribuzione ad incentivi: introduzione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1993, pag. 5 e segg. I primi esempi di retribuzione correlata ad elementi dinamici, quali l'efficienza di produzione o la redditività dell'impresa, si ritrovano nelle esperienze pilota degli Accordi Fiat e Olivetti, rispettivamente del 18 luglio e del 20 ottobre 1988, nonché dei contratti aziendali di Fincantieri di Castellamare di Stabia del 30 settembre 1988 e del 9 aprile 1992. Cfr. R. SANTUCCI, *La retribuzione incentivante alla Fincantieri di Castellamare di Stabia*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, Milano, 1994, pag. 72 e segg.

⁽⁴⁴⁵⁾ Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Introduzione. Qualità totale e compatibilità con il sistema del diritto del lavoro*, in L. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano, 1992, pag. 4 e segg.; A. ALAIMO, *Qualità totale, tecniche di retribuzione e sistemi di partecipazione aziendale. L'esperienza delle commissioni tecniche miste*, in L. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, cit., pag. 299 e segg.

⁽⁴⁴⁶⁾ Cfr. A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancati)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, pag. 299 e segg.

⁽⁴⁴⁷⁾ Cfr. M. VITALETTI, *La retribuzione c.d. di produttività nella "nuova" contrattazione aziendale: questioni ed esiti*, in *Lav. Dir.*, 2011, pag. 689 e segg. Cfr., inoltre, B. CARUSO, G. RICCI, *Sistemi e tecniche retributive*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, pag. 71 e segg.

⁽⁴⁴⁸⁾ Ad esempio il contratto Fiera S.p.a del 23 maggio 2007 prevedeva l'erogazione di un premio di 2.600,00 a tutti i lavoratori al conseguimento da parte dell'impresa dell'obiettivo di redditività prefissato. Allo stesso modo, anche il contratto Coca-Cola del 7 luglio 2011 subordina il premio al conseguimento dell'obiettivo al 100%.

⁽⁴⁴⁹⁾ V. il contratto Telecom Italia del 14 maggio 2008 e il contratto Barilla del 24 giugno 2011.

⁽⁴⁵⁰⁾ Gli indicatori di produttività possono dipendere da obiettivi qualitativi o quantitativi. Per una disamina in merito cfr. B. CARUSO, G. RICCI, *Sistemi e tecniche retributive*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, pag. 71 e segg.

⁽⁴⁵¹⁾ Nella seconda metà degli anni ottanta e nel periodo immediatamente successivo al Protocollo del 1993 erano più diffusi gli indicatori di produttività, in quanto si riteneva che il riconoscimento di incentivi ai lavoratori potesse migliorare la produttività delle imprese e far diminuire o quantomeno non crescere l'inflazione. In dottrina, cfr. E. REYNERI, *Contrattazione decentrata e politica retributiva aziendale*, in *Il sistema retributivo verso gli anni '90*, Napoli, 1988, pag. 316 e segg.; G. DELLA ROCCA, *Incentivi e flessibilità del salario*:

La distinzione del premio ancorato a indici di redditività o di produttività pone una rilevante questione, peraltro, sotto il profilo della compatibilità di tale metodo di calcolo con il disposto dell'art. 36 Cost.

Tale previsione, infatti, com'è noto, stabilisce che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto. Ciò significa che qualora il premio sia legato a indici di redditività che dipendono dall'andamento dell'impresa e non dalla quantità e qualità del lavoro prestato non si pongono particolari problemi di compatibilità con l'art. 36 Cost. ⁽⁴⁵²⁾, a meno che i premi di produttività non assumano un ruolo preponderante nella struttura retributiva, perché in tal caso il raccordo tra la retribuzione e la quantità e qualità del lavoro svolto potrebbe compromettere, restringendola, l'autonomia collettiva o individuale ⁽⁴⁵³⁾.

Al di là di tale ultima ipotesi la retribuzione di redditività, rientrando nelle previsioni dell'art. 2099, comma 3, c.c. e dell'art. 2102 c.c., è sostanzialmente subordinata agli utili, che sono totalmente indipendenti dalla quantità e qualità del lavoro prestato, per cui se la retribuzione base è conforme ai salari minimi fissati dai contratti collettivi lo è anche all'art. 36 Cost. ⁽⁴⁵⁴⁾ e le parti sono libere di condizionare una quota del trattamento economico all'andamento dell'impresa ⁽⁴⁵⁵⁾.

Diversamente, invece, ove il lavoratore svolga una prestazione di lavoro più intensa dal punto di vista qualitativo e/o quantitativo senza che l'obiettivo, legato alla produttività, venga raggiunto a causa della non collaborazione dei colleghi, ad esempio, si crea una situazione di tensione con il principio costituzionale ⁽⁴⁵⁶⁾.

Per riequilibrare l'asimmetria descritta, pertanto, in dottrina taluno ha ipotizzato una nozione ampia di corrispettivo, atta a ricomprendere ogni erogazione, anche la retribuzione variabile, in modo da assoggettarla al rispetto del principio costituzionale ⁽⁴⁵⁷⁾.

Sulla determinazione della retribuzione variabile, poi, incide notevolmente l'ampiezza del gruppo di lavoratori presi a riferimento per verificare il raggiungimento degli obiettivi di produttività ⁽⁴⁵⁸⁾. Infatti, un conto è effettuare il calcolo sull'intera produttività aziendale e una cosa è, invece,

cause e risultati, in *Prospettiva Sindacale*, 1990, nn. 75/76, pag. 7 e segg. Oggi, invece, sono più frequenti gli indicatori di redditività e quelli misti. Cfr., inoltre, L. BIRINDELLI, G. D'ALOIA, *Produttività e politiche dei redditi*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, 4, pag. 59 e segg.; A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancanti)*, cit., pag. 303; M. BENEDETTI, A. COCOZZA, *Politiche salariali, produttività e redditività. Una riflessione metodologica*, in A. COCOZZA, *Salari e produttività*, Roma, 1989, pag. 101 e segg.

⁽⁴⁵²⁾ Sul tema si rinvia a L. BONARETTI, *L'equa retribuzione nella Costituzione e nella giurisprudenza*, Milano, 1994.

⁽⁴⁵³⁾ Così E. GRAGNOLI, *Retribuzione ad incentivo e principi costituzionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 224.

⁽⁴⁵⁴⁾ Si rinvia a A. BELLAVITA, *Il salario minimo legale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, pag. 741 sul fatto che la retribuzione minima fissata dai contratti collettivi nazionali costituisca il punto di riferimento fondamentale ai fini della determinazione della "giusta retribuzione" prevista dall'art. 36 Cost.

⁽⁴⁵⁵⁾ Cfr. A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Milano, 2004, pag. 34.

⁽⁴⁵⁶⁾ La questione è stata sollevata da M. RUSCIANO, *Livelli di contrattazione e trattamenti retributivi*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Istituto giuridico, 2011, pag. 571 e segg.

⁽⁴⁵⁷⁾ Cfr. M. VITALETTI, *La retribuzione variabile*, Roma, 2010, pag. 95 e segg.

⁽⁴⁵⁸⁾ Anche l'ampiezza del gruppo può essere oggetto di contrattazione tra le parti. V., ad esempio, il contratto collettivo aziendale Peroni del 30 maggio 2007 e il contratto del gruppo Monte Paschi di Siena del 6 febbraio 2001.

circoscriverlo alla produttività di un determinato reparto o di una data unità produttiva ⁽⁴⁵⁹⁾, in quanto, come è stato osservato in dottrina, più piccolo è il gruppo e non solo maggiormente coinvolto e spronato sarà ciascun lavoratore ⁽⁴⁶⁰⁾, ma svolgerà anche una sorta di autocontrollo sul lavoro degli altri ⁽⁴⁶¹⁾.

Inoltre, succede che ove il raggiungimento dell'obiettivo dipenda dal comportamento conforme di tutti i lavoratori dell'impresa la funzione incentivante del premio viene depotenziata a causa di fenomeni di *free riding*. Tale ipotesi si verifica quando i lavoratori meno volenterosi, per conseguire l'obiettivo di produttività, non migliorano la propria prestazione, ma si appoggiano al maggior sforzo di colleghi più efficienti.

Ovviamente tale comportamento non espone i lavoratori, per così dire, lavativi al rischio di sanzioni disciplinari o di licenziamento per scarso rendimento, posto che la retribuzione variabile costituisce un premio e, pertanto, il raggiungimento degli obiettivi che ne giustificano l'erogazione non rappresenta in alcun modo un obbligo contrattuale.

Diverso discorso, invece, ove il datore di lavoro dimostri che il lavoratore pone, nello svolgimento della prestazione, una diligenza inferiore a quella richiesta dalla natura della prestazione ai sensi dell'art. 2104 c.c. o un rendimento inferiore a quello normale ⁽⁴⁶²⁾.

Infine, il criterio della produttività può essere ancorato a obiettivi di tipo quantitativo, quali ad esempio il numero di pezzi lavorati, il tempo di esecuzione, ecc., ma anche a risultati di tipo qualitativo, come la soddisfazione dei clienti.

La contrattazione collettiva aziendale sui miglioramenti retributivi, tuttavia, presenta una pecca significativa, data dalla finalità in essa insita di redistribuzione del reddito a vantaggio di quei lavoratori che non presentano competenze professionali tali da giustificare la negoziazione individuale di superminimi e, quindi, in tal modo finisce per premiare coloro che non possiedono competenze professionali strategiche per l'azienda ⁽⁴⁶³⁾.

Ora, tale funzione ha un senso e una meritorietà nel momento in cui consente di riconoscere miglioramenti retributivi a lavoratori che operano in contesti geografici e in settori più deboli del mercato o che risentono di una strategia nazionale penalizzante, ma allo stesso tempo rende ben comprensibili le resistenze con cui le imprese guardano a tali accordi, qualora finiscano per avvantaggiare i lavoratori più lassisti ⁽⁴⁶⁴⁾.

⁽⁴⁵⁹⁾ Cfr. R. LEONI, M. TIRABOSHI, G. VALIETTI, *Contrattazione a livello di impresa: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari*, in *Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2, pag. 140 e segg.

⁽⁴⁶⁰⁾ Così R. ROMEI, *Premio di produttività*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, vol. 1, Bologna, 2010, pag. 101 e segg.

⁽⁴⁶¹⁾ Cfr. L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, pag. 367, secondo il quale in tal modo si verifica un passaggio dal controllo del comportamento al controllo dei risultati.

⁽⁴⁶²⁾ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, 2011, pag. 81 e segg.

⁽⁴⁶³⁾ Cfr. E. GRAGNOLI, *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Milano, 2012, pag. 194 e segg.

⁽⁴⁶⁴⁾ Secondo A. LASSANDARI, *La retribuzione e i contratti collettivi aziendali*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, cit., pag. 194 e segg.; ID., *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancati)*, in *Riv. Gur. Lav.*, 2009, 2, pag. 299 e segg. e, in particolare, pag. 328, in cui viene posto l'accento sulla mancanza di incentivi concreti alla contrattazione collettiva di secondo livello.

Un discorso completamente diverso, invece, può svolgersi con riferimento ad un contesto quale è quello in cui operano le clausole di *clawback*, contesto in cui i lavoratori sono in possesso di competenze professionali qualitativamente elevate, presentano profili professionali apprezzati per le loro capacità professionali, offrono all'azienda un significativo apporto individuale e mettono in campo competenze che hanno impatti diretti e rilevanti sulla qualità della produzione, in quanto in questi casi i lavoratori sono in grado di negoziare a livello individuale la propria remunerazione.

In tale contesto, caratterizzato da una spiccata evoluzione tecnologica ⁽⁴⁶⁵⁾, da un'incapacità delle organizzazioni sindacali di rappresentare le fasce dinamiche del mercato ⁽⁴⁶⁶⁾ e comunque estremamente distante dalla situazione lavorativa di anche soltanto qualche decennio fa ⁽⁴⁶⁷⁾, pertanto, la retribuzione non è più determinata in sede collettiva, bensì all'opposto essa vede la propria regolamentazione principe nel negoziato individuale.

Quest'ultimo diviene, infatti, il frutto di un accordo diretto tra datore di lavoro e lavoratore ed è volto a valorizzare il merito di quest'ultimo, il quale, forte delle proprie capacità e della minor fungibilità delle prestazioni, avvia direttamente con la controparte una negoziazione sulla propria remunerazione.

In questo senso, pertanto, il lavoratore che sa "di valere", ossia di essere in possesso di particolari competenze e professionalità infungibili e qualitativamente appetibili sul mercato si mette in gioco, negoziando la propria remunerazione con il datore di lavoro e, alla fine, potendosi altresì permettere di scegliere di lavorare presso l'impresa che più remunererà le proprie capacità.

Allo stesso modo la maggior parte delle imprese predilige l'erogazione di superminimi a livello individuale, in quanto così facendo si sottrae all'intervento sindacale e gode di maggiore discrezionalità ⁽⁴⁶⁸⁾. E tale atteggiamento e propensione si accentua, ovviamente, anche con riferimento ai lavoratori sprovvisti di elevate professionalità, in quanto per questi ultimi la regolamentazione della retribuzione a livello individuale diviene sostanzialmente una erogazione unilaterale da parte dell'impresa, che opera al di fuori di qualsivoglia confronto con il sindacato ⁽⁴⁶⁹⁾.

Ancora, una giustificazione di tale predilezione aziendale verso l'accordo individuale è da ricercare nel fatto che attraverso quest'ultima è possibile regolamentare gli obiettivi individuali, mentre il contratto collettivo aziendale, all'opposto, è normalmente propenso a fissare degli obiettivi collettivi.

⁽⁴⁶⁵⁾ Sull'evoluzione tecnologica che caratterizza i rapporti di lavoro trasformandone anche la regolamentazione a livello giuridico cfr. F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo I, *Il diritto sindacale*, coordinato da G. PROIA, Torino, 2007, LXXIII e segg.

⁽⁴⁶⁶⁾ Cfr. A. MEGALE, *Relazioni industriali e politiche contrattuali*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, pag. 27 e segg.

⁽⁴⁶⁷⁾ In relazione al progressivo spiazzamento del contratto collettivo ad opera di quello individuale cfr. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 540 e segg., il quale parla di carattere frammentario del diritto del lavoro contemporaneo.

⁽⁴⁶⁸⁾ Così C. ZOLI, voce *Retribuzione (impiego privato)*, in *Dig. Disc. Priv., Comm.*, Torino, 2006, XII, pag. 418 e segg.

⁽⁴⁶⁹⁾ Cfr., inoltre, S. SCIARRA, *Intervento*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-11 maggio 1991, Milano, 1994, pag. 79 e segg.; G. ZILIO GRANDI, *Un'introduzione: fonti, struttura e funzioni della retribuzione quindici anni dopo*, in *Lav. Dir.*, 2011, 4, pag. 599 e segg.

Infine l'azienda, attraverso l'assunzione di oneri patrimoniali particolari, seppur sempre sostenibili nella strategia aziendale di lungo periodo, fidelizza il dipendente garantendo una continuità del rapporto di lavoro ⁽⁴⁷⁰⁾. Così facendo, la retribuzione incentivante diviene una risorsa per valorizzare le migliori professionalità e per orientare le prestazioni dei lavoratori verso il raggiungimento di obiettivi strategici ⁽⁴⁷¹⁾.

Proseguendo nel ragionamento sin qui compiuto, allora, il contratto individuale diviene lo strumento attraverso il quale il lavoratore è in grado di valorizzare, sotto il profilo del trattamento economico, le proprie competenze e la propria professionalità ⁽⁴⁷²⁾.

Del resto, poiché l'obbligazione retributiva ha il proprio titolo nel contratto di lavoro subordinato e poiché accade che ove essa non sia stabilita direttamente nella lettera di assunzione i giudici di merito individuino nella contrattazione collettiva un valido ausilio per quantificare il trattamento economico dovuto al dipendente ⁽⁴⁷³⁾, appare quasi una *consecutio* logica che sia proprio nel contratto individuale che il datore di lavoro e il lavoratore concordino l'ammontare della retribuzione variabile connessa a particolari *skills* del lavoratore.

Tanto premesso, pertanto, a fronte di professionalità qualificate la contrattazione individuale asurge allora al ruolo di strumento ideale per valorizzare la retribuzione come risorsa, in quanto è evidente che il lavoratore in possesso di competenze peculiari e qualitativamente elevate non rischia di soccombere nella trattativa, potendo sempre rivolgere altrove la propria offerta di prestazione ove l'azienda non gli riconosca un trattamento economico adeguato.

È in questo contesto, tipico della regolamentazione della retribuzione variabile dei lavoratori più qualificati, pertanto, che si collocano e si giustificano le clausole di *clawback*, ossia quelle clausole che consentono all'azienda di chiedere la restituzione di quanto corrisposto a titolo di retribuzione variabile, trattandosi in tali ipotesi di erogazioni davvero significative sotto il profilo economico, ove siano venuti meno i presupposti per l'erogazione di tale trattamento oppure qualora il dipendente abbia tenuto dei comportamenti che rendono non più giustificata tale erogazione.

3. In particolare, la ricostruzione della retribuzione variabile in termini di condizione sospensiva e le problematiche derivanti dalla mancata individuazione degli obiettivi da parte del datore di lavoro.

La retribuzione variabile non è un elemento essenziale del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 1325 cc. e, pertanto, non costituisce l'oggetto di esso, bensì ne è elemento accidentale e, precisamente, può essere qualificata in termini di condizione *ex art.* 1353 c.c. ⁽⁴⁷⁴⁾. Infatti, il contratto di lavoro subordinato è perfetto anche se manca la previsione dell'erogazione ai dipendenti di un premio.

⁽⁴⁷⁰⁾ Evidenzia la tensione tra i contrapposti interessi in gioco nel contesto organizzativo, in particolare, E. GRAGNOLI, *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, cit., pag. 18.

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Milano, 2004, pag. 18 e segg.

⁽⁴⁷²⁾ Cfr. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 489 e segg., secondo il quale attraverso le logiche dell'autonomia negoziale individuale il lavoratore accetta e chiede di essere giudicato per il suo "saper fare". Cfr., inoltre, ID., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I pag. 219 e segg.

⁽⁴⁷³⁾ Cfr. I. CORSO, *La retribuzione e il contratto individuale*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, cit., pag. 223 e segg.

⁽⁴⁷⁴⁾ V. Cass. 5 giugno 1996, n. 5243, in *Lav. Giur.*, 1996, pag. 1048, che ha classificato come condizione sospensiva il premio di produttività attribuito ad un lavoratore.

Pertanto, i risultati e/o gli obiettivi aziendali che determinano l'erogazione della retribuzione variabile non sono parte del sinallagma contrattuale. Piuttosto, essi assumono rilevanza nel momento esclusivo in cui le parti decidono di condizionare ad essi una parte del trattamento economico.

La clausola con la quale si stabilisce che al raggiungimento di determinati risultati e obiettivi per l'impresa i lavoratori conseguano una parte variabile di retribuzione, un premio, non è che una condizione sospensiva ed acquista efficacia nel momento in cui tali risultati e obiettivi vengano raggiunti ⁽⁴⁷⁵⁾.

In particolare, gli obiettivi di produttività e/o di redditività sono eventi futuri, in quanto le parti li fissano anticipatamente, ed incerti, in quanto il loro raggiungimento è aleatorio.

La retribuzione variabile è una condizione bilaterale, nel senso che viene apposta nell'interesse di entrambe le parti. In particolare, essa risponde all'interesse del datore di lavoro, che in tal modo consegue determinati obiettivi e risultati e incentiva i lavoratori, e allo stesso tempo soddisfa anche l'interesse dei lavoratori a vedersi riconoscere una quota aggiuntiva di retribuzione ⁽⁴⁷⁶⁾.

Le retribuzioni di redditività possono essere qualificate come condizioni miste, ossia condizioni che dipendono in parte da elementi casuali (ad esempio, l'andamento del mercato) e in parte dalla volizione o dalla condotta delle parti (ad esempio, l'acquisto di nuovi macchinari da parte del datore di lavoro, le politiche di bilancio oppure la qualità del lavoro svolto da parte dei dipendenti).

Non univoca è, invece, la soluzione volta ad attribuire natura potestativa, casuale o mista alla retribuzione di produttività, in quanto la risposta risente del fatto che la retribuzione venga fissata in base a obiettivi di produttività aziendale o del lavoro.

Mentre le retribuzioni di produttività aziendale, infatti, possono essere qualificate quali condizioni miste, ossia condizioni che dipendono in parte da elementi casuali (ad esempio, l'andamento del mercato) e in parte dalla condotta delle parti, le retribuzioni di produttività del lavoro sono più affini, invece, alle condizioni potestative.

Ai sensi dell'art. 1358 c.c. la parte forte del sinallagma contrattuale, ossia colui che si è obbligato o ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, durante il periodo di pendenza della condizione deve comportarsi secondo buona fede al fine di conservare integre e non compromettere le ragioni della controparte.

⁽⁴⁷⁵⁾ Com'è noto, infatti, se al contratto viene apposta una condizione sospensiva, la clausola produce effetti al verificarsi dell'evento dedotto in condizione. In dottrina, sulla condizione in generale cfr., tra i tanti, M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, pag. 542 e segg.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, pag. 572 e segg.; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, pag. 209 e segg.

⁽⁴⁷⁶⁾ Secondo Cass. 17 agosto 19999, n. 8685, in *Giur. It.*, 2000, pag. 915, la condizione è unilaterale, anche se non stipulata espressamente come tale, quando tale conclusione può scaturire per implicito da una valutazione dell'intero rapporto negoziale e come corollario indefettibile dello scopo che le parti si propongono, tenuto conto del fatto che la sua determinazione avviene nell'interesse dell'unico contraente chiamato a sopportare un preciso onere economico.

Diversamente, invece, colui che acquista un bene sotto condizione sospensiva è titolare di una aspettativa giuridicamente tutelata ⁽⁴⁷⁷⁾.

Ciò significa che il datore di lavoro deve comportarsi secondo buona fede, mentre il lavoratore è titolare dell'aspettativa di acquisire il bene condizionato e di pretendere che la controparte tenga una condotta conforme a tale principio, astenendosi dal porre in essere comportamenti tali da impedire l'avverarsi dell'evento dedotto in condizione, anche eventualmente ponendo in essere atti conservativi a norma dell'art. 1356 c.c. durante il periodo di pendenza della condizione.

Ove il datore di lavoro ponga, al contrario, in atto comportamenti contrari a buona fede, tali da impedire l'avverarsi della condizione legittimante il premio, il lavoratore potrà invocare l'art. 1359 c.c., a tutela della propria aspettativa ⁽⁴⁷⁸⁾. E ciò vale, secondo la dottrina maggioritaria, non solo in caso di condizioni miste, ma anche (e a maggior ragione) di condizioni potestative, in cui l'avveramento della condizione dipende dall'attività di uno dei contraenti ⁽⁴⁷⁹⁾.

Un aspetto di rilievo che occorre considerare affrontando la tematica *de qua* è che il presupposto perché il datore di lavoro possa invocare la clausola di *clawback* è che il premio sia stato già erogato o che, prima ancora, il datore di lavoro non abbia omissso di determinare gli obiettivi stessi.

Quanto appena detto pone, allora, l'ulteriore questione relativa alle conseguenze dell'eventuale comportamento omissivo del datore di lavoro, il quale si sottragga alla determinazione degli obiettivi. Questione che si fa maggiormente pressante nell'ipotesi in cui il premio venga fissato a livello di contrattazione individuale lasciando, generalmente, alla determinazione unilaterale del datore di lavoro la fissazione degli obiettivi.

Il quesito che si pone, in tale caso, è in realtà preliminare all'operatività della clausola di *clawback*, ma non per questo meno importante, ossia se il lavoratore abbia comunque diritto a percepire la quota variabile della retribuzione e, se corrisposta, quale sia il suo ammontare, se automaticamente quello massimo o se in misura inferiore.

La giurisprudenza di merito che si è occupata della questione nel 2007 ha riconosciuto il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione variabile nel suo ammontare massimo, ritenendo che il comportamento delle parti andasse valutato alla luce dei doveri di lealtà e di correttezza *ex art.* 1358 c.c. ⁽⁴⁸⁰⁾. Pertanto, venuto meno l'interesse del datore di lavoro a concordare gli obiettivi

⁽⁴⁷⁷⁾ Cfr., sul punto, M. CARNEVALE, *Contratto condizionato e buona fede*, in *I contratti*, 2005, n. 6, pag. 559 e segg.

⁽⁴⁷⁸⁾ V. App. Milano 21 novembre 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, pag. 248, con nota di F. CAPURRO, *Natura retributiva del bonus e finzione di avveramento della condizione*, secondo la quale la condizione si considera avverata ai sensi dell'art. 1359 c.c. ove sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento della stessa. Pertanto, tenuto conto che ai sensi dell'art. 1358 c.c. sussiste il dovere di lealtà e correttezza delle parti nell'intero arco di pendenza della condizione, nell'ipotesi in cui il raggiungimento degli obiettivi, condizione per il riconoscimento della retribuzione variabile, sia divenuto impossibile a causa del comportamento omissivo del datore di lavoro, sussiste il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione variabile.

⁽⁴⁷⁹⁾ In dottrina sono sostenitori di tale teoria P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, pag. 814 e segg.; R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1996, pag. 155 e segg.; M. CARNEVALE, *Contratto condizionato e buona fede*, cit., pag. 560 e segg.; F. BESOZZI, *Presupposti applicativi della finzione di avveramento della condizione*, in *Contratti*, 2003, 12, pag. 1096 e segg.; G. MICARI, *Pendenza della condizione e finzione di avveramento*, in *Giust. civ.*, 2004, II, pag. 2797 e segg.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, pag. 110 e segg.

⁽⁴⁸⁰⁾ Si rinvia a Trib. Milano, 16 maggio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, II, 2007, pag. 863, con nota di F. CAPURRO, *Retribuzione variabile, obiettivi aziendali e finzione di avveramento della condizione* e a App. Milano, 21 novembre 2007, cit., pag. 248, che ha dedotto il venir

per il compenso variabile, il mancato avveramento della condizione sarebbe addebitabile al comportamento del datore di lavoro e, pertanto, la condizione dovrebbe ritenersi avverata alla luce dell'art. 1359 c.c.

Si rileva, peraltro, che l'attribuzione al giudice del ruolo di determinazione della componente variabile della retribuzione in luogo del datore di lavoro, ove quest'ultimo ometta di farlo, è in linea con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza anche in altri paesi comunitari, quali ad esempio la Francia, su analoga questione ⁽⁴⁸¹⁾.

Invero, già in precedenza il giudice di merito si era pronunciato in modo analogo, seppur con riferimento, in quel caso, alla componente aggiuntiva del compenso dovuta ad un professionista nell'ambito di una collaborazione coordinata e continuativa per i risultati raggiunti nell'ambito di specifici progetti e programmi ⁽⁴⁸²⁾.

Non sono, tuttavia, mancate anche pronunce di segno contrario all'orientamento appena ricordato, le quali, ritenendo che il lavoratore sia titolare di un diritto soggettivo perfetto, pongono a carico di quest'ultimo il concorrente adempimento di obbligazioni, quale è il raggiungimento degli obiettivi. Pertanto, secondo tale orientamento, l'inadempimento della fissazione e comunicazione degli obiettivi determina il mero diritto del lavoratore al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa considerando la media dei *bonus* percepiti negli anni precedenti ⁽⁴⁸³⁾.

Così come, del resto, non sono neppure mancate pronunce che hanno ritenuto che la clausola di un contratto individuale che prevede l'erogazione di un *bonus* senza la specificazione degli obiettivi che ne legittimano l'erogazione, abbia un oggetto indeterminato e, come tale, nullo ai sensi dell'art. 1346 c.c. o che, al più, vada interpretata come istitutiva di un vero e proprio obbligo a trattare in capo al datore di lavoro, con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno in caso di mancato adempimento a tale obbligo da parte della controparte ⁽⁴⁸⁴⁾.

Pertanto, secondo tale orientamento della dottrina, non condiviso invece dalla giurisprudenza maggioritaria ⁽⁴⁸⁵⁾, il rimedio dell'art. 1359 c.c., secondo il quale il lavoratore può agire in giudizio per far dichiarare avverata la condizione che è mancata per una causa imputabile al datore di

meno dell'interesse del datore di lavoro alla determinazione degli obiettivi dall'intervenuto mutamento delle mansioni del lavoratore, così imputando al primo il mancato avveramento della condizione, nonostante le numerose richieste del lavoratore sul punto.

⁽⁴⁸¹⁾ V. *Cour de Cassation, Ch. Soc.*, 13 luglio 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, pag. 578, con nota di S. BRUN, *Le fonti di determinazione della retribuzione variabile tra i limiti all'autonomia individuale e il ruolo suppletivo del giudice: le guidelines della giurisprudenza francese*. Tale sentenza ribadisce proprio che quando il diritto alla retribuzione variabile deriva dal contratto di lavoro, in mancanza di un accordo tra datore di lavoro e lavoratore sull'ammontare della quota di retribuzione spetta al giudice di determinarlo avendo riguardo ai criteri individuati dal contratto e agli accordi intervenuti tra le parti negli anni precedenti.

⁽⁴⁸²⁾ V. Trib. Milano, 9 ottobre 2006, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, II, 2007, pag. 178, con nota di R. M. PARIS, *Inadempimento datoriale nell'individuazione del criterio di quantificazione di voce variabile della retribuzione e relative conseguenze*, nella cui argomentazione si legge che non si può ammettere che il committente che si giova del lavoro possa esentarsi dal pagamento del compenso allegando il proprio inadempimento rispetto agli obblighi strumentali al pagamento del medesimo.

⁽⁴⁸³⁾ V. Trib. Milano, 20 maggio 2008, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, pag. 1015 e segg.

⁽⁴⁸⁴⁾ V. Cass. 16 giugno 2009, n. 13953, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, pag. 1009, con nota di A. PREMOLI, *Bonus connessi al raggiungimento di obiettivi e poteri integrativi del giudice*, sulla clausola contrattuale che prevede l'erogazione di un *bonus* basato su obiettivi da concordarsi di anno in anno.

⁽⁴⁸⁵⁾ V. Cass. 11 agosto 1999, n. 8584, in *Giur. It.*, 2000, pag. 1619; Cass. 5 giugno 1996, n. 5243, in *Lav. Giur.*, 1996, pag. 1045 e segg.; Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. Civ.*, 1983, I, pag. 1524. *Contra*, Cass. 24 aprile 1974, n. 1183, in *Giur. It.*, 1975, I, pag. 1944; Pret. Napoli, 24 dicembre 1982, in *Orient. Giur. Lav.*, 1984, pag. 1.

lavoro, è applicabile tanto in ipotesi di retribuzioni di redditività che di produttività, aziendale e al lavoro ⁽⁴⁸⁶⁾.

4. La direttiva 2013/36/UE e il recepimento di essa da parte della Banca d'Italia, nonché l'ulteriore regolamentazione della materia da parte della CONSOB.

Come noto, a fronte di gravi avvenimenti che hanno interessato il settore bancario, quali, ad esempio, il *crack* della Lehman Brothers, connessi a gestioni finanziarie poco trasparenti da parte anche di alcuni istituti di credito europei, il Parlamento e il Consiglio d'Europa sono intervenuti al fine di dettare discipline inerenti le politiche e le prassi di remunerazione ed incentivazione nell'ambito degli assetti organizzativi e di governo delle Banche ⁽⁴⁸⁷⁾.

È in tale contesto che si inserisce la Direttiva n. 2010/76/CE (la c.d. "CRD III"), la quale ha dettato una serie di norme volte a far sì che la remunerazione del personale più rilevante operante nelle imprese bancarie sia correlata sia alla *performance* del singolo, sia agli obiettivi raggiunti dalla divisione in cui opera, nonché dalla banca in generale ⁽⁴⁸⁸⁾.

In particolare, al fine di raggiungere tale obiettivo la CRD III ha dettato le seguenti regole: il pagamento di una parte della retribuzione variabile in strumenti finanziari (in modo da allineare il compenso all'andamento dei titoli azionari dell'ente creditizio); il differimento nel tempo di parte dei medesimi compensi variabili; il divieto di vendita (per un periodo di tempo determinato) degli strumenti finanziari corrisposti; e, infine, la previsione di una serie di meccanismi correttivi *ex post*, qualora i presupposti di *performance* alla base della remunerazione ottenuta si siano rivelati errati o, nei casi più gravi, siano dipesi da condotte inadempienti (o addirittura fraudolente) dei beneficiari, i c.d. *malus* o *clawback*.

La CRD III, accompagnata dalle linee interpretative del CEBS del 10 dicembre 2010 (le c.d. *CEBS Guidelines*), è stata sostituita, a partire dall'1 gennaio 2014, dalla Direttiva n. 2013/36/UE (denominata anche "CRD IV") contenente principi e criteri direttivi invero molto dettagliati, cui le banche devono attenersi al fine di garantire una corretta elaborazione ed attuazione dei sistemi di remunerazione e che deve essere letta, come precisato nel suo considerando n. 2, unitamente al Regolamento UE n. 575/2013, recante requisiti prudenziali uniformi e direttamente applicabili a carico degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

La direttiva citata al considerando n. 64 prevede una distinzione tra retribuzione fissa e retribuzione variabile, precisando, al considerando n. 65, che in ogni caso, al fine di ridurre i rischi eccessivi che potrebbe subire la banca dall'incidenza della condotta dei singoli individui, anche alla luce

⁽⁴⁸⁶⁾ In passato, la giurisprudenza era restia a dare applicazione all'art. 1359 c.c. in caso di retribuzione variabile in generale, in quanto condizione bilaterale, poiché quest'ultima implica che l'avveramento della condizione risponda ad un interesse di entrambi i paciscenti al momento della conclusione del contratto, mentre è irrilevante che un contraente abbia maturato un interesse contrario durante il periodo di pendenza della condizione. Così, ad esempio, Cass. 20 novembre 1996, n. 10220, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, pag. 1557; Cass. 23 aprile 1998, n. 4178, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 866; Cass. 19 maggio 1992, n. 5975, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, pag. 5. Oggi la giurisprudenza maggioritaria è di contrario avviso e non vede alcun ostacolo all'applicazione dell'art. 1359 c.c. nella natura bilaterale della clausola. V. Cass. 28 luglio 2004, n. 14198, in *I contratti*, 2005, pag. 555 e segg.; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2168, in *I contratti*, 1998, pag. 553 e segg.

⁽⁴⁸⁷⁾ Per una interessante disamina dell'evoluzione normativa in materia si rinvia a L. CAPONE, R. LENER, G. GAUDIO, *Novità in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario*, in www.dirittobancario.it/approfondimenti/corporate-governance.

⁽⁴⁸⁸⁾ Per il recepimento di tale direttiva da parte della Banca d'Italia si rinvia al Provvedimento del 30 marzo 2011, in *Bollettino di Vigilanza*, n. 3, marzo 2011.

del ruolo svolto da ciascuno di essi, deve essere fissato un rapporto massimo tra la componente fissa e la componente variabile della retribuzione.

La *ratio* dell'intervento è da ricercare nell'intenzione del legislatore comunitario di evitare conflitti di interesse e di assicurare che il sistema di remunerazione tenga conto dei rischi suddetti, sia attuali che in prospettiva, nonché del grado di patrimonializzazione e dei livelli di liquidità di ciascun istituto, assicurando maggiore trasparenza e rafforzando l'azione di controllo degli organi di vigilanza.

Pertanto, ai sensi dell'art. 104, comma 1, lett. g) della direttiva CRD IV la retribuzione variabile deve essere limitata a una misura percentuale dei ricavi netti quando risulta "incompatibile con il mantenimento di una solida base patrimoniale".

Inoltre, l'art. 94, lett. n), secondo capoverso, statuisce che: "Fatti salvi i principi generali di diritto nazionale dei contratti e del lavoro, la remunerazione variabile complessiva è generalmente ridotta in misura considerevole qualora i risultati dell'ente siano inferiori alle attese o negativi, tenendo conto sia delle remunerazioni correnti sia delle riduzioni nei versamenti di importi precedentemente acquisiti, anche attraverso dispositivi di *malus* o di restituzione".

Più nello specifico, i meccanismi di *malus* possono coprire anche il 100% della retribuzione variabile ("Fino al 100 % della remunerazione variabile complessiva è soggetto a dispositivi di *malus* o di restituzione.") e vengono applicati, a norma dell'art. 94, lett. n), terzo capoverso, secondo i criteri specifici fissati dagli enti, ossia quando il personale: " i) è stato partecipe di condotte che hanno causato perdite significative per l'ente o ne è stato responsabile; ii) non ha soddisfatto livelli adeguati di competenza e onorabilità".

Nell'ordinamento giuridico italiano tale direttiva è stata recepita dalla Banca d'Italia con la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, successivamente aggiornata nel 2014 e, da ultimo, con il VII aggiornamento del 19 novembre 2014 ⁽⁴⁸⁹⁾, che contempla uno specifico capitolo, il Capitolo 2, riguardante la politica e prassi di remunerazione ed incentivazione.

Tale intervento mira a scoraggiare quelle politiche retributive, adottate principalmente per il personale più rilevante, quali amministratori ed alti dirigenti, correlate al raggiungimento di risultati di breve e non di lungo periodo ⁽⁴⁹⁰⁾.

In particolare, in tema di personale dipendente la circolare della Banca d'Italia stabilisce che il trattamento economico è composto da una parte fissa e da una quota variabile ed è determinato in modo tale da "attrarre e mantenere in Azienda soggetti dotati di professionalità e capacità adeguate alle esigenze della banca, nel rispetto della normativa vigente e della disciplina della contrattazione collettiva applicabile".

⁽⁴⁸⁹⁾ In Gazzetta Ufficiale n. 280 del 2 dicembre 2014.

⁽⁴⁹⁰⁾ Nei "*Principi generali*" contenuti nella lettera b) del VII aggiornamento citato, si legge che: "Le ragioni e le finalità del sistema di remunerazione della banca si ispirano ai seguenti principi: assicurare il rispetto della normativa e disincentivarne qualsiasi violazione; perseguire con coerenza gli obiettivi della banca, conformemente alla cultura aziendale, al complessivo assetto di governo societario e dei controlli interni nonché alle politiche di prudente gestione del rischio e delle strategie di lungo periodo; impedire che situazioni di conflitto di interessi possano comportare l'inosservanza della normativa; evitare di disincentivare, negli organi e nelle funzioni a ciò deputate, l'attività di controllo; attrarre e mantenere in Azienda soggetti dotati di professionalità e capacità adeguate alle esigenze della Banca; improntare i comportamenti interni ed esterni alla massima correttezza nelle relazioni con la clientela, per la relativa tutela e la connessa fidelizzazione, nonché al contenimento dei rischi legali e reputazionali".

In particolare, la parte variabile si articola in: una retribuzione variabile c.d. comune, che è collegata ai risultati aziendali ed è destinata a tutto il personale cumulativamente inteso; una retribuzione variabile c.d. individuale, determinata secondo specifici criteri ed erogata a singole categorie di destinatari; erogazioni individuali di carattere discrezionale e non continuativo, riconosciute *una tantum* a titolo di premio per un particolare impegno qualitativo o quantitativo dimostrato nello svolgimento della prestazione di lavoro ovvero concesse in occasione di particolari ricorrenze o eventi (ad esempio, l'anniversario di fondazione della banca, Natale, Pasqua, fusioni, ispezioni, audit, ecc.).

Come viene precisato, la finalità della previsione di una quota variabile della retribuzione è di "attrarre e mantenere in Azienda soggetti dotati di professionalità e capacità adeguate alle esigenze della Banca".

Mentre la retribuzione variabile comune viene erogata al personale cumulativamente inteso secondo la disciplina stabilita dalla contrattazione collettiva, la componente variabile individuale viene erogata in relazione alle singole categorie di destinatari. In questo senso viene individuato il c.d. personale più rilevante, il quale è costituito da tutti i componenti, esecutivi e non esecutivi, del Consiglio di amministrazione, compreso il presidente; il Direttore Generale e il Vice Direttore generale; i responsabili della Funzione Controlli (*Risk Management* ed Antiriciclaggio); il Responsabile della Funzione *Compliance*; i responsabili delle principali Funzioni / Aree di *business* e operative, quali: il responsabile Area Finanza e Tecnico Operativa; il responsabile della Segreteria Affari Generali; il responsabile della Funzione Contabilità, Pianificazione e Personale; il responsabile Rete di Vendita; il responsabile della Funzione Crediti e Monitoraggio Andamentale; il responsabile della Funzione Precontenziosi, Contenzioso e Legale; il preposto della Filiale-Sede di Scafati.

La retribuzione variabile individuale viene erogata con pagamento dilazionato, decorsi diciotto mesi, per una quota che la Banca d'Italia ha fissato nel 30% del totale.

Inoltre, la circolare citata ha statuito che alla retribuzione variabile vengano applicati dei meccanismi di correzione *ex post*, rappresentati da sistemi di *malus* e da clausole di *clawback*, volte ad una riduzione, anche significativa, della retribuzione variabile o addirittura all'azzeramento di essa.

In particolare, al personale più rilevante vengono applicati dei meccanismi di *malus* sulla quota differita della componente variabile individuale della retribuzione, i quali trovano applicazione in base al principio di proporzionalità, in forza del quale sono previste delle esenzioni per le banche di dimensioni minori e di minore complessità organizzativa.

Più nello specifico è previsto che il Consiglio di amministrazione fissi in un apposito documento tecnico di dettaglio specifici livelli sia di stabilità delle condizioni di *performance* utili ai fini della relativa maturazione, sia di positivo andamento della situazione patrimoniale e di liquidità e le relative percentuali di erogazione.

Fissato ciò, i meccanismi di *malus* prevedono un aggiustamento al ribasso della remunerazione derivante dai *bonus* erogati su di un arco pluriennale, a fronte di una *performance* negativa o inferiore ai risultati attesi e si applicano nel periodo di differimento prima che il *bonus* venga percepito dal beneficiario.

Diversamente dai meccanismi di *malus*, invece, le clausole di *clawback* non si limitano a erogare in misura proporzionalmente inferiore le retribuzioni variabili, bensì sanciscono l'obbligo di restituzione dell'intera componente variabile al verificarsi di determinate situazioni.

Tali clausole, pertanto, trovano applicazione sia per i pagamenti non differiti, ossia i c.d. pagamenti *up-front*, che per quelli oggetto di differimento, dopo che il *bonus* sia stato percepito dal beneficiario e si applicano a coloro che hanno determinato o concorso a determinare situazioni da cui è derivata una perdita significativa per la banca, violazioni degli obblighi imposti ai sensi dell'art. 26 del T.U. bancario in tema di requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali o degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione, oppure pregiudizi all'integrità patrimoniale, alla redditività o alla reputazione della banca in presenza di dolo o colpa grave.

La Banca d'Italia, inoltre, in tale circolare ha fatto un'ulteriore applicazione delle clausole di *clawback* non solo con riferimento alla restituzione della retribuzione variabile, ma degli stessi compensi pattuiti per il personale più rilevante nell'ambito di operazioni straordinarie (quali, ad esempio, le fusioni) o nell'ambito di processi di ristrutturazione aziendale per la cessazione del rapporto di lavoro, a fronte di comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno dell'istituto.

Oggi, pertanto, le banche italiane sono assoggettate, nella redazione delle loro prassi e politiche di remunerazione, a un sistema di fonti costituito da: le disposizioni della Banca d'Italia di cui alla Circolare n. 285 nella sua versione aggiornata; la Direttiva CRD IV e le *CEBS Guidelines* del 2010, in quanto compatibili e comunque in vigore fino al 31 dicembre 2016; nonché dalle successive *EBA Guidelines* emanate dalla *European Banking Authority* (l'*EBA* appunto) il 21 dicembre 2015, le quali dovrebbero dare un contributo rilevante al miglioramento dell'applicazione della direttiva CRD IV a livello europeo, limitando le possibilità di arbitraggio regolatorio tra imprese bancarie dei diversi Stati membri.

In particolare, le *EBA Guidelines* del 2015 danno una lettura restrittiva del principio di proporzionalità, stabilendo che le disposizioni della direttiva CRD IV siano applicate a tutti gli enti creditizi, anche quelli minori e meno complessi sotto il profilo organizzativo, nonché a tutto il personale, indipendentemente dall'ammontare della retribuzione variabile e dall'incidenza del singolo individuo sul profilo di rischio di ciascuna singola banca.

Esse, inoltre, adottano una definizione ampia di retribuzione variabile, tale da comprendere anche "tutte le somme erogate in occasione della conclusione anticipata del rapporto di lavoro (c.d. *golden parachutes*) o per la cessazione anticipata della carica (c.d. *severance payments*)", ad eccezione dell'indennità di mancato preavviso.

Infine, in tema di *malus* e di *claw back*, le *EBA Guidelines* stabiliscono che tali meccanismi operino anche nel caso in cui il beneficiario abbia commesso seri errori e qualora la banca o la *business unit* del beneficiario, a prescindere da sue specifiche condotte, abbia sofferto una perdita significativa o un significativo fallimento delle funzioni di *risk management*.

Sotto tale profilo, pertanto, si registra un peculiare cambio di rotta in quanto, se fino all'emanazione di tali linee guida nel 2015 le ipotesi che determinavano l'operatività dei meccanismi di *malus* e di *clawback* erano esclusivamente riconducibili a condotte del beneficiario e a elementi di tipo soggettivo, con tale nuove previsioni si introducono, invece, *ex novo* delle ipotesi oggettive di operatività di tali meccanismi.

Tramite tali aggiornamenti delle disposizioni di vigilanza per le banche, la Banca d'Italia ha reso obbligatoria l'inclusione delle clausole di *clawback* per i contratti di tutti i dipendenti delle banche italiane rientranti nella definizione di "personale più rilevante" ⁽⁴⁹¹⁾. Ciò significa che tali clausole vengono inserite obbligatoriamente in tutti i contratti di lavoro stipulati dopo l'1 gennaio 2015, tenuto conto dell'inquadramento lavorativo del dipendente, in quanto, come si è detto, operano nei confronti di profili professionali di elevate professionalità e capacità retribuiti attraverso emolumenti variabili individuali.

Un altro settore in cui tali clausole hanno preso piede è quello dei promotori finanziari di cui all'art. 31 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il c.d. Testo Unico della Finanza, oggi denominati "consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede", per i quali opera il Regolamento congiunto della Banca d'Italia e della Consob, nella versione modificata dal D.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254.

Con riferimento ai consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede, infatti, era stato segnalato un disallineamento rispetto alla disciplina bancaria proprio sotto il profilo dei meccanismi di correzione *ex post* dell'erogazione della retribuzione variabile. Considerata la rilevanza del tema, allora, si è preferito superare il disallineamento apportando una specifica integrazione al testo del Regolamento, anziché lasciare all'interprete la corretta applicazione della normativa, introducendo meccanismi di *malus* e di *clawback*. Queste ultime tengono conto, oltre che dei livelli di *performance*, anche dei comportamenti individuali, quali: comportamenti da cui è derivata una perdita significativa per il gestore; violazioni degli obblighi imposti ai sensi dell'art. 13 in tema di onorabilità, indipendenza e professionalità o, quando il soggetto è parte interessata, dell'art. 6, comma 2-*octies* e 2-*novies* del Testo Unico della Finanza, in tema di conflitto di interessi o degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione; comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno del gestore.

Inoltre, si dà atto del recente utilizzo di tali clausole anche nel settore industriale della produzione di energia pulita e sostenibile, da parte di quelle aziende che hanno partecipazioni in banche e società ⁽⁴⁹²⁾.

5. La casistica delle clausole di *clawback* attualmente disponibile.

Dall'analisi della casistica in tema di *clawback* si può tentare di delineare una classificazione delle suddette pattuizioni in due aree, di cui una improntata ad un elemento tipicamente soggettivo, quale è la condotta o, comunque, uno *status* del lavoratore e l'altra, all'opposto, connotata da un elemento oggettivo e da ipotesi svincolate da qualsivoglia comportamento del dipendente.

In particolare, nella prima area si fanno rientrare tutte quelle condotte, fraudolente, dolose o colpose del dipendente che possono, in qualche modo, creare (o aver creato) danni o pregiudizi all'azienda.

⁽⁴⁹¹⁾ Le nuove disposizioni sono consultabili sul sito *web* della Banca d'Italia, ai seguenti indirizzi:

www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/disp-vig-banche;

www.bancaditalia.it/vigilanza/cons-pubblica/proc_conclude/raccolta

⁽⁴⁹²⁾ Il riferimento è al Gruppo Falck, nato nel 1906, che opera nel settore delle energie rinnovabili, il quale produce energia da eolico, solare, biomasse e *waste-to-energy* e detiene partecipazioni in diverse banche e società.

Rientrano in tale filone le condotte descritte, ad esempio, dalla *Policy* di remunerazione e incentivazione a favore dei componenti degli Organi di supervisione strategica, gestione e controllo, e del personale del Gruppo Bancario Banca FarmaFactoring del 27 febbraio 2017 ⁽⁴⁹³⁾.

Queste ultime stabiliscono che il riconoscimento della parte variabile della remunerazione viene meno o, se già versata, che debba essere restituita, in presenza di comportamenti individuali dell'interessato, tenuti nell'ambito dell'attività della banca o comunque dell'attività professionale del medesimo, da cui sia derivata una perdita significativa per la banca o per le società del gruppo oppure in conseguenza della perdita di uno o più dei requisiti di cui all'art. 26 del Testo Unico bancario da parte di amministratori esecutivi, dirigenti, *senior executive* delle società estere del gruppo e direttori generali o, ancora, della violazione degli obblighi previsti dall'art. 53, comma 4 e seguenti del Testo Unico bancario, della violazione degli obblighi e delle previsioni del Titolo IV, capitolo 2, Sezione III, della Circolare n. 285, di comportamenti specifici posti in essere con dolo o colpa grave, che abbiano determinato danni patrimoniali o d'immagine alla banca e alle società del gruppo, della violazione con dolo o colpa grave degli obblighi di cui al D.lgs. n. 231 del 2001 e del Codice Etico adottato dalla Banca, nonché, infine, di comportamenti fraudolenti posti in essere con dolo o colpa grave attuati a danni della banca o delle società del gruppo e, in ogni caso, in presenza di "inadempimenti tali da giustificare il recesso dal rapporto da parte della Banca ai sensi della normativa di legge e della contrattazione collettiva eventualmente applicabile".

Anche la Politica di remunerazione e incentivazione del personale dipendente della *Franklin Templeton Investments* del 29.05.2013, nella sua versione aggiornata al 2015 ⁽⁴⁹⁴⁾, enuclea una serie di ipotesi collegate alla condotta del dipendente, quali: la fraudolenta o dolosa inesattezza dei risultati finanziari o l'adozione di comportamenti contrari alla sana e prudente gestione e/o in contrasto con le norme definite dal Codice Etico.

La Relazione del Consiglio di Amministrazione ai soci di Veneto Banca del 5 maggio 2016 sulle Politiche di remunerazione ed incentivazione ⁽⁴⁹⁵⁾, a sua volta, ha statuito la perdita del diritto al premio ancora da ricevere, nonché l'obbligo di restituire il valore netto di quanto già ricevuto in capo a tutti coloro per cui, entro sette anni dalla data di erogazione della quota *up-front* o differita, si accertino sia comportamenti da cui sia derivata una perdita significativa per la banca, ma anche la violazione degli obblighi imposti dall'art. 26 del Testo Unico bancario in merito ai requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali, oltre alla violazione delle condizioni e dei limiti per l'assunzione di attività di rischio o la violazione degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione di comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno della banca. Sulla stessa linea si pongono anche la casistica enucleata dall'Assemblea Credito Cooperativo Romagnolo 2016 per l'esercizio 2015 del 26.04.2016 ⁽⁴⁹⁶⁾, nonché la "Relazione sulla remunerazione: politiche in materia di remunerazione del Gruppo Bancario e resoconto sull'applicazione delle politiche stesse nell'esercizio 2011" di Banca Generali ⁽⁴⁹⁷⁾ e la Relazione sulla remunerazione di Banca Finnat del 15 marzo 2013 ⁽⁴⁹⁸⁾.

⁽⁴⁹³⁾ In <http://www.bancafarmafactoring.it/governance>.

⁽⁴⁹⁴⁾ In <http://www.franklintempleton.it>.

⁽⁴⁹⁵⁾ In <https://www.gruppovenetobanca.it>.

⁽⁴⁹⁶⁾ In <https://www.ccromagnolo.it>.

⁽⁴⁹⁷⁾ In <http://www.bancagenerali.com/site/home/corporate-governance.html>.

⁽⁴⁹⁸⁾ In <https://www.bancafinnat.it>.

Tali soluzioni paiono opportune e in linea con la *ratio* posta a base dell'istituto delle clausole di *clawback*, in quanto è evidente che se il lavoratore ha posto in essere delle condotte in qualche modo lesive degli interessi o dell'immagine aziendale ciò fa venire meno il presupposto dell'erogazione della retribuzione variabile, prevista a titolo di premio per l'operato del dipendente.

Accanto a tale casistica a connotazione soggettiva, improntata sulla condotta del dipendente, poi, se ne delinea un'altra, la quale è caratterizzata, all'opposto, da ipotesi svincolate da qualsivoglia comportamento del lavoratore. Si tratta, pertanto, di casi al verificarsi dei quali, in via automatica, scatta l'obbligo di restituzione di quanto percepito a titolo di retribuzione variabile, senza necessità di dover indagare l'*animus* o la condotta del lavoratore.

Si tratta di ipotesi di natura squisitamente oggettiva, relative, ad esempio, alla mera rilevazione di un errore contabile dal quale sia derivata un'errata (nel suo ammontare, ad esempio) o ingiustificata erogazione della quota variabile di retribuzione. Può essere, ad esempio, il caso di revisione dei risultati finanziari, preso a riferimento, ad esempio, dalla Politica di remunerazione e incentivazione del personale dipendente della *Franklin Templeton Investments* del 29.05.2013, la quale prevede la restituzione di tutti i premi concordati e/o erogati ove il gruppo proceda alla rielaborazione dei risultati finanziari o la non sussistenza dei requisiti alla base dell'erogazione secondo le Relazione del Consiglio di Amministrazione ai soci di Veneto Banca del 5 maggio 2016 sulle Politiche di remunerazione ed incentivazione.

La clausola viene formulata con riferimento ad ipotesi oggettive, seppur "a titolo esemplificativo e non esaustivo" anche da parte del Gruppo Falck, società operante nel settore della produzione di energia rinnovabile, nella relazione sulla remunerazione approvata dal Consiglio di amministrazione il 9 marzo 2017, ove la società si riserva di richiedere la restituzione della remunerazione variabile (o di trattenere somme oggetto di differimento) a fronte di determinate circostanze quali il caso di somma erogata sulla base di dati che in seguito risultino manifestamente errati.

Recentemente, poi, la tematica è stata oggetto di un interessante contenzioso da parte di RBS, *The Royal Bank of Scotland*, che si colloca nel filone, per così dire, oggettivo della clausola di *clawback* in quanto ne sostiene a pieno titolo l'operatività in via automatica al verificarsi di determinate situazioni di tipo oggettivo.

La causa vedeva contrapposti la *Royal Bank of Scotland* e un *manager* che aveva svolto attività di lavoro dipendente come dirigente presso quest'ultima dal 2001 al 2008 e, successivamente, aveva lavorato in forza di un rapporto di collaborazione presso lo stesso istituto. Il contratto di collaborazione, in particolare, dava diritto al *manager* di accedere agli schemi di partecipazione agli utili e ai piani di incentivazione della convenuta, tra i quali rientravano i c.d. *Deferral Plans*. In forza di tale contratto il collaboratore riceveva annualmente un *Award Certificate* con il quale RBS gli attribuiva una parte di retribuzione variabile da erogarsi in forma differita e, più nello specifico, su un arco temporale di tre anni.

Per l'anno 2008 RBS aveva attribuito al *manager* un premio complessivo di € 648.899,54 da corrispondere per 209.938,71 entro il 18 giugno 2010, per 216.260,88 entro il 18 giugno 2011 e per 222.723,95 entro il 18 giugno 2012.

In particolare, l'*Award Certificate 2009* contemplava una clausola, denominata *clawback percentage*, che faceva salvo il diritto della banca di revocare parzialmente il *Deferred Award* nella

misura massima di 73% e che garantiva al beneficiario il diritto alla percezione del premio differito anche in caso di cessazione del rapporto.

Le parti nel 2010 risolvevano consensualmente il rapporto stipulando una transazione generale novativa, con cui dichiaravano di “risolvere il contratto di servizio prima della data di scadenza e di definire, una volta per tutte, qualsiasi questione, presente e futura, relativa all’adempimento ed alla risoluzione ed evitare qualsiasi pretesa legale”.

Nel 2012, tuttavia, RBS aveva annunciato al manager di volersi avvalere della clausola di *clawback*, negandogli il pagamento della terza rata del *Deferred Award 2008*, sul presupposto, contestatogli, di rilevanti perdite sulla posizione di un cliente greco che si affermava affidato alla sua supervisione presso la direzione *Global Banking & Market*.

A tale richiesta si opponeva il lavoratore, affermando da un lato che la transazione aveva sostituito integralmente gli accordi preesistenti e che, conseguentemente, RBS non potesse più avvalersi delle previsioni di cui al regolamento *Deferred Award e*, nello specifico, della clausola di *clawback e*, dall’altro, che la pretesa così azionata violasse i doveri di correttezza e buona fede nell’esecuzione degli accordi.

La banca, dal canto suo, si difendeva addebitando al ricorrente una rilevante perdita riferibile a clienti di una succursale greca, evidenziando come da un’indagine compiuta nel 2011 fossero emerse responsabilità dirette e, nello specifico, negligenze nella gestione e supervisione delle attività della succursale greca da parte della divisione di cui era responsabile il *manager*. RBS, dunque, sosteneva che l’essersi avvalsa della clausola di *clawback* fosse perfettamente in linea con i canoni di correttezza e buona fede che parte ricorrente affermava invece violati.

In primo grado il contenzioso è stato oggetto di una pronuncia da parte del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, con sentenza n. 3336 dell’1 ottobre 2013, con la quale era stata data, inizialmente, una lettura della clausola di *clawback* ancorata alla condotta del lavoratore, per cui, in concreto, poiché non venivano ravvisate mancanze e/o negligenze da parte del *manager*, non avendone RBS fornito alcuna prova, la richiesta di restituzione del premio era stata giudicata illegittima.

La questione, poi, è stata integralmente riformata in appello con sentenza n. 585 del 5 giugno 2017, fornendo una lettura interpretativa che si colloca a pieno titolo nel secondo filone della casistica sul *clawback* appena considerato.

Si premette che, nel caso considerato, in base agli accordi intercorsi tra le parti la clausola di *clawback* trovava applicazione nelle seguenti ipotesi: ove i risultati previsti per l’esercizio finanziario si fossero rivelati in seguito sostanzialmente imprecisi o erronei; se nella *business unit* o nel centro di costo nel quale operava il lavoratore si fosse successivamente verificata una perdita derivante da operazioni effettuate durante l’esercizio o derivante da altre circostanze che avrebbero potuto essere ragionevolmente gestite in termini di rischio nel corso di tale esercizio; a fronte di determinate condotte, nonché in ipotesi di risoluzione del rapporto per specifiche ragioni di “*good leaver*”, quali ad esempio: il licenziamento per esubero, il pensionamento, problemi di salute, lesioni, invalidità o soppressione di un *business*.

Quindi, la clausola operava sia in ipotesi riconducibili a particolari condotte del dipendente, sia in ipotesi “oggettivamente” rilevabili, in tal caso senza alcuna necessità di spingersi ad indagare il comportamento del lavoratore al quale veniva richiesta la restituzione.

Secondo la Corte di Appello, nel caso concreto, la clausola di *clawback* non richiedeva alcuna negligenza da parte del beneficiario ai fini della sua operatività. All'opposto, ciò che rilevava ai fini dell'operatività di essa erano i risultati oggettivi della società e l'appartenenza del beneficiario alla *business unit* dove si fosse verificata la perdita.

In sostanza, a detta della Corte d'Appello, la clausola di *clawback* opera "indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi", essendo tesa a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione "anche quando la società o un *business* subisce flessioni significativamente negative in termini finanziari o subisce un significativo errore nella gestione del rischio". Del resto, come si ricorda in sentenza, il Comitato per le Remunerazioni del Gruppo RBS, che è un sottocomitato del Consiglio di Amministrazione, ha la facoltà di rivedere i premi e di disporre la riduzione con un ampio margine di discrezionalità "alla luce dei risultati della Società, di qualsiasi Membro del Gruppo e di qualsiasi team o area di attività e della condotta, delle capacità e delle prestazioni del Partecipante".

In conseguenza di quanto sopra, la sentenza di primo grado è stata riformata e l'appellato è stato condannato alla restituzione delle somme percepite in esecuzione della pronuncia di primo grado, oltre ad interessi e a rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo ed oltre alla rifusione delle spese legali del doppio grado di giudizio.

6. Le teorie sul fondamento giuridico del rimedio de quo.

Una prima problematica da affrontare riguarda la legittimità, all'interno dell'ordinamento giuslavoristico italiano, di previsioni di siffatta natura.

Nel tentativo di dare un inquadramento giuridico alle clausole di *clawback* possono enuclearsi, allora, due opposte teorie.

Un primo fondamento giuridico delle clausole *de quibus* pare rinvenirsi nella disciplina della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c.⁽⁴⁹⁹⁾.

Nel diritto civile colui che esegue il pagamento in assenza di una causa giustificativa dello stesso, sia essa originaria (*condicio indebiti sine causa*)⁽⁵⁰⁰⁾ o sopravvenuta per effetto di eventi successivi (*condicio ob causam paeteritam*)⁽⁵⁰¹⁾ ha diritto di chiedere la restituzione di quanto indebitamente versato, oltre agli interessi, dal giorno del pagamento o della domanda, a seconda che l'*accipiens* fosse in buona o in mala fede⁽⁵⁰²⁾.

In forza di tale tesi, che trae origine dall'inesistenza di una legittima *causa solvendi*⁽⁵⁰³⁾, il datore di lavoro potrebbe sempre ripetere quanto corrisposto in eccesso rispetto a quanto dovuto. Del

⁽⁴⁹⁹⁾ V. Cass. 10 novembre 1999, n. 12495, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 112.

⁽⁵⁰⁰⁾ V. Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, in *Foro It.*, 1984, I, pag. 2530.

⁽⁵⁰¹⁾ V. Cass. 2 aprile 1982, n. 2029, in *Mass. Foro It.*, 1982.

⁽⁵⁰²⁾ V. artt. 1173 e 2033 c.c.

⁽⁵⁰³⁾ Sull'assenza di un titolo idoneo a giustificare il pagamento *in parte qua*, v. Cass. 6 febbraio 1984, n. 927, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, f. 2; Cass. 6 novembre 1984, n. 5620, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, f. 11; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2209, in *Notiz. Giur. lav.*, 1998, pag. 446. Inoltre, nella giurisprudenza di merito v. Pret. Monza, 7 gennaio 1995, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, pag. 124.

tutto irrilevante, in questo senso, è invece la riconoscibilità dell'errore commesso dal datore di lavoro da parte del lavoratore ⁽⁵⁰⁴⁾.

La teoria descritta trae origine da quell'orientamento della Suprema Corte secondo il quale il datore di lavoro può sempre ripetere quelle somme che il dipendente abbia percepito indebitamente, in quanto solo in tal modo potrà ristabilirsi l'ordine giuridico turbato da uno spostamento patrimoniale privo di causa ⁽⁵⁰⁵⁾.

In base ai principi generali, quindi, l'onere della prova ricade su colui che agisce per la ripetizione, il quale è tenuto a dimostrare non solo di avere effettuato il pagamento, ma anche l'inesistenza di un rapporto giuridico capace di giustificarlo ⁽⁵⁰⁶⁾. Per fare ciò, colui che agisce in ripetizione può ricorrere al principio secondo cui *negativa non sunt probanda* e, pertanto, ricorrendo a presunzioni ⁽⁵⁰⁷⁾ e/o allegando un fatto costitutivo negativo ⁽⁵⁰⁸⁾ egli può dimostrare l'assenza di una valida *causa solvendi*.

A quel punto, poi, sarà il convenuto a dover eccepire l'esistenza di una diversa *causa solvendi* del pagamento ⁽⁵⁰⁹⁾.

Anche l'applicazione dell'istituto civilistico della ripetizione dell'indebito nei rapporti di lavoro ha comportato l'esclusione dei qualsivoglia indagine sull'*animus* del *solvens*, per cui al datore di lavoro si chiede di dimostrare esclusivamente che il pagamento effettuato non si fonda su di una legittima *causa solvendi* ⁽⁵¹⁰⁾.

Tale teoria si applica alle sole somme "percepite" dal lavoratore, ossia entrate effettivamente nella sfera patrimoniale di quest'ultimo, come ha ricordato la Suprema Corte, non potendo invece il datore di lavoro pretendere di ripetere somme al lordo delle ritenute fiscali, previdenziali e assistenziali, allorché le stesse non siano mai entrate nella sfera patrimoniale dello stesso ⁽⁵¹¹⁾.

La seconda ricostruzione, invece, trae fondamento dalla disciplina civilistica del c.d. errore-vizio della volontà sancito dagli artt. 1429 e 1431 c.c. ⁽⁵¹²⁾.

⁽⁵⁰⁴⁾ In dottrina, cfr. C. OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della soluzione per errore?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 45.

⁽⁵⁰⁵⁾ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, vo. II, t. II, pag. 360; M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, vol. V, pag. 808; U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, vol. XVI.

⁽⁵⁰⁶⁾ V. Cass. 25 ottobre 1984, n. 5427, in *Mass. Giur. Cass.*, 1984, fasc. 10.

⁽⁵⁰⁷⁾ V. Cass. 13 febbraio 1998, n. 1157, in *Giur. It.*, 1998, pag. 2261.

⁽⁵⁰⁸⁾ V. Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, in *Notiz. Giur. Corte Cass.*, 1998, I, pag. 702, con nota di S. CATALBIANCO, *A proposito della cosiddetta prova negativa nella condicio indebiti*.

⁽⁵⁰⁹⁾ V. Cass. 10 febbraio 1970, n. 312, in *Mass. Giur. Civ.*, 1970; Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, *ivi*, pag. 2530; Cass. 18 dicembre 1995, n. 12897, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, fasc. 12; Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, *ivi*, pag. 702; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1557, in *Giur. It.*, 1998, pag. 2261; Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, in *Mass. Giust. Civ.*, pag. 2530.

⁽⁵¹⁰⁾ V. Cass. 9 luglio 1984, n. 4006, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, pag. 171, n. 449; Cass. 25 giugno 1987, n. 5596, in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *impiegato dello Stato e pubblico*, 1351, n. 492; Cass. 4 maggio 1991, n. 4893, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pag. 384.

⁽⁵¹¹⁾ Così Cass. 2 febbraio 2012, n. 1464, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, n. 2, pag. 519, con nota di M. MORANDI, *Somme percepite in eccesso dal lavoratore: necessaria la restituzione al "netto"*. In questo senso, v. anche Cass. 26 febbraio 2002, n. 2844, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2002, pag. 409, secondo la quale l'obbligo di restituzione del dipendente riguarda le sole somme al netto della ritenuta fiscale, ben potendo il datore di lavoro provvedere direttamente alla richiesta di restituzione dell'importo versato all'amministrazione finanziaria a titolo di ritenuta.

⁽⁵¹²⁾ V. Cass. 13 maggio 1987, n. 4409, in *Giust. Civ.*, 1987, I, pag. 2248; Cass. 17 aprile 2000, n. 4942, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 45, con nota di C. OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della soluzione per errore?*.

In forza di tale orientamento, l'errore negoziale ricade sull'oggetto del contratto, che nel caso specifico è dato dalla retribuzione incentivante. Secondo tale teoria il datore di lavoro che richiede la restituzione di somme pagate in più rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo non può limitarsi a provare che la normativa collettiva stabilisce, per le prestazioni svolte, retribuzioni inferiori, ma deve dimostrare che la corresponsione della retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

Tale tesi trae origine dalla presunta natura negoziale del pagamento, per cui il pagamento al lavoratore di una retribuzione superiore ai minimi del contratto collettivo costituisce una tacita manifestazione della volontà del datore di lavoro di derogare *in melius* ex art. 2077, comma 2, c.c., accettata dal lavoratore.

Così ragionando la giurisprudenza pone a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dal dipendente stesso ex art. 1431 c.c. ⁽⁵¹³⁾.

Tale orientamento si fonda su di una *fictio iuris* o presunzione, in forza della quale si finge o si presume che il datore di lavoro abbia realmente voluto concedere un trattamento migliorativo al lavoratore, ma che tale volontà sia viziata da un errore essenziale ai sensi dell'art. 1427 c.c., errore senza il quale detta volontà non si sarebbe formata.

Detto ciò, al fine di poter ripetere quanto pagato occorre che l'errore sia riconoscibile da parte dell'*accipiens*, il ché si verifica quando il lavoratore avrebbe potuto o dovuto riconoscere l'errore secondo uno *standard* riferibile ad una persona di "normale diligenza" e "in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto e alla qualità dei contraenti" in conformità a quanto sancito dall'art. 1431 c.c. ⁽⁵¹⁴⁾.

Tale lettura, già in passato criticata ⁽⁵¹⁵⁾ in quanto escludendosi la natura negoziale dell'adempimento non pare corretto applicare al pagamento dell'indebito nell'ambito dei rapporti di lavoro i principi civilistici di invalidità dei contratti ⁽⁵¹⁶⁾, in realtà può comunque essere abbandonata alla luce delle seguenti considerazioni.

L'alternativa tra l'una e l'altra teoria può essere, infatti, superata riprendendo la suddivisione delle ipotesi legittimanti il ricorso al *clawback*, ossia le ipotesi di tipo soggettivo e le ipotesi di tipo oggettivo.

⁽⁵¹³⁾ V. Cass. 16 gennaio 2007, n. 818, in *Foro It.*, 2007, 6, I, pag. 1770. V., inoltre, Cass. 17 aprile 2000, n. 4942, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, pag. 45, secondo la quale il datore di lavoro che pretende di ripetere una somma erogata al lavoratore in misura superiore rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo deve dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dal dipendente stesso ex artt. 1429 e 1431 c.c.

⁽⁵¹⁴⁾ Cfr. sul punto A. TURSI, *Quando il premio aziendale non è meritato: la clausola di clawback*, in www.ipsoa.it/documents/lavoroe-previdenza/rapporodilavoro/quotidiano/2015/08/29/quandoilpremioaziendalenonèmeritatolaclausoladiclawback, 25 agosto 2015, secondo il quale, ad esempio, è riconoscibile l'errore da parte dello specialista o *manager* di una funzione di controllo di gestione, se l'errore riguarda la corretta determinazione del margine operativo lordo, in base ai dati di bilancio. All'opposto, l'errore non è riconoscibile se il lavoratore non è un tecnico della materia o se i dati di bilancio sono a loro volta errati, purché, in tale ultima ipotesi, nuovamente l'erroneità di tali dati non sia riconoscibile da parte dell'*accipiens*.

⁽⁵¹⁵⁾ Cfr. C. OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della soluzione per errore?*, cit., pag. 47.

⁽⁵¹⁶⁾ Secondo la dottrina dominante, infatti, il pagamento è atto dovuto e non volontario, in quanto non presenta le caratteristiche di libertà proprie della volontà negoziale. Inoltre, ai sensi dell'art. 1191 c.c. la capacità del *solvens* assume valore determinante ai fini della validità dell'adempimento. Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, vo. III, Milano, 1991, pag. 265; M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, vol. I; 2; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. Dir.* 1958, I, pag. 556 e segg.

Dall'analisi dettagliata di tutta la casistica ricordata pare di potersi riconoscere il fondamento giuridico del *clawback* principalmente nella prima delle teorie citate, quella della ripetizione dell'indebito.

Tutte le ipotesi descritte, infatti, rientrano in tale ricostruzione, in quanto costituiscono la tipizzazione dell'inesistenza di una legittima *causa solvendi*, cosicché il verificarsi di una delle ipotesi descritte fa sì che tale circostanza sia rilevabile in modo oggettivo, senza bisogno di ricorrere a valutazioni discrezionali e/o qualitative.

Tali previsioni, in sostanza, riducono l'alea di una valutazione discrezionale e sono finalizzate a sgravare il datore di lavoro dal fornire la prova – diabolica a volte – dell'errore manifesto del lavoratore.

Si potrebbe, invero, far rientrare nella seconda delle due teorie ricordate, ossia quella dell'errore-vizio della volontà riconoscibile dalla controparte, l'ipotesi eccezionale, prevista esclusivamente dalla Politica di remunerazione e incentivazione del personale dipendente della *Franklin Templeton Investments* del 29.05.2013, nella sua versione aggiornata al 2015, del lavoratore che abbia fraudolentemente o dolosamente contribuito all'inesattezza dei risultati finanziari.

In tale caso, infatti, la condotta del lavoratore determina che quest'ultimo sia a conoscenza e riconosca l'errore della controparte e, pertanto, il datore di lavoro dovrà dimostrare non solo che i dati finanziari che legittimavano l'erogazione del premio erano errati ma anche un *quid pluris*, ossia che il lavoratore ha agito con dolo o frode.

Ma a questo punto ci si chiede: perché mai il datore di lavoro dovrebbe fornire una prova tanto complicata, quando potrebbe semplicemente limitarsi a dimostrare dell'inesattezza dei risultati di bilancio, affinché la sua azione possa essere ricondotta all'indebito oggettivo, senza ulteriori oneri di prova a suo carico?

Molto più semplicemente il datore di lavoro, al verificarsi delle circostanze descritte e riconducibili sia a condotte del lavoratore, quali possono essere le violazioni di obblighi, i comportamenti fraudolenti, dolosi o colposi, le violazioni del Codice Etico, ecc., sia a ipotesi oggettive, per azionare il *clawback* potrà limitarsi ad invocare l'indebito oggettivo, senza essere gravato da un ulteriore onere della prova.

Un discorso diverso, invece, può essere fatto ove la prova del dolo o della frode possa legittimare una richiesta di risarcimento danni ulteriori, ma ciò nell'ambito non dell'operatività della clausola di *clawback*, ma di un diverso giudizio, azionato ad esempio in sede penale. Pertanto, ai fini del *clawback* l'onere della prova è circoscritto sicuramente alla sola inesistenza della *causa solvendi*.

7. La rilevanza disciplinare delle condotte dei lavoratori che legittimano l'esercizio del clawback.

Nel caso in cui venga esercitata una clausola di *clawback* per colpire dei comportamenti fraudolenti, dolosi o colposi del lavoratore, e quindi in ipotesi riconducibili alla prima area, la condotta del lavoratore presenterà delle ricadute anche sul piano disciplinare.

Ovviamente la disciplina che troverà applicazione è quella prevista dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, in combinato disposto con la relativa regolamentazione prevista dalla contrattazione collettiva nazionale di settore.

Nulla vieta, tuttavia, che il datore di lavoro ritenga opportuno regolamentare la relativa procedura di intervento volto a colpire le condotte disciplinarmente rilevanti dei dipendenti ove quest'ultima abbia ad oggetto condotte che legittimano proprio l'esercizio della clausola di *clawback*, anche attraverso propri disciplinari interni.

Di questo tenore sono, ad esempio, le indicazioni fornite di recente, in data 9 marzo 2017, dal Gruppo Bancario Banca FarmaFactoring.

Queste ultime stabiliscono che il riconoscimento della parte variabile della remunerazione viene meno o, se già versata, deve essere restituita, in presenza di comportamenti individuali dell'interessato, tenuti nell'ambito dell'attività della banca o comunque dell'attività professionale del medesimo, riconducibili a situazioni di conflitto d'interessi, condotte dolose o gravemente colpose o, addirittura, fraudolente.

Solo nei casi meno gravi, il Consiglio di Amministrazione può determinare una mera decurtazione del premio in misura proporzionale, anziché il totale azzeramento di esso.

L'iter disciplinare interno prevede che la banca svolga delle indagini per il tramite del Responsabile della Funzione *Internal Audit*. Al termine di esse, quest'ultimo compila una relazione avente ad oggetto i fatti, le modalità di segnalazione, lo svolgimento dell'indagine e le prove eventualmente raccolte. Tale relazione viene poi indirizzata al Responsabile dell'Ufficio Personale, al Responsabile della struttura in cui è operativa la persona sotto indagine e all'Amministratore Delegato, i quali, previo parere legale circa l'attivazione degli strumenti di *malus* e di *clawback*, possono o archiviare la relazione, a fronte di informazioni processate insufficienti o inidonee, oppure possono attivare i relativi meccanismi.

In tale ultima ipotesi, dovrà essere attivato il procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e di cui al contratto collettivo nazionale di lavoro, al termine del quale il lavoratore subordinato verrà informato, unitamente alla comunicazione della sanzione disciplinare adottata, anche dell'attivazione dei meccanismi di *malus* e di *clawback*.

Al contrario nell'ipotesi in cui, invece, il suddetto responsabile sia titolare di un rapporto diverso dal lavoro subordinato oppure nel caso in cui non sia più titolare di alcun rapporto con la banca viene attivata una diversa procedura.

Innanzitutto, i fatti che si assumono idonei ad attivare i meccanismi di *malus* e di *clawback* devono essere contestati per iscritto al soggetto interessato, al quale è garantito il diritto di fornire difese scritte entro un termine "ragionevole e proporzionato alla complessità dei fatti contestati", comunque non inferiore a cinque giorni di calendario.

Successivamente, una volta sentito l'interessato a sua difesa, oppure una volta decorso il termine assegnato senza che l'interessato abbia presentato le sue difese, l'Amministratore Delegato (o il Consiglio di Amministrazione, ove ad essere indagato sia l'Amministratore Delegato), tenendo informato il Consiglio di Amministrazione, può adottare gli eventuali provvedimenti.

La decisione deve essere comunicata all'interessato per iscritto ed essere motivata, per il tramite del richiamo ai fatti commessi, alle norme che si assumono violate e ai motivi per i quali le difese dell'interessato non possono essere accolte.

Si tratta, quindi, in questo caso di un procedimento che ricalca quello disciplinare previsto dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori con riferimento ai lavoratori subordinati.

8. Osservazioni conclusive.

In conclusione si rileva che la clausola di *clawback* è un istituto di origine pattizia che prevede la restituzione delle somme variabili indicate nel contratto individuale, di significativa entità e riconosciute a personale di elevate professionalità, le quali vengono normalmente erogate secondo un piano di differimento la cui finalità è proprio quella di verificare che nel tempo le condizioni e i presupposti per il pagamento non siano mutati o, addirittura, venuti meno.

Benché le considerazioni sinora svolte convergano verso la legittimità delle clausole di *clawback*, il percorso argomentativo a supporto di tale conclusione, invero, diverge parzialmente a seconda della categoria di clausole considerate, in quanto diversi sono i presupposti che legittimano l'operatività delle due tipologie di previsioni.

Si ricorda, infatti, che le clausole di *clawback* si dividono in due aree, di cui la prima raggruppa al suo interno tutte quelle ipotesi c.d. soggettive ancorate a determinate condotte o a *status* (si pensi alla perdita dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza) del lavoratore, mentre nella seconda rientrano le ipotesi c.d. oggettive.

Ora, nella prima categoria di clausole, come si è detto, rientrano: i comportamenti, sorretti da dolo o colpa grave, da cui sia derivata una perdita significativa per la società, anche in termini di danno all'immagine; l'elaborazione fraudolenta o dolosa dei dati finanziari; la perdita dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza previsti dal testo unico bancario; nonché le violazioni con dolo o colpa grave degli obblighi di cui al D.lgs. n. 231 del 2001 o del Codice Etico.

Non si tratta di condotte che richiamano obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà, ma si tratta di ipotesi che concretizzano gli obblighi di correttezza e di buona fede che gravano sul prestatore di lavoro.

Si tratta, in altre parole, di clausole che traggono la propria *ratio* nell'obbligo del lavoratore di rispettare, nello svolgimento del rapporto di lavoro, i canoni generali di correttezza e di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Preliminarmente si rileva che correttezza e buona fede hanno carattere unitario, per concorde natura, per identità di fondamento, per sostanziale coincidenza di contenuto⁽⁵¹⁷⁾ e per comunanza di ambito operativo⁽⁵¹⁸⁾, il che autorizza un impiego congiunto dei due concetti, quasi si tratti di una endiadi⁽⁵¹⁹⁾.

A ciò deve aggiungersi, poi, che quando si parla di clausola generale di buona fede si allude al concetto in parola nella sua accezione oggettiva, intesa quale regola di condotta ossia di comportamento secondo buona fede⁽⁵²⁰⁾. In questo senso, pertanto, la buona fede concorre a integrare il regolamento contrattuale, arricchendone il contenuto attraverso il ricorso a parametri di moralità sociale ulteriori rispetto a quali discendenti dalla volontà delle parti⁽⁵²¹⁾.

⁽⁵¹⁷⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. – teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, pag. 956.

⁽⁵¹⁸⁾ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, pag. 560.

⁽⁵¹⁹⁾ Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., pag. 9, che alla nota 16 parla di endiadi a proposito dei due termini.

⁽⁵²⁰⁾ Per una disamina accurata sulla distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva si rinvia a M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Adempimento*, in *Eng. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, pag. 1 e segg.

⁽⁵²¹⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pag. 118.

Tali norme sociali di condotta espressive di buona fede possono essere viste, allora, come una serie di obblighi, i quali sono però secondari, collaterali o accessori rispetto all'obbligo principale di prestazione. Ciò significa che essi sono estranei rispetto all'obbligo principale della prestazione del lavoratore e non ne funzionalizzano la prestazione al risultato ⁽⁵²²⁾.

Si tratta di clausole che impongono, allora, ai soggetti del rapporto contrattuale una serie di comportamenti che sono finalizzati a garantire il rispetto e la conservazione dell'altrui interesse e, quindi, dell'utilità del complessivo programma negoziale per la controparte ⁽⁵²³⁾, seppur sempre nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a carico dell'altra ⁽⁵²⁴⁾.

In questo senso, allora, il rispetto dei canoni generali di correttezza e di buona fede è non solo espressione di un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. ⁽⁵²⁵⁾, ma ancor più presenta natura estroflessa ⁽⁵²⁶⁾, spingendo l'interprete a ricercarne il significato all'interno di canoni valoriali ⁽⁵²⁷⁾.

È noto come la correttezza e la buona fede siano penetrate già da tempo all'interno del rapporto di lavoro subordinato, accompagnandone tutto "l'iter che dalle trattative giunge, tramite l'interpretazione del contratto, all'attuazione del conseguente rapporto" ⁽⁵²⁸⁾. Il pregio di tali clausole generali è, però, di avere aperto il mondo del diritto (anche del diritto del lavoro) a principi e a criteri di valutazione metalegislativi, posto che attraverso tali congegni normativi, connotati da elasticità, il giudice fa applicazione di ciò che non trova nella legge, ma in sistemi valutativi diversi ed esterni ad essa ⁽⁵²⁹⁾, tratti dall'esperienza sociale ⁽⁵³⁰⁾, evolvendo in modo automatico verso i cambiamenti socio culturali di volta in volta prodottisi ⁽⁵³¹⁾.

In questo senso, pertanto, le condotte descritte dalle clausole di *clawback* sopra considerate configurano una violazione di obblighi accessori rispetto all'obbligo principale o primario di prestazione, in quanto è evidente che ogni qual volta il lavoratore ponga in essere una condotta dolosa o colposa pregiudica la posizione del datore di lavoro nella gestione e nel coordinamento dei fattori produttivi, con inutili aggravii e disservizi. Poi è vero che tali comportamenti integrano delle lesioni dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, ma è anche vero che tale lesione si pone in uno con i più basilari principi di correttezza e di buona fede.

La peculiarità dell'introduzione delle clausole di tipo soggettivo di *clawback* all'interno dei rapporti di lavoro risiede, però, in un *quid pluris*, ossia nel fatto di spostare il tradizionale punto di vista secondo cui la buona fede, benché concepita sia a favore del datore di lavoro, che a favore

⁽⁵²²⁾ Così C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pag. 4.

⁽⁵²³⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pag. 152.

⁽⁵²⁴⁾ Cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, pag. 210.

⁽⁵²⁵⁾ V., tra le tante, Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova Giur. Civ.* 2011, 4, 1, pag. 355; Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *CED Cassazione*, 2008.

⁽⁵²⁶⁾ La definizione è di P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in AA.Vv., *Clausole generali e diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Roma 23-30 maggio 2014, pag. 203 e segg.

⁽⁵²⁷⁾ Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa Tit. Cred.* 1997, I, pag. 34. In giurisprudenza si rinvia anche a Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Foro It.*, 1999, I, pag. 1891, che parla di "una serie di comportamenti a contenuto atipico".

⁽⁵²⁸⁾ Così L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, pag. 177.

⁽⁵²⁹⁾ Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 5 segg.

⁽⁵³⁰⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, pag. 54.

⁽⁵³¹⁾ Cfr. G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in AA.Vv., *Clausole generali e diritto del lavoro*, cit., pag. 5 e segg.

del lavoratore, ha finito poi di norma per svolgere una funzione di salvaguardia del prestatore di lavoro ⁽⁵³²⁾.

All'opposto, invece, tali clausole salvaguardano l'organizzazione produttiva, non introducendo nuovi obblighi a carico del lavoratore e, quindi, pur ponendosi al di là degli obblighi di diligenza, obbedienza e di fedeltà fissati dalla legge e dalla contrattazione collettiva tutelano il buon funzionamento dell'organizzazione tecnica del lavoro e l'interesse del datore di lavoro alla salvaguardia della propria sfera giuridica, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a carico della controparte ⁵³³.

Questo non significa, pertanto, che al lavoratore venga richiesto di assumere il ruolo di "lavoratore modello", né che si pretenda da lui una tensione cooperativa al risultato atteso dal datore, bensì gli si chiede di assumere comportamenti diretti a preservare l'utilità della controparte e a salvaguardarne l'altrui sfera giuridica, nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a proprio carico.

Così ragionando si attribuisce un riconoscimento giuridico all'interesse organizzativo del datore di lavoro, alla salvaguardia del complesso produttivo guardato dal punto di vista gestionale, ma anche dal punto di vista strettamente economico del suo patrimonio, della sua proiezione sul mercato, dell'avviamento, del prestigio, dell'immagine, del buon nome dei prodotti e servizi ⁵³⁴, nel senso che quest'ultimo ha interesse affinché il lavoratore non ponga in essere comportamenti pregiudizievoli della propria organizzazione produttiva.

Diversamente, invece, la seconda categoria di clausole è volta a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione di fronte a flessioni significativamente negative in termini finanziari dell'andamento societario.

Si tratta certamente di una pretesa legittima da parte dell'azienda, in quanto l'erogazione del premio ha una ragion d'essere solo nel momento in cui sussistano realmente le condizioni che ne giustificano l'erogazione. Diversamente, invece, ove tali condizioni siano mutate, siano venute meno o, addirittura, non si siano mai realizzate la retribuzione variabile non avrà motivo di essere erogata.

Tale fondamento risulta, del resto, ben esplicitato dalla recente pronuncia della Corte di Appello di Milano, la quale, facendo propria una lettura oggettivamente rilevabile della casistica di *claw-back*, traslascia qualsiasi indagine circa l'eventuale vizio della volontà del datore di lavoro, esonerandolo anche dall'indagare il comportamento del lavoratore al quale viene richiesta la restituzione.

In sostanza, quindi, si prescinde dall'errore del datore di lavoro, operando la clausola indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi e senza richiedere ai fini della prova neppure alcuna negligenza da parte del beneficiario.

Ciò che rileva per l'operatività della clausola sono unicamente i risultati oggettivi della società e l'appartenenza del beneficiario all'unità operativa in cui si era registrata la perdita. Quindi, una

⁽⁵³²⁾ Cfr. M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999, pag. 118.

⁽⁵³³⁾ Cfr. P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, cit., pag. 89 e segg.

⁽⁵³⁴⁾ Cfr. P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, cit., pag. 93.

volta accertata la perdita e una volta accertata l'appartenenza del lavoratore all'unità che aveva registrato tale dato negativo la clausola è operante, indipendentemente da una indagine sulla responsabilità del beneficiario dei premi.

La *ratio* di fondo dell'intervento di tale tipologia oggettiva di clausole di *clawback*, quindi, è da ricercare nell'esigenza di reggere l'impatto delle esigenze del mercato, rendendo o mantenendo le imprese competitive nel campo della concorrenza globale, nel rispetto del principio di equilibrio tra le entrate e le uscite, tenuto conto che esse vanno ad incidere sui corrispettivi di prestatori di lavoro ai quali sono affidati compiti che hanno una diretta incidenza sul funzionamento dell'azienda.

Del resto, la retribuzione variabile riconosciuta a tali figure professionali è connotata per sua natura da un'assenza di stabilità ⁽⁵³⁵⁾, essendo strettamente correlata alla motivazione per la quale è stata introdotta.

Ciò significa che il verificarsi di condizioni che descrivono oggettivamente il venir meno di tale motivazione, quali sono appunto le clausole di *clawback* di tipo c.d. oggettivo, spiega perché l'incentivo possa venire meno e ne legittima pienamente l'operatività.

Dalla casistica esaminata emerge, poi, come le clausole di *clawback* siano inserite all'interno di delibere assembleari.

Un quesito che si pone, pertanto, è in quale modo tali fonti, predeterminate a livello aziendale, arrivino allora ad esplicare un effetto all'interno del rapporto di lavoro.

Occorre, in altre parole, effettuare uno sforzo concettuale al fine di spiegare come e perché tali clausole vincolino il lavoratore.

Una soluzione, che pare in linea con il fatto stesso che la retribuzione variabile in questi casi venga negoziata a livello individuale (come si evidenziava all'inizio del presente studio), è che dopo aver regolamentato l'ammontare della retribuzione variabile, gli obiettivi da raggiungere e i metodi di calcolo, nel contratto individuale vengano altresì inserite le condizioni che legittimano la richiesta di restituzione di tale componente retributiva. In altre parole, è indispensabile che la contrattazione individuale descriva in forma ovviamente scritta *ad substantiam* e *ad probationem*, nonché in modo dettagliato e preciso, le ipotesi di *clawback*.

In questo modo viene garantita sia la conoscenza del contenuto di tale pattuizione da parte del lavoratore, sia il consenso espresso di quest'ultimo all'inserimento di essa.

Sotto tale profilo, pertanto, la clausola *de qua* assume il valore di clausola accessoria, ossia di pattuizione che le parti sono eventualmente libere di introdurre all'interno del contratto individuale di lavoro.

Ciò significa che ove nel contratto individuale non sia espressamente inserita e regolamentata la clausola di *clawback*, quest'ultima non potrà essere invocata dal datore di lavoro, anche se eventualmente deliberata a livello assembleare, a meno che il *clawback* non venga inserito all'interno

⁽⁵³⁵⁾ Cfr. R. PESSI, voce *Retribuzione III) Nuove forme*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1997, pag. 4-5.

di una *policy* aziendale, di un codice etico⁽⁵³⁶⁾ o, ma più difficilmente in quanto soluzione veramente rara per non dire desueta⁽⁵³⁷⁾, di un regolamento aziendale, necessariamente richiamati nel contratto individuale di lavoro.

Il regolamento aziendale è un atto unilaterale del datore di lavoro di massima espressione di esercizio del potere direttivo. Esso costituisce un articolato di clausole che vengono predisposte dal contraente forte, appunto, e che sono volte ad integrare e a specificare i doveri contrattuali dei lavoratori, disciplinandone in maniera uniforme l'adempimento.

L'istituto ha richiamato nel tempo il problema della contrattualità di tale regolamentazione, questione già trattata dallo stesso Barassi⁽⁵³⁸⁾, il quale ne criticava l'originaria assunzione *verbis* e l'atteggiamento di ossequio e di *patti* verso di esso da parte del lavoratore. Con la conclusione che, perché tale regolamento potesse esplicare effetto sul contratto di lavoro, era necessario che il lavoratore vi prestasse il proprio consenso.

Ora, benché il ricorso al regolamento aziendale sia più infrequente che reale, le conclusioni formulate a proposito di esso possono essere richiamate anche con riferimento agli altri istituti citati. Pertanto, un discorso affatto diverso può farsi anche per le *policy* aziendali o per il codice etico, che sono prodotti che esprimono valori e principi aziendali le prime e generalmente riconosciuti il secondo⁽⁵³⁹⁾, espressione di vincoli comportamentali che arricchiscono e puntualizzano i doveri del prestatore di lavoro⁽⁵⁴⁰⁾, i quali vengono traslati all'interno del contratto individuale, attraverso un richiamo alla *policy* o al codice stesso, sul presupposto che solo in tal modo il contenuto di esso viene contrattualizzato, oltre che oggettivato ai fini dell'esercizio dell'onere della prova, come si è detto.

A livello pratico, così, si verifica che, ove l'azienda voglia invocare la clausola di *clawback* e il lavoratore non provveda a restituire le somme percepite, l'azienda potrà tutelare il proprio credito ricorrendo allo strumento della compensazione.

Quest'ultima, com'è noto, prevede che il datore di lavoro, sottraendosi al principio generale del *solve et repete*, possa portare in compensazione i crediti dovuti ai lavoratori con i debiti di quest'ultimo nei confronti dell'azienda, seppur nel limite dell'art. 1246 c.c., che prevede che le retribuzioni non possono essere compensate se non nei limiti in cui possono essere pignorate. Tale ipotesi, tuttavia, opera solo in caso di compensazione tecnica, la quale si verifica quando i crediti contrapposti sorgano non dal medesimo rapporto di lavoro, ma da rapporti diversi⁽⁵⁴¹⁾.

⁽⁵³⁶⁾ Sui livelli di vincolatività dei codici etici e sull'idoneità di essi a operare quali fonti di obbligazioni, cfr. R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in A. PERULLI (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, 2013, pag. 73 e segg.

⁽⁵³⁷⁾ Si rinvia a M. PEDRAZZOLI, *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 149, il quale svolge talune interessanti conclusioni sulla natura del regolamento aziendale prendendo come spunto tale predisposizione unilaterale dei rapporti di lavoro, da parte della Juventus Football Club S.p.a., nel 2003.

⁽⁵³⁸⁾ Sul punto si rinvia a L. MONTUSCHI, *Contratto di lavoro e regolamenti aziendali*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Milano, 2003, pag. 327.

⁽⁵³⁹⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *Contratto di lavoro e regolamenti aziendali*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, cit., pag. 334.

⁽⁵⁴⁰⁾ Cfr. S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro*, cit., pag. 111 e segg.

⁽⁵⁴¹⁾ In dottrina cfr. A. TORRENTE, *La compensazione dei crediti nascenti dai rapporti di lavoro*, in *Giust. Civ.*, I, 1951, pag. 66. In giurisprudenza, invece, v. Cass. 1 settembre 1982, n. 4765, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1982, pag. 559; Cass., Sez. Un., 3 novembre 1982, n. 5745, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982, f. 10-11; Cass. 6 febbraio 1987, n. 1245, in *Mass. Giur. Lav.* 1987, pag.187; Cass. 4 luglio 1987, n. 5874, in

Secondo la dottrina formulata sul punto, infatti, ammettere la compensazione tra crediti sorgenti dal medesimo rapporto sarebbe in contrasto con la causa del contratto e con la causa che esso assolve e che consiste nell'assicurare a ciascuna parte la prestazione convenuta⁽⁵⁴²⁾. Pertanto, in caso di stesso rapporto, non operando una compensazione tecnica, non avrebbe luogo neppure il limite previsto dall'art. 1246 c.c.

In ambito lavoristico tali conclusioni hanno comportato il rigetto di tutte le eccezioni dei lavoratori volte a limitare l'effetto estintivo del credito retributivo rispetto alle contropretese datoriali di risarcimento dei danni provocati dai lavoratori.

Diversamente, invece, è stata riconosciuta la limitazione alla compensabilità tra retribuzione e risarcimento del danno per violazione del patto di non concorrenza, assumendosi di essere questo un patto dotato di propria autonomia rispetto al rapporto di lavoro⁽⁵⁴³⁾.

Inoltre, la giurisprudenza ha riconosciuto alla contrattazione collettiva la facoltà di derogare in forma pattizia alla possibilità di compensare attecnicamente le retribuzioni con eventuali debiti risarcitori del lavoratore⁽⁵⁴⁴⁾, in tal modo limitando l'art. 1246 c.c. a ipotesi marginali del patto di non concorrenza e ai mutui concessi dal datore di lavoro al lavoratore, a meno che non siano anche questi configurabili come anticipazioni di retribuzioni future.

Verso tale interpretazione, tuttavia, non sono mancate diverse critiche.

Queste ultime si fondano intanto sul fatto che affinché la compensazione possa operare è necessario che i crediti siano omogenei e cioè che abbiano ad oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere, così come previsto dall'art. 1243 c.c.⁽⁵⁴⁵⁾. Così ragionando, pertanto, si è osservato come in un contratto a prestazione corrispettive - quale è il contratto di lavoro - l'obbligo lavorativo consista in un obbligo di *facere* che è ben diverso dall'obbligo di *dare* la retribuzione, pertanto la compensazione non sarebbe ipotizzabile.

Inoltre, argomentando dall'art. 1246 c.c., che prevede che la compensazione si verifichi qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, si ritiene che sia del tutto irrilevante la fonte degli obblighi reciproci, posto che la fonte è il fatto storico che genera l'obbligazione ex art. 1173 c.c., mentre il titolo è la giustificazione di una specifica attribuzione patrimoniale.

Juris Data Sentenze Cassazione Civile; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, in *Not. Giur. Lav.*, 1995, pag. 599; Cass. 23 gennaio 1996, n. 479, in *Orient. Giur. Lav.*, 1996, pag. 494; Cass. 19 marzo 2001, 3930, in *Juris Data Sentenze Cassazione Civile*; Cass. 20 giugno 2003, n. 9904, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2004, pag. 78, con nota di M. GIOVEDÌ, *Conguaglio di crediti reciproci fra datore di lavoro e lavoratore*; Cass. 29 marzo 2004, n. 6214, in *Giust. Civ.*, I, 2005, pag. 1350; Cass. 17 aprile 2004, n. 7337, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2005, pag. 131, con nota di L. PANAIOTTI, *Denunciata alla consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione proprie e improprie, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto*; Cass. 2 marzo 2009 n. 5024, in *Juris data Sentenze Cassazione Civile*; Trib. Roma, 20 luglio 1999, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2000, pag. 315, con nota di M. L. VALLAURI, *Alcune considerazioni sui limiti della compensabilità dei crediti retributivi e alla loro disponibilità da parte del lavoratore*.

⁽⁵⁴²⁾ Cfr., tra i tanti, C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, Milano, 1992, pag. 487 e segg.

⁽⁵⁴³⁾ V. Cass. 30 luglio 1987, n. 66178, in *Juris Data Sentenze Cassazione Civile*.

⁽⁵⁴⁴⁾ V. Cass. 20 giugno 2003, n. 9904, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, pag. 108.

⁽⁵⁴⁵⁾ Per una articolata critica sul tema, cfr. E. GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia fra i crediti reciproci*, in *Giur. It.*, IV, 1994, pag. 284. Inoltre, circa la distinzione tra "appartenenza allo stesso genere" e "fungibilità", cfr. V. DE LORENZI, *Compensazione*, in *Dig. Civ.*, III, Torino, 1988.

Piuttosto rare sono state le diverse interpretazioni da parte della giurisprudenza ⁽⁵⁴⁶⁾, fatta salva l'eccezione di incostituzionalità degli artt. 1246, n. 3, c.c. e dell'art. 546, comma 4, c.p.c., per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost., sollevata dal Tribunale di Palermo, nella parte in cui non è prevista la limitazione della compensazione alla misura di un quinto anche nel caso in cui il credito opposto in compensazione abbia origine dal medesimo rapporto di lavoro ⁽⁵⁴⁷⁾.

Sul punto si pronunciava la Corte costituzionale, respingendo l'eccezione di incostituzionalità suddetta non ritenendo sussistente alcuna disparità di trattamento ex art. 36 Cost.⁵⁴⁸.

Invero sulla questione erano già in precedenza intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali avevano negato il presupposto stesso dell'istituto della compensazione atecnica e cioè la necessità dell'alterità della fonte dei debiti compensandi.

Le considerazioni sopra svolte consentono, allora, di prendere posizione sulla problematica della compensabilità tra la restituzione della retribuzione variabile a seguito dell'esercizio della clausola di *clawback* da parte del datore di lavoro e il successivo pagamento di crediti di lavoro al dipendente.

All'opposto, ciò che rileva ai fini dell'operatività della clausola sono i risultati oggettivi della società e l'appartenenza dei beneficiari alla *business unit* dove si è verificata la perdita.

In sostanza, a detta della Corte d'Appello la clausola di *clawback* opera "indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi", essendo tesa a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione "anche quando la società o un *business* subisce flessioni significativamente negative in termini finanziari o subisce un significativo errore nella gestione del rischio".

Ovviamente l'istituto è ancora in fase embrionale e, pertanto, in assenza di una regolamentazione normativa sul punto sarà molto interessante attendere le prossime decisioni dei giudici per vedere come la giurisprudenza si appropcherà in concreto alle varie questioni.

⁽⁵⁴⁶⁾ V. Cass. 11 marzo 2005, n. 5349, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2006, pag. 358, con nota di E. RAIMONDI, *Alcune considerazioni sulla compatibilità dei crediti derivanti da trattamento di fine rapporto*.

⁽⁵⁴⁷⁾ V. Trib. Palermo, ord. 27 aprile 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2005, pag. 132, con nota di L. PANAIOTTI, *Denunciata alla consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione propria e impropria, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto*.

⁽⁵⁴⁸⁾ V. Corte cost. 4 luglio 2006, n. 259, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2006, pag. 802, con nota di M. AGOSTINI, *Il ragionevole conguaglio tra obbligazioni pecuniarie contrapposte nel rapporto di lavoro al vaglio della Corte costituzionale*.