

LA RETRIBUZIONE E L'ART. 36 DELLA COSTITUZIONE: QUALI CERTEZZE NELL'ECONOMIA CHE CAMBIA

CORSO P24049 – NAPOLI 10 LUGLIO 2024

LA GIUSTA RETRIBUZIONE AL VAGLIO DELL'ARTICOLO 36 COST.: LA VICENDA DEL CCNL SERVIZI FIDUCIARI

di Milena d'Oriano

Sommario: 1) Il fenomeno del cd. lavoro povero. - 2) L'art. 36 Cost. ed il diritto alla giusta retribuzione. - 3) La giurisprudenza di legittimità sull'art. 36 Cost. - 4) Il contesto sindacale, economico e sociale di riferimento. - 4.1 La crisi del sistema italiano di relazioni sindacali. - 4.2 I nuovi paradigmi organizzativi. - 5) La vicenda del c.c.n.l. Servizi Fiduciari. - 6) La nuova giurisprudenza sul trattamento salariale minimo. - 7) Gli effetti sul contenzioso specifico - 8) Le osservazioni critiche - 8.1 Il confronto con i precedenti e l'assenza dei presupposti per una rimessione alle Sezioni Unite. - 8.2 Il confronto con la legge e l'assenza dei presupposti per una rimessione alla Corte costituzionale. - 8.3 Il confronto con l'autorità salariale giudice - 8.4 Il riferimento alla direttiva UE 2022/2041. - 8.5 Il paventato "sogettivismo" e l'imprevedibilità delle decisioni. - 9) Conclusioni.

1) Il fenomeno del cd. lavoro povero.

Il contenzioso generato dal c.c.n.l. Servizi fiduciari ha raggiunto l'apice della sua popolarità all'esito delle ormai famose sentenze della Corte di cassazione in tema di salario minimo costituzionale dell'ottobre 2023.¹

Si tratta di una vicenda specifica che costituisce la cartina di tornasole di un fenomeno nuovo, quello del cd. lavoro povero, che in termini relativamente brevi ha avuto ampia diffusione interessando un numero sempre più elevato di contesti produttivi, e la cui dimensione, non più trascurabile, ha costretto anche gli interpreti più riluttanti a prendere atto dell'esistenza di forme di povertà "nonostante" il lavoro e "nonostante" la contrattazione.

Secondo i dati forniti dal recente rapporto annuale dell'ISTAT per l'anno 2024, tra il 2013 e il 2023 il potere d'acquisto delle retribuzioni lorde in Italia è diminuito del 4,5 per cento mentre nelle altre maggiori economie dell'UE è cresciuto a tassi compresi tra l'1,1 per cento della Francia e il 5,7 per cento della Germania; nel 2022 la quota di occupati a rischio di povertà in Italia è all'11,5 per cento, mentre la media UE è dell'8,5 per cento del totale.

I settori produttivi maggiormente interessati sono tendenzialmente quelli dei servizi fiduciari, di portierato, di pulizia, di facchinaggio, la logistica, l'agroalimentare, il tessile, ove dilaga il fenomeno dell'organizzazione del lavoro in cooperative, indistintamente spurie o reali, in appalti e subappalti più o meno leciti, a cui va aggiunto l'universo incontrollato del lavoro organizzato da piattaforme digitali.

Rispetto a questa deriva salariale, le note pronunce della Corte di cassazione sul salario minimo costituzionale rappresentano un punto di non ritorno, esiste un prima ed esiste un dopo.

¹ Cass. 2 ottobre 2023 n. 27711, n. 27713 e n. 27769; Cass. 10 ottobre 2023 n. 28320, n. 28321 e n. 28323.

Non mi soffermerò sui principi in esse affermati, ormai noti, né tanto meno sull'analisi nel dettaglio dei vari passaggi della motivazione che saranno oggetto di altre relazioni.

Quello che vorrei provare a ripercorrere è ciò che esisteva prima di queste pronunce, per poi riuscire a capire meglio quello che è successo dopo e se quello che è successo dopo trovi una giustificazione nella asistematicità nei principi di diritto affermati dalla Corte o piuttosto in qualcosa di estraneo alla giurisdizione, che attiene a dinamiche politiche, sociali, economiche, contrattuali di cui dovrebbero farsi carico legislatore e contrattazione collettiva.

Questa analisi, che trae spunto sempre da passaggi presenti nelle sentenze della Corte, mi pare essenziale per contestualizzare le questioni giuridiche oggetto di esame e disinnescare molte delle obiezioni che sono state mosse a questa giurisprudenza.

2) L'art. 36 Cost. ed il diritto alla giusta retribuzione.

Prima di tutto c'è la Costituzione e l'art. 36.

È certamente merito di queste sentenze aver riaccessato l'attenzione degli interpreti sul valore del lavoro e sul diritto alla giusta retribuzione nella Costituzione, temi che apparivano solo fuggacemente sullo sfondo del dibattito politico in corso sul salario minimo legale.

Può sembrare quasi retorico ricordare che il lavoro è un «fondamentale diritto di libertà della persona umana» perché l'autonomia economica che consegue al lavoro genera dignità sociale e libertà dal bisogno e consente al cittadino di partecipare senza condizionamenti alla vita democratica dello Stato, in un processo virtuoso di inclusione e condivisione in condizione di uguaglianza e non di emarginazione.

Il lavoro si arricchisce della coesistenza di aspetti materiali e di una componente ideale; tale polisemia è efficacemente colta dalla direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione Europea, che, pur nella sua portata meramente programmatica e propulsiva, nel considerando n. 28 sollecita l'utilizzo di strumenti di determinazione del salario minimo adeguato che tengano conto oltre che delle necessità materiali “quali cibo, vestiario e alloggio” anche della necessità del lavoratore “di partecipare ad attività culturali, educative e sociali”.

Questo diritto di libertà si realizza tramite la “giusta retribuzione” ex art. 36 Cost.; già nella sentenza n. 30 del 1960 la Corte costituzionale affermava che il diritto alla “giusta retribuzione” è un “diritto soggettivo perfetto” destinato a trovare immediata applicazione senza la necessità di una attuazione tramite legge ordinaria.

L'art. 36 Cost. detta anche le unità di misura del valore del lavoro; i criteri per la determinazione della retribuzione come “diritto” sono individuati nella proporzionalità alla qualità e quantità della prestazione lavorativa e nella sua sufficienza.

Senza che esista una gerarchia dei due principi, che l'espressione «e in ogni caso» pone in un indissolubile rapporto di complementarietà, la proporzionalità ne sottolinea la funzione corrispettiva nell'ambito del sinallagma contrattuale del contratto di lavoro, la sufficienza ne esalta la funzione sociale, quale strumento indispensabile ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Entrambi sono canoni astratti che, come tutte le clausole generali, necessitano di essere riempiti di un contenuto che garantisca effettività al precetto costituzionale, posto come limite all'autonomia negoziale a tutela della libertà dal bisogno e della dignità del lavoratore.

Il precetto costituzionale è vincolante per il legislatore, per le parti private e per le parti sociali; è compito della giurisdizione vigilare sulla sua attuazione con gli strumenti che l'ordinamento ha all'uopo predisposto.

3) La giurisprudenza di legittimità sull'art. 36 Cost.

Prima c'è anche una consolidata giurisprudenza di legittimità sull'applicazione dell'art. 36 Cost. a cui le sentenze del 2023 dedicano una ampia ricostruzione sistematica.

Si tratta di un percorso che parte da lontano e che ha portato la giurisprudenza a colmare il vuoto lasciato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e a garantire la tutela salariale dei lavoratori attraverso il riconoscimento dell'applicabilità erga omnes dei contratti collettivi, almeno sul piano retributivo e in sede giudiziale.

Sin dagli anni '50 la Corte di cassazione ha dato attuazione al diritto soggettivo perfetto alla retribuzione adeguata di cui all'art. 36 Cost. riconoscendo immediata efficacia precettiva a tale disposizione nei rapporti individuali attraverso il combinato disposto degli artt. 1419, secondo comma, e 2099, secondo comma, cod. civ.

Il meccanismo è semplice: ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a questa soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36 Cost., con valutazione discrezionale, e procedendo alla determinazione giudiziale della retribuzione consentita.

Sempre con orientamento consolidato, la S.C. ha individuato il parametro sostitutivo nei trattamenti retributivi previsti dalla contrattazione collettiva applicabile, a cui ha riconosciuto una presunzione di adeguatezza sul presupposto che quei trattamenti, frutto della trattativa sindacale finalizzata a contemperare le esigenze dei lavoratori e dei datori, costituissero un affidabile criterio di riferimento per stabilire ciò che le stesse parti sociali avevano ritenuto un salario giusto in una determinata congiuntura economica-spazio-temporale, e quindi un parametro idoneo a rappresentare e fotografare la situazione del mercato del lavoro e le dinamiche delle relazioni industriali in un determinato momento storico.

Presunzione evidentemente relativa, rispetto alla cui operatività opera una mera facoltà e non un obbligo di utilizzazione, facendo salva la possibilità del giudice di discostarsi, sia in *melius* che *in peius*, con un onere di adeguata motivazione.

Sin da una giurisprudenza risalente viene affermato che il giudice può motivatamente utilizzare parametri differenti da quelli contrattuali e “fondare la pronuncia, anziché su tali parametri, sulla natura e sulle caratteristiche della concreta attività svolta, su nozioni di comune esperienza e, in difetto di utili elementi, anche su criteri equitativi”²

² Tra le tante, Cass. 20 dicembre 1962 n. 3395; 2 aprile 1966 n. 1038; 25 giugno 1969 n. 275; 18 luglio 1972 n. 2458; 23 aprile 1979 n. 2302; 14 gennaio 1986 n. 163; 13 ottobre 1987 n. 7563; 18 giugno 1986 n. 4096; 14 dicembre 1990 n. 11881; Cass. 28 marzo 1985 n. 2193; 20 marzo 1987 n. 2791; 30 novembre 2016 n. 24449

Nel 1997 le Sezioni Unite, a composizione di un contrasto sorto in merito al caso in cui il datore di lavoro applichi un contratto proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, hanno affermato che, sebbene il lavoratore non possa aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, può tuttavia richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato, dal momento che tale norma permette "al giudice di adeguare la retribuzione ai detti parametri, facendo per l'appunto riferimento a quella prevista nel contratto di categoria".³

Il corposo elenco dei precedenti citati nelle sentenze in commento si può integrare ricordando che, senza suscitare identico clamore, la S.C. aveva in passato riconosciuto al giudice di discostarsi dai contratti collettivi nazionali in senso riduttivo, mancando un "criterio legale di scelta nell'ipotesi di una pluralità di norme collettive"; ed anche affermato che il giudice di merito ben può, nella scelta del parametro contrattuale, far riferimento agli importi previsti da un contratto collettivo locale o anche aziendale, pur se peggiorativo rispetto al contratto collettivo nazionale e pur se intervenuto in periodo successivo alla conclusione del rapporto di lavoro di cui trattasi, e che ove tuttavia il contratto aziendale sia scaduto e non sia più congruo e sufficiente (come dimostrato proprio dalla sua mancata rinnovazione) può escluderne l'utilizzabilità come parametro, facendo per converso riferimento ad altro contratto collettivo di diverso livello.

In successive decisioni la Corte di cassazione ha arricchito le pronunce con un invito alla cautela e, ove la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, ha esortato il giudice ad usare la sua discrezionalità nell'adeguare la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36 con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione.⁴

Solo due anni prima la Corte⁵, con una motivazione più sintetica in una sentenza passata del tutto sotto silenzio, aveva confermato una decisione di merito che affermava il potere del giudice di discostarsi in *melius dai* parametri collettivi, sia pure concordati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative dei lavoratori, proprio in riferimento allo stesso c.c.n.l. imprese di vigilanza e servizi fiduciari, accertando il diritto di un socio lavoratore, addetto alla reception di un istituto bancario, di percepire un trattamento non inferiore a quello previsto dal c.c.n.l. dipendenti proprietari fabbricati.

4) Il contesto sindacale, economico e sociale di riferimento

Prima c'è il mutato contesto sindacale, economico e sociale che ha dato la stura a vere e proprie dinamiche salariali al ribasso; ed anche questo ce lo descrive analiticamente la Corte:

³ Cass. Sez. Un 26 marzo 1997 n. 2665 e successive conformi ex plurimis Cass. 15 dicembre 1997 n. 12663; 26 marzo 1998 n. 3218; 8 maggio 2008 n. 11372; 18 dicembre 2014 n. 26742; 26 novembre 2015 n. 24160.

⁴ tra le altre, Cass. 1° febbraio 2006 n. 2245 e 14 gennaio 2021 n. 546

⁵ Cass. 6 dicembre 2021 n. 38666

- frammentazione della rappresentanza e presenza di associazioni collettive (sindacali e datoriali) di dubbia rappresentatività;
- frantumazione degli ambiti della contrattazione, dei settori e delle categorie;
- proliferazione del numero di contratti, di cui solo un quinto stipulato dai sindacati più rappresentativi;
- pratiche di dumping salariale;
- disparità di retribuzione nelle stesse aziende e a parità di lavoro;
- ritardo abituale dei rinnovi dei contratti collettivi;
- ripresa dell'inflazione;
- moltiplicazione dei modelli contrattuali;
- mutamento dell'organizzazione aziendale, in numero sempre crescente tarata su esternalizzazione, decentramento, accentuata frammentazione del ciclo produttivo, filiera di appalti e subappalti.

In questo contesto le ragioni del fenomeno del “working poor” possono essere ricondotte a due direttrici di massima: quella soggettiva, segnata dalla crisi del sistema di relazioni sindacali, e quella oggettiva, tracciata da un lato dalla progressiva marginalizzazione del modello contrattuale tradizionale del lavoro subordinato a tempo indeterminato e dall'altro dal superamento del modello organizzativo classico dell'impresa unica che gestisce in autonomia l'intero ciclo dell'attività produttiva.

4.1 La crisi del sistema italiano di relazioni industriali.

Il sistema italiano di relazioni industriali è in crisi da tempo e con esso la contrattazione collettiva che ne costituisce il prodotto.

Dall'esterno, il lavoro nero è un'emergenza costante, specie in particolari settori produttivi, come l'agricoltura e l'edilizia, ove il fenomeno è amplificato dallo sfruttamento degli immigrati irregolari, e in determinati contesti territoriali ove l'economia sommersa costituisce un perverso ammortizzatore sociale.

La diffusione di forme negoziali cd. flessibili che sfuggono per natura alla copertura della contrattazione collettiva (ad es. tirocinanti, partite iva, co.co.co, falsi lavoratori autonomi, lavoratori occasionali, *freelance*, lavoratori digitali), è incentivata dalla più recente legislazione.

All'esito delle riforme del 2012 e del 2015, che hanno individuato nell'arretramento di tutela un incentivo all'incremento dell'occupazione, anche il sistema rimediabile della forma di lavoro più tutelato - il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze delle imprese sopra-soglia - è innegabilmente meno protettivo e favorevole e questo indebolisce la forza contrattuale delle organizzazioni sindacali che tali lavoratori rappresentano.

All'interno del panorama sindacale la mancata attuazione dell'art. 39 Cost trascina con sé da un lato la questione della definizione della categoria e dei cosiddetti perimetri contrattuali, che rende incerto l'ambito di applicazione di ogni contratto collettivo, e dall'altro la difficoltà di una misurazione adeguata della rappresentanza sindacale e datoriale che delegittima e penalizza le organizzazioni più rappresentative in ogni contesto, sia territoriale che settoriale.

Gli effetti sono sotto gli occhi di tutti.

L'assenza di una preventiva individuazione delle categorie omogenee, sia per la via legislativa che per quella pattizia, e quindi di una chiara delimitazione dell'ambito di applicazione dei contratti, consente che le categorie contrattuali siano ritagliate discrezionalmente da parte dei soggetti sindacali stipulanti sulla base di una selezione opportunistica e non fattuale ed ostacola la corretta misurazione della rappresentatività.

La frammentazione della rappresentanza sindacale, che ha un trend di crescita costante, ha portato alla proliferazione dei contratti collettivi nazionali di categoria (se ne contano ormai quasi 1000).

A parte la patologia dei contratti cd. pirata, stipulati da parte di organizzazioni sindacali o datoriali scarsamente o per nulla rappresentative (si pensi al caso del c.c.n.l. Rider Ugl-Assodelivery sottoscritto nel settembre 2020 ove la carenza di rappresentatività dell'associazione sindacale dei lavoratori è stata accertata in diverse sedi giudiziarie), la crisi coinvolge anche la fisiologia del sistema a causa di un pluralismo competitivo che accomuna le associazioni sindacali sia dei lavoratori che dei datori di lavoro.

Criticità si segnalano all'interno della stessa contrattazione confederale, gestita dalle associazioni sindacali storiche tradizionalmente maggiormente rappresentative, per effetto dell'implementazione di contratti collettivi nazionali con un campo di applicazione di carattere trasversale e onnicomprensivo (come appunto il c.c.n.l. multiservizi e il c.c.n.l. servizi fiduciari e vigilanza), esageratamente esteso (i cd contratti omnibus), sottoscritti al fine di contrastare la diffusione di contratti più settoriali, nell'illusione di ampliare la copertura contrattuale, ma che di fatto, determinando una sovrapposizione di attività limitrofe ma non omogenee, alimentano una sorta di concorrenza salariale al ribasso tra contratti.

Questo disordine contrattuale favorisce il *cd. dumping contrattuale*, che si realizza offrendo la possibilità al datore di lavoro di scegliere in autonomia il c.c.n.l. da applicare sulla sola base della sua economicità, e quindi di ridurre gli oneri economici del costo del lavoro al di sotto dello standard costituzionale pur avvalendosi della contrattazione collettiva, con un risparmio che non deriva soltanto dalla parte economica ma anche dalla parte normativa, che generalmente è appiattita sulle previsioni minime della legge o si colloca borderline, se non addirittura sotto.

Non è un caso che il bacino del lavoro povero è lo stesso in cui il contenimento dei costi si traduce in un risparmio di spesa sulle misure a tutela delle condizioni di lavoro e quindi sulla prevenzione dei rischi e sulla sicurezza, con le terribili conseguenze in termini di infortuni sul lavoro che la cronaca giornalmente ci riporta.

Ad essere maggiormente penalizzato è certamente il sindacato dei lavoratori, in quanto la mancanza di unità si ripercuote negativamente sull'efficacia dell'azione di promozione e di protezione degli interessi dei suoi rappresentati; la disgregazione della rappresentatività ne indebolisce la forza contrattuale e quindi la capacità di portare avanti con successo le proprie rivendicazioni salariali e non.

Con la frammentazione il contratto collettivo perde la sua funzione anticoncorrenziale, quella cioè di sottrarre il costo del lavoro dalla concorrenza del mercato; lo shopping contrattuale favorisce senza dubbio i datori di lavoro più spregiudicati, ma paradossalmente costringe anche i datori di lavoro più virtuosi ad

attingere a contratti collettivi più “convenienti” per mantenere la propria competitività sul mercato.

Come testimonia la vicenda del c.c.n.l. Servizi fiduciari, la concorrenza tra le imprese non si gioca più sulla qualità del prodotto o del servizio offerto, ma si va a scaricare sul costo complessivo del fattore lavoro.

La contrattazione collettiva, costretta ad affannarsi per mantenere su livelli di sufficienza i salari e le condizioni di lavoro su standard minimali, è del tutto distolta dalla possibilità di avere un ruolo più performante di stimolo all’innovazione tecnologica e dei processi produttivi, laddove la garanzia di un costo del lavoro inderogabile potrebbe spingere le imprese ad essere competitive sulla qualità espellendo dal mercato le imprese meno affidabili e parassitarie, che sopravvivono solo grazie allo sfruttamento della forza lavoro i cui costi sociali si ripercuotono sull’intera collettività.

Le ricadute negative della difficoltà di individuare il cosiddetto contratto collettivo “leader” sono amplificate dal fatto che tali contratti, poiché si presumono sottoscritti da soggetti “qualificati”, costituiscono il punto di riferimento di numerosi rinvii legali all’autonomia collettiva.

Molteplici sono infatti le normative legali che prendono in considerazione il contratto collettivo siglato da sindacati comparativamente più rappresentativi: si veda l’art. 1, comma 1, del d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito in legge 7 dicembre 1989 n. 389 in tema di minimale contributivo; l’art. 7, comma 4, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, in materia di lavoro nelle cooperative; l’art. 16, comma 1, d.lgs. n. 117/2017 per gli enti del Terzo settore; l’art. 203, comma 1, del d.l. n. 34 del 2020 per il settore del trasporto aereo; gli artt. 11 e 119 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici; in tema di appalti privati l’art. 29 del d.l. 2 marzo 2024 n. 19, come modificato dalla legge di conversione 29 aprile 2024 n. 56, che ha inserito il comma 1-bis nell’art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

Da non sottovalutare quale causa di inefficienza del sistema contrattuale la dilatazione dei tempi di rinnovo che contribuisce al mancato adeguamento del valore della retribuzione agli aumenti del costo della vita, con una incidenza potenziata dall’attuale ripresa dell’inflazione.

4.2 I nuovi paradigmi organizzativi.

Le ragioni oggettive sono riconducibili ai mutamenti che hanno interessato in maniera sempre più incisiva il mondo del lavoro e che hanno avuto un inevitabile impatto sull’efficacia dell’intervento tradizionale della contrattazione collettiva come strumento di risoluzione dei conflitti e di controllo delle dinamiche salariali.

Limitata l’analisi agli assetti organizzativi, è documentato che i settori maggiormente afflitti da problematiche salariali sono quelli in cui prevale la segmentazione dell’attività produttiva attraverso catene di appalti e subappalti o anche l’uso e l’abuso di forme di lavoro somministrato (oltre al settore della vigilanza non armata si ripropongono la logistica, l’edilizia, il tessile, l’abbigliamento,

l'agroalimentare);⁶ nella catena degli appalti proliferano vere e proprie società «cartiere», datori di lavoro «fantasma», che schermano i datori di lavoro effettivi con esclusive finalità fraudolente.

Spesso le imprese satellite sono organizzate in forma cooperativa e scontano in partenza un deficit di tutela per la presenza di false cooperative che, in aperta contraddizione con lo spirito mutualistico che le dovrebbe caratterizzare, operano come mere appaltatrici di manodopera, senza rispettare i diritti minimi dei soci-lavoratori, commettendo violazioni in ambito penale, tributario e contributivo.

La frammentazione del ciclo produttivo dell'impresa da un lato indebolisce l'azione sindacale, che per essere efficace ha bisogno di unità e compattezza tra i lavoratori, e dall'altro è finalizzata ad ottenere un risparmio di costi, a partire da quello della manodopera, obiettivo che spinge le imprese satellite a farsi concorrenza sui salari.

Le esternalizzazioni e i processi di disintegrazione verticale rappresentano oggi un modello organizzativo che consente più facilmente di aggirare i vincoli in materia di gestione del personale a cui le aziende sono sottoposte per i dipendenti interni.

Molto spesso il ricorso all'appalto e al subappalto (e analogamente per la somministrazione) non è giustificato da ragioni produttive, come avviene ad esempio per gli appalti che hanno ad oggetto attività altamente specializzate o estranee all'oggetto sociale o al ciclo produttivo dell'appaltante, ma è tendenzialmente uno strumento per abbattere il costo del lavoro dell'impresa leader, tramite l'esternalizzazione di fasi del processo produttivo - caratterizzate da attività ad alta intensità di lavoro ("labour intensive"), scarsamente qualificate, connotate dalla continuità di ore lavorative in attività ripetitive - ad imprese satellite che applicano ai loro dipendenti una regolazione meno protettiva rispetto a quella destinata ai lavoratori dipendenti della committente, e che possono permettersi di offrire servizi a prezzi competitivi proprio perché corrispondono trattamenti economici inadeguati sulla base di contratti collettivi meno favorevoli rispetto a quelli vigenti presso l'impresa leader.

Il risparmio dell'impresa committente in termini di costi e responsabilità si scarica come l'IVA sul lavoratore dell'ultima impresa della filiera, che costituisce l'anello più debole della catena, e qui il tema del lavoro povero si interseca e si sovrappone a quello della disparità di trattamento.

In passato la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, che riconosceva all'art. 3 un principio di parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli della committente, costituiva un solido argine a queste dinamiche salariali al ribasso.

L'abrogazione di questa norma, strumentale alla liberazione del mercato dai vincoli retributivi, ha lasciato dietro di sé vistose disparità di trattamento tra lavoratori interni e lavoratori esternalizzati che spesso si trovano a svolgere fianco a fianco attività omogenee.

Dopo vent'anni si è capito che era necessario trovare meccanismi alternativi.

Negli appalti pubblici oggi opera una tutela sufficientemente completa in quanto significative norme antidumping sono contenute nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36⁷, (cosiddetto nuovo «Codice dei contratti pubblici»), adottato in attuazione dell'art. 1,

⁶ Cfr. A. BELLAVISTA, Le catene di appalti e la tutela dei lavoratori in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1/2024

⁷ Art. 11 e 119, in senso analogo già art. 30, comma 4 e art. 105 comma 9 e 14 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

legge 21 giugno 2022, n. 78, al fine di contrastare dinamiche di concorrenza al ribasso del costo del lavoro prestato nelle filiere produttive e nelle catene degli appalti.

L'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023 al comma 1 sancisce che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente» e al comma 2 aggiunge che «nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1».

Nel settore degli appalti pubblici vige poi il principio di parità di trattamento tra i lavoratori impiegati lungo la filiera degli appalti e dei subappalti.

Questa soluzione era stata adottata già nel 2021, con un'apposita novella del precedente codice, ed è confermata dall'art. 119, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023 secondo cui «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale».

Dal momento che il «contraente principale» è un appaltatore di una pubblica amministrazione, ed è già tenuto, in forza dell'art. 11, comma 1, ad applicare lo specifico contratto collettivo indicato nel bando di appalto da parte della stazione appaltante, in questo settore la tutela salariale è ampia, residuando solo la questione più generale dell'eventuale inadeguatezza del trattamento retributivo previsto da c.c.n.l. sottoscritti da associazioni maggiormente rappresentative su cui si è pronunciata la Corte di cassazione.

Negli appalti privati una significativa inversione di rotta si è avuta con il già citato comma 1-bis dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2023 di recente introduzione.⁸

La nuova disposizione afferma che «al personale impiegato nell'appalto di opere e servizi e nel subappalto spetta un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto».

Nella versione originaria del decreto mancava il riferimento agli agenti negoziali comparativamente più rappresentativi e si faceva riferimento solo al contratto collettivo «maggiormente applicato nel settore e per la zona» e ciò aveva dato luogo a molte critiche che per fortuna sono state superate in sede di conversione.

⁸ Inserito dall'art. 29 del d.l. 2 marzo 2024 n. 19, come modificato dalla legge di conversione 29 aprile 2024 n. 56,

Anche se l'obiettivo della disposizione è chiaramente quello di garantire che ai lavoratori impiegati in appalti e subappalti siano applicati contratti collettivi coerenti con le attività appaltate e/o subappaltate ai fine di assicurare agli stessi dei trattamenti economici dignitosi, vi è però una significativa differenza sul piano delle tutele rispetto alla parità di trattamento prevista invece nella catena degli appalti pubblici.

Qui opera infatti solo il rinvio a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva qualificata dalla maggiore rappresentatività comparata degli agenti negoziali sulla falsariga di altri interventi legislativi precedenti che in specifici ambiti settoriali hanno introdotto una sorta di "salario minimo legale" (di cui sopra).

Il contributo in senso perequativo di questa norma è indubbio ma non risolutivo ed ancora una volta si assiste ad un intervento settoriale e non generale come potrebbe essere quello di una legge sul salario minimo legale.

In primo luogo, con maggiore incidenza che nel pubblico ove almeno opera il filtro dell'indicazione della stazione appaltante, permane il problema dei c.c.n.l. sottoscritti da associazioni maggiormente rappresentative che prevedono trattamenti retributivi inadeguati rispetto agli standard di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost.

In secondo luogo rileva la difficoltà di individuare il c.c.n.l. di settore, riconducibile alla proliferazione di contratti applicabili trasversalmente in perimetri contrattuali che si sovrappongono perché non ritagliati per categorie omogenee ed in cui al datore di lavoro è consentito un vero shopping per individuare quello più conveniente.

Nessuno dubita ad es. che siano dello stesso settore il c.c.n.l. Multiservizi, quello Servizi Fiduciari o Proprietari di fabbricati che pure propongono trattamenti retributivi significativamente diversi.

Alla patologia si aggiunge poi la fisiologia di una diversificazione legittimata dalle diverse caratteristiche delle imprese della filiera (ad esempio industriale o artigiana, grandi, piccole o medie imprese, forma cooperativa, ecc.).

Premesso che in assenza dell'erga omnes i c.c.n.l. si applicano solo "inter volentes", se il c.c.n.l. è di settore e la diversità è giustificata, non è certamente invocabile l'art. 3 Cost., che si applica solo in presenza di situazioni omogenee laddove nel rapporto di lavoro subordinato privato non opera, di regola, il principio di parità del trattamento retributivo, e la tutela ancora una volta non potrà che passare tramite l'art. 36 Cost., come avviene secondo gli insegnamenti delle Sezioni Unite del 1997⁹ ogni qual volta il datore di lavoro non applica il contratto corrispondente all'attività.

Quindi la tutela non è direttamente comparativa ma il c.c.n.l. applicato ai dipendenti della committente dovrebbe operare solo come parametro indicativo di inadeguatezza rispetto a quello applicato, sia sotto il profilo della sufficienza che della proporzionalità.

Sulla sufficienza è intervenuta la giurisprudenza sul salario minimo costituzionale, mentre la verifica sulla proporzionalità è tuttora limitata dall'orientamento giurisprudenziale ormai traluzio del c.d. minimo costituzionale che forse meriterebbe di essere rivisto, o quanto meno adeguato al mutato quadro delle dinamiche salariali.

⁹ Cass. Sez. Un 26 marzo 1997 n. 2665 ed ex plurimis Cass. 15 dicembre 1997 n. 12663; 26 marzo 1998 n. 3218; 8 maggio 2008 n. 11372; 18 dicembre 2014 n. 26742; 26 novembre 2015 n. 24160.

5) La vicenda del c.c.n.l. Servizi Fiduciari.

Prima c'è infine la vicenda specifica del c.c.n.l. Servizi Fiduciari che è una sezione del c.c.n.l. Vigilanza privata e servizi fiduciari e, pur essendo un contratto sottoscritto anche da organizzazioni sindacali confederali dotate di certa rappresentatività sul piano nazionale, è divenuto protagonista di un nutrito contenzioso avente ad oggetto domande di adeguamento salariale previa denuncia di violazione dei canoni della proporzionalità e sufficienza ex art. 36 Cost.

La sezione Servizi Fiduciari nasce dall'esigenza, condivisa dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, di predisporre una disciplina di settore per le attività riconducibili alla vigilanza non armata in relazione alle quali fino a quel momento venivano utilizzati contratti collettivi di ambito applicativo più ampio.

Quello dei servizi di cd. portierato, per i quali cioè non è necessario il servizio armato delle guardie giurate, è un settore che negli ultimi anni ha registrato un notevole aumento della fetta di mercato ma anche un sensibile crollo dei livelli retributivi; le aziende che vi operano forniscono servizi caratterizzati da mansioni standard, ripetitive e poco qualificate e non hanno tendenzialmente margini di negoziazione con le imprese committenti se non in termini di numero di persone e di tariffa oraria, la concorrenza nel mercato non è regolata dalla qualità del servizio offerto, ma dalla tariffa applicata nel rapporto ora-lavoratore, in esso prevale l'esternalizzazione del servizio, la frequenza del cambio appalto, l'utilizzo di contratti flessibili, il lavoro occasionale e di breve durata.

Il c.c.n.l. Servizi fiduciari nasce già indebolito dal fatto di doversi inserire in un sistema di concorrenza al ribasso, basato solo ed esclusivamente sul costo del lavoro, e sconta da subito la necessità di offrirsi come alternativa appetibile rispetto alla contrattazione applicata in precedenza nel settore proponendo salari di ingresso sensibilmente inferiori.

Il risultato della contrattazione è avvilente; il contenzioso che ne è derivato si è concentrato inizialmente in importanti città del Nord, Milano, Torino e Firenze.

I ricorrenti denunciano di percepire una paga inferiore di circa un terzo rispetto a quella prevista da tutti i c.c.n.l. simili ed usualmente applicati nello specifico settore sino ad allora, e soprattutto di percepire una retribuzione per un contratto a tempo pieno di 40 ore settimanali inferiore al tasso-soglia di povertà assoluta stimato dall'ISTAT.

La retribuzione erogata di € 12.090 lordi annui, pari a 13 mensilità di € 930 lordi mensili, è inferiore del 27,03% rispetto a quella del c.c.n.l. Multiservizi che è pari ad € 16.569; del 23,66% rispetto a quella prevista dal c.c.n.l. Proprietari di fabbricati che è pari ad € 15.836,73; del 36,23% da quella di cui al c.c.n.l. Terziario che è pari a € 18.959,64.

Dopo alterne vicende nelle fasi di merito¹⁰, ed il coinvolgimento del giudice amministrativo,¹¹ il contenzioso ha avuto in Cassazione un esito favorevole ai lavoratori.

¹⁰ In Corte di appello Milano n. 579 del 29-6-2022 (in riforma di Trib. Milano sentenza n. 1803/2021) le ricorrenti addette a servizi di guardiania, per un rapporto a tempo pieno regolato dal c.c.n.l. Servizi Fiduciari – percepivano nel 2019 una paga base lorda di 930,00, pari a euro 5,37 all'ora ed applicate le aliquote contributive fiscali pari a euro 650,29 netti; la Corte di appello ha operato un confronto con altri c.c.n.l. che regolano

6) La nuova giurisprudenza sul trattamento salariale minimo.

Delle sei pronunce, tre, depositate il 2 ottobre 2023, hanno cassato con rinvio le decisioni delle Corti di appello di Torino e Milano, di riforma di sentenze di primo grado che avevano ritenuto le retribuzioni censurate non conformi all'art. 36 Cost.; altre tre, depositate il 10 ottobre 2023, hanno rigettato i ricorsi presentati contro pronunce della Corte d'appello di Milano che avevano, invece, accolto le istanze dei ricorrenti a favore del c.c.n.l. Multiservizi.

Seppure simili le decisioni non sono esattamente sovrapponibili, anche in conseguenza delle diverse questioni collaterali sottoposte al giudizio della Corte (ad es. in tema di ferie, licenziamento, ecc.), della diversa natura dei datori di lavoro (in due casi società cooperative), del differente segno della pronuncia; in particolare, solo nelle prime tre decisioni di accoglimento la Corte si esprime, come dovuto ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., nella formulazione dei principi di diritto, dedicando una particolare attenzione, in vista del giudizio di rinvio, sia alla elaborazione degli indici sintomatici dell'inadeguatezza della retribuzione (cd. *pars destruens*), sia alla indicazione dei criteri parametrici sostitutivi del salario insufficiente (cd. *pars construens*).

La Corte di cassazione, all'esito dell'ampia ricostruzione dei precedenti innanzi già citata, ribadisce che anche la retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva, seppure sottoscritta da organizzazioni sindacali rappresentative, non si sottrae alla verifica di conformità a Costituzione, e che pertanto non può negarsi al lavoratore il "diritto di uscire" dalla contrattazione di categoria se questa si pone in contrasto con i canoni costituzionali di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost.

E allora viene da chiedersi dove sia la novità che giustifica il clamore conseguito a queste pronunce su cui si susseguono da mesi convegni, dibattiti, tante pubblicazioni, raccolte di saggi ed interi numeri di riviste scientifiche.^{12?}

astrattamente il medesimo settore produttivo (quali c.c.n.l. Multiservizi: paga base 1.173,17 : 173 = euro 6,78 e c.c.n.l. Proprietari di Fabbricati: paga base 1.218,21 : 173 = euro 7,04) sia con la soglia di povertà fissata dall'ISTAT per il nord Italia, pari a € 819,13, sia con l'importo del reddito di cittadinanza (il cui massimo importo mensile può raggiungere i 780,00 euro) e l'offerta «congrua» di lavoro – prevista dall'art. 4, comma 9-bis, d.l. n. 4/2019, convertito con modificazioni in l. n. 26/2019, pari cioè a 858,00 euro mensili, e ne ha operato la disapplicazione a favore del c.c.n.l. Multiservizi, ritenuto il più affine.

Per Tribunale Torino 2 luglio 2019 n. 1128, stesso contratto collettivo per mansioni di addetta alla reception, stessa paga base di 930,00 euro lordi mensili pari a 687,38 euro netti, messi questa volta a confronto con il reddito che segna la soglia di povertà nelle aree metropolitane del Nord Italia indicato per il 2019 in 984,64 euro mensili.

Contra: Corte d'appello di Milano che, in un giudizio promosso sempre da un dipendente di una cooperativa che svolgeva servizi di portierato e vigilanza, percependo € 930,00 pari a euro 650,29 netti in applicazione del CCNL Servizi Fiduciari, ha ritenuto tale retribuzione conforme all'art. 36 Cost. in quanto superiore alla soglia di povertà fissata dall'ISTAT.

¹¹ TAR Lombardia sentenza n. 272 del 4-9-2023 che, in un giudizio avverso il verbale dell'Ispettorato del lavoro che aveva ordinato ad una cooperativa il versamento di differenze retributive rideterminate secondo le tabelle del C.C.N.L. Multiservizi in luogo di quelle del CCNL Servizi fiduciari applicato, per violazione dell'art. 36 Cost., ha annullato l'atto sul presupposto che il c.c.n.l. applicato in quanto appropriato rispetto all'attività svolta e sottoscritto dai sindacati maggiormente rappresentativi fosse "idoneo a fungere da parametro per l'individuazione della soglia della retribuzione da considerare idonea e proporzionata ai sensi dell'art. 36 Cost", senza tuttavia addurre alcuna motivazione su tale idoneità.

¹² Cfr. ALLEVA, La Corte di Cassazione approva il salario minimo, in Comma 2, 3 ottobre 2023; ANDREONI La giusta retribuzione secondo la Cassazione, in RGL, Giurisprudenza online, n. 10/2023; AA.VV. Numero Antologico speciale salario minimo e dintorni, parte 4° in LDE 2024; BARBIERI Il salario minimo tra discussione politica e

La portata innovativa sta:

- nel modo in cui la Corte ha rivitalizzato principi fondati su un bagaglio giurisprudenziale consolidato da tempo calandoli nel mutato contesto sindacale, economico e sociale che ho innanzi descritto.

- nella elaborazione di una sorta di statuto del salario minimo costituzionale mediante un coraggioso richiamo allo spettro della “povertà”, l'accostamento della povertà al lavoro, la certificazione della diffusione di forme di lavoro povero “nonostante” la contrattazione a cui rivolge la sua tutela;

- nella solenne affermazione che la retribuzione giusta ex art. 36 Cost. non è quella che garantisce di non essere poveri ma quella che assicura una vita libera e dignitosa.

7) Gli effetti sul contenzioso specifico.

E adesso passiamo al dopo.

Sul contenzioso specifico gli effetti delle sentenze sono stati deflagranti determinando una sorta di reazione a catena.

Decidendo nel giudizio di rinvio di una delle sentenze della Corte di cassazione, la Corte di appello di Torino, in diversa composizione, ha riconosciuto al ricorrente le differenze retributive tra il c.c.n.l. Servizi Fiduciari e quello dei Proprietari di fabbricati.

Esito favorevole sempre presso la Corte di appello di Torino ha avuto anche il contenzioso relativo ad un contratto analogo il c.c.n.l. SAFI, personale dipendente di imprese pubbliche e private esercenti Servizi Ausiliari Fiduciari e Integrati¹³; in questo caso le differenze sono state riconosciute rispetto al c.c.n.l. Multiservizi.

Accoglimento anche da parte del Tribunale di Cagliari, sentenza n. 177/2024 del 08-02-2024

La Corte di appello di Milano, 3 gennaio 2024, n. 960, ha invece applicato i principi affermati dalla Suprema Corte per adeguare la retribuzione corrisposta ad un dipendente di ITA, ex Alitalia, con mansioni di capo cabina; questa volta il contratto contestato è il c.c.n.l. trasporto aereo Parte Specifica Vettori.

Il Tar Lombardia, sentenza n. 2830 del 28 novembre 2023, ha ritenuto legittima l'esclusione dal bando di gara dell'appalto per l'affidamento del servizio di accoglienza dei visitatori nelle sedi museali del Comune di Milano di un'azienda che applicava ai suoi dipendenti il c.c.n.l. Servizi Fiduciari sul presupposto dell'inadeguatezza ex art. 36

giurisprudenza LDE, n. 3 2023; BRONZINI, Il contributo della Corte di Cassazione per risolvere il tema dei «salari indecenti», in LDE, n. 3/2023; CARABELLI, Considerazioni sull'interpretazione dell'art. 36 c. 1 Cost. RGL n. 4/2023; CAZZOLA, La “nazionalizzazione del salario” finisce in Cassazione, in Adapt, bollettino del 16 ottobre 2023; D'ORIANO La Cassazione sul salario minimo costituzionale: squarciato il velo sul lavoro “povero” LG, 11/2023; FERRARO, Il salario minimo tra prelievo previdenziale e relazioni sindacali RDSS 4/2023; GRAGNOLI, La recente giurisprudenza di legittimità e la dissociazione fra sufficienza e proporzionalità della retribuzione. in LDE, n. 2/2024; ICHINO, Se è il giudice a stabilire il salario minimo, in lavoce.info, <https://lavoce.info/archives/102354/se-e-il-giudice-a-stabilire-il-salario-minimo>, 16 dicembre 2023; LASSANDARI, La Suprema Corte e il contratto collettivo: alla ricerca dell'equa retribuzione RGL n. 4/2023; MARTELLONI, Il salario minimo legale come strumento di attuazione costituzionale, in Costituzionalismo.it, n. 3/2023; MISCIONE, Minimi retributivi e libertà sindacale nel controllo giurisdizionale imposto dall'art. 36 della Costituzione in LDE 2/2024; PISANI, Salario minimo legale: una soluzione semplicistica ad un problema complesso in LDE, n. 3/2023; ZOLI Il riconoscimento dello status di cittadinanza tra retribuzione adeguata e salario minimo legale LDE 1/2024; ZOPPOLI L., Il salario minimo legale: un vecchio nodo che viene al pettine in modo sballato, in LDE, n. 3/2023.

¹³ Corte d'appello di Torino sentenza n. 400/2023

del trattamento complessivo e della retribuzione che sarebbe stato riconosciuto al personale impiegato nel servizio.

Interessante anche la sentenza del Tribunale di Napoli, 7 marzo 2024 n. 1751, che ha respinto un ricorso avverso una diffida accertativa ritenendo legittimo l'intervento dall'Ispettorato del lavoro sull'inquadramento contrattuale dei lavoratori anche in applicazione dei principi richiamati dalle recenti decisioni di legittimità.

Sul fronte sindacale si segnala, infine, che dopo il faticoso rinnovo del maggio del 2023, intervenuto quasi dieci anni dopo la prima sottoscrizione, all'esito dello scossone subito nelle aule giudiziarie si è addivenuti all'accordo integrativo del c.c.n.l. Servizi fiduciari, siglato il 16 febbraio 2024, che ha riconosciuto un aumento del trattamento contrattuale stimato in misura del 30% e che ha portato la paga oraria a circa 8 euro, per poi arrivare, per il 2026, a 9 euro circa per ogni ora di lavoro.

8) Le osservazione critiche.

Tante le posizioni adesive della dottrina ma anche quelle critiche che si sono cimentate nella ricerca di argomenti che potessero disinnescare le potenzialità applicative di questi principi; nessuna di queste ha negato la correttezza in punto di diritto delle affermazioni della Corte, tanti invece i tentativi di ridimensionare la portata applicativa delle decisioni nella tutela dei working poor

8.1 Il confronto con i precedenti e l'assenza dei presupposti per una rimessione alle Sezioni Unite.

Innanzitutto si è affermato che la Sezione lavoro della Corte avrebbe dovuto astenersi dalla decisione, seppure assunta all'esito di una pubblica udienza e in un collegio presieduto dal Presidente dell'intera Sezione, e rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Su quali presupposti è difficile capire, sia per l'assenza di contrasti sia perché si era in presenza di una tipica questione in materia di retribuzione adeguata ex art. 36, di importanza equivalente a tante altre di cui la specializzazione della Sezione garantisce l'adeguata ponderazione.

In punto di diritto resta da chiedersi se la Corte potesse giungere ad una diversa conclusione? Poteva forse affermare: che la violazione dell'art 36 Cost. non è denunciabile se la retribuzione in fatto corrisposta è conforme a quella stabilita da un contratto collettivo? Che il ruolo dell'autonomia negoziale privata e le prerogative di quella sindacale consentono di escludere che tale autonomia e tali prerogative debbano esplicitarsi nel rispetto del principio costituzionale della giusta retribuzione? Che l'inosservanza del precetto dell'art. 36 Cost. non possa essere dedotta riguardo ad un trattamento retributivo solo perché fissato dalla contrattazione collettiva di categoria sottoscritta da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative? Che la verifica di adeguatezza ex art. 36 Cost. è ammissibile solo a corrente alternata, quando cioè sia applicata in senso riduttivo rispetto a condizioni contrattuali collettive nazionali o aziendali di maggiore favore e non anche in senso migliorativo?

È evidente che l'efficacia immediatamente precettiva e cogente dell'art. 36 Cost non lo consente, né il precetto costituzionale prevede distinzioni a seconda che la

retribuzione sia stata determinata facendo applicazione dalla contrattazione collettiva di categoria sottoscritta da sindacati maggiormente rappresentative, poco rappresentativi o per nulla rappresentativi.

La Corte si è limitata a ribadire che anche la retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva non si sottrae alla verifica di conformità a Costituzione e che pertanto non può negarsi al lavoratore il “diritto di uscire” dalla contrattazione di categoria se questa si pone in contrasto con il canone costituzionale.

8.2 Il confronto con la legge e l'assenza dei presupposti per una rimessione alla Corte costituzionale.

Nelle decisioni che avevano ad oggetto giudizi promossi da soci lavoratori la Suprema Corte afferma che al sindacato giudiziale di adeguatezza ex art. 36 Cost. non è di ostacolo il fatto che, trattandosi di cooperative, sia una legge a fare rinvio al trattamento previsto dalla contrattazione collettiva sottoscritta dai sindacati maggiormente rappresentativi; il rinvio non è in bianco ma ad un parametro esterno, come già riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 51 del 2015, e anche tale parametro deve essere adeguato ai canoni costituzionali e anche quella legge che opera il rinvio va interpretata secondo Costituzione.

Tale passaggio motivazionale è stato criticato affermando che in questo modo si legittimerebbe una ingerenza del giudice in un ambito riservato alle leggi ordinarie che regolano la materia e che, in generale, circa la portata del sindacato giudiziale sul contratto collettivo sarebbe stato più corretto sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Quanto alle leggi che regolano la materia, il riferimento rilevante è unicamente quello all'art. 7, comma 4, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che fissa di fatto in materia di cooperative “un salario legale” imponendo alle società cooperative «in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria» di applicare ai soci con cui intrattengano anche un rapporto di lavoro subordinato «trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

La norma ha superato il vaglio di legittimità costituzionale in ragione della sentenza n. 51 del 2015 con cui la Corte costituzionale ne ha escluso il contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto la stessa non opera «un recepimento normativo» delle previsioni dei contratti stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, assegnandogli efficacia erga omnes bensì «richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi del art. 36 Cost. »

Come si legge nella sentenza citata, «nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato (D.L. n. 248 del 2007, art. 7 ndr.) si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con

l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative».

Detti trattamenti fungono, dunque, da mero parametro esterno e indiretto di commisurazione del trattamento economico complessivo rispetto ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, previsti dall'art. 36 Cost., di cui si impone l'osservanza anche in riferimento al lavoro dei soci di cooperative; il fatto che il legislatore abbia attribuito alla contrattazione collettiva, nel settore privato e poi anche nel settore pubblico, il ruolo di fonte regolatrice nell'attuazione della garanzia costituzionale di cui all'art. 36 Cost., nell'assenza di una previsione del salario minimo legale, non può impedire al giudice di sottoporre tali trattamenti alla verifica dei canoni della proporzionalità e sufficienza.

In un precedente in termini,¹⁴ anch'esso inspiegabilmente ignorato dagli attuali commentatori, la Sezione lavoro della Corte di cassazione aveva già affermato che «L'attuazione per via legislativa dell'art. 36 Cost., nella perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost., non comporta il riconoscimento di efficacia erga omnes del contratto collettivo ma l'utilizzazione dello stesso quale parametro esterno, con effetti vincolanti (cfr. Corte Cost. 51/2015). “ e che “Dall'assetto come ricostruito non deriva alcun rischio di lesione del principio di libertà sindacale e del pluralismo sindacale. La scelta legislativa di dare attuazione all'art. 36 Cost., fissando standard minimi inderogabili validi sul territorio nazionale, a tal fine generalizzando l'obbligo di rispettare i trattamenti minimi fissati dai contratti collettivi conclusi dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria, non fa venir meno il diritto delle organizzazioni minoritarie di esercitare la libertà sindacale attraverso la stipula di contratti collettivi, ma limita nei contenuti tale libertà, dovendo essere comunque garantiti livelli retributivi almeno uguali a quelli minimi normativamente imposti. Parimenti, le singole società cooperative potranno scegliere il contratto collettivo da applicare ma non potranno riservare ai soci lavoratori un trattamento economico complessivo inferiore a quello che il legislatore ha ritenuto idoneo a soddisfare i requisiti di sufficienza e proporzionalità della retribuzione.”

Se per volontà del legislatore il contratto collettivo rimane un parametro, come potrebbe avvenire per una futura legge sul salario minimo legale che ritenga di adottare lo stesso meccanismo, non può meravigliare che quel parametro sia soggetto alla valutazione giudiziale e che come tale sia suscettibile di essere disatteso in conformità alla Costituzione, laddove sostenere il contrario esporrebbe quelle leggi ad una evidente censura di illegittimità costituzionale rispetto alla portata direttamente precettiva dell'art. 36 Cost.

Del resto che la legge sulle cooperative non avesse l'effetto di riconoscere efficacia erga omnes ai contratti collettivi è stato affermato dalla Corte costituzionale per salvarla da un sicuro esito di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 Cost. avendo la stessa Corte già affermato che «una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il

¹⁴ Cass. 31 maggio 2022 n. 17698

contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima.”(sentenza n. 106 del 1962).

Non si comprende in verità quale avrebbe dovuto essere la legge o l'atto avente forza di legge da sottoporre al giudizio della Corte costituzionale ex art. 134 Cost.

Forse l'art. 7, comma 4, del d.l. n. 248 del 2007, come convertito, che rinvia alla contrattazione collettiva? Già è stato fatto con esito negativo (vedi la già citata sentenza n. 51 del 2015); del resto sarebbe paradossale che al mancato rinnovo per anni di un contratto collettivo parametro possa conseguire un'illegittimità ex post della legge che vi rinvia, che poi potrebbe improvvisamente tornare ad essere legittima qualora il contratto venisse aggiornato.

Forse la contrattazione collettiva? Ma il contratto collettivo di diritto comune, benché di livello nazionale, non è equiparabile alla legge né ha forza di legge; non lo sarebbero neppure i contratti collettivi erga omnes qualora trovasse attuazione l'art. 39 Cost. che resterebbero sottordinati alla legge ordinaria; non lo sono i contratti collettivi nel pubblico impiego che hanno carattere sub-primario; secondo la giurisprudenza costituzionale non avevano forza di legge le norme corporative, né tanto meno la contrattazione collettiva di diritto comune che negli anni 1959/1969 fu recepita dai decreti presidenziali attuativi della legge 14 luglio 1959 n. 741.

Ed allora, solo se e quando ci sarà una legge ordinaria che determini direttamente, e non mediante rinvio, il salario legale minimo, il giudice, investito del sindacato di proporzionalità e sufficienza, sarà chiamato a verificare la rilevanza e la non manifesta infondatezza di una eventuale questione incidentale di legittimità costituzionale di quella norma per violazione dell'art. 36 Cost.

8.3 Il confronto con l'autorità salariale.

Si contesta alla Corte di cassazione di aver invaso un campo riservato alla contrattazione collettiva che sarebbe stata esautorata e commissariata nel suo ruolo fondamentale di autorità salariale.

Della crisi del sistema sindacale degli ultimi anni si è già detto; la Corte di cassazione ha semplicemente dato atto di uno stato di fatto e ne ha elencato le ragioni.

La contrattazione collettiva a causa dell'inerzia del legislatore non ha mai avuto efficacia erga omnes e nell'assenza nel nostro ordinamento di un salario minimo legale, la soluzione giurisprudenziale del suo utilizzo parametrico ha avuto il pregio di colmare il vulnus che è derivato all'impianto costituzionale dal fatto che la seconda parte dell'art. 39 Cost. fosse rimasta lettera morta, tracciando per via pretoria una alternativa al meccanismo dell'”erga omnes”, attraverso il quale avrebbe dovuto giungere a completamento la garanzia della giusta retribuzione definita in termini generali dall'art. 36 Cost.

Purtroppo negli ultimi anni il sistema delle relazioni industriali è rimasto inerte rispetto ad una contrattazione collettiva che si è attestata su retribuzioni minime imbarazzanti.

Cosa dovrebbe fare il giudice allorché questo parametro esterno raggiunga progressivamente livelli così bassi da porsi al di sotto del minimo costituzionale? È sostenibile che un giudice nell'esercitare il tradizionale controllo costituzionale ex art.

36 Cost. applichi un parametro che non soddisfi i criteri di proporzionalità e sufficienza?

Più che mettere in dubbio l'autorità salariale la Corte ne ha preservato la centralità proponendo nella "pars construens" come principale parametro sostitutivo gli altri contratti applicabili per lo stesso settore, che prevedono al contrario trattamenti adeguati, e o per categorie affini, relativamente a mansioni analoghe.

Tale indicazione sollecita il giudice di merito a muoversi sempre all'interno della contrattazione collettiva, procedendo alla disapplicazione di un singolo contratto collettivo che si assume non conforme al precetto costituzionale, in conformità al tradizionale orientamento di legittimità applicato nel caso diametralmente opposto di utilizzo da parte del datore di lavoro di contratti non corrispondenti all'attività e sempre censurabili per l'inadeguatezza della retribuzione.

L'effetto virtuoso è quello di ampliare l'ambito applicativo della contrattazione "conforme" a Costituzione, in modo da esaltare e promuovere la contrattazione "migliore" e marginalizzare la contrattazione "deteriore", ma pur sempre nel perimetro di azione dell'autorità salariale; nessun neo-interventismo della giurisprudenza ma paradossalmente un rafforzamento di un sano e forte sistema di relazioni sindacali, con un ritorno alla mediazione su parametri condivisi, ed un sostegno alla contrattazione in un percorso comune di indispensabile recupero dei valori costituzionali.

8.4 Il riferimento alla direttiva UE 2022/2041.

La Corte esorta ad allargare l'orizzonte della ricerca del parametro esterno in funzione sostitutiva anche ad indicatori europei ed internazionali.

Dei tanti, molto criticato è stato il riferimento alla direttiva UE 2022/2041 che sarebbe stato inappropriato in quanto la direttiva distingue nettamente gli Stati membri in cui vige un salario minimo imposto per legge da quelli in cui i minimi salariali sono garantiti da un'adeguata copertura della contrattazione collettiva, tra i quali rientrerebbe l'Italia dato l'altissimo tasso di copertura contrattuale di cui risulta accreditata, e nei confronti dei quali non opererebbero i criteri specifici di adeguatezza, riservati solo agli Stati che disciplinano per legge i salari minimi.

Non è questa la sede per una disamina dettagliata della direttiva e del suo impatto generale sull'adeguatezza dei salari nel nostro ordinamento o per una verifica dell'effettivo tasso di copertura contrattuale nel nostro paese; ciò che è possibile dire è che il richiamo presente nelle pronunce in esame risulta quanto mai pertinente e necessario.

La Suprema Corte non ha riconosciuto efficacia diretta a clausole della direttiva non applicabili, e prima ancora che fosse scaduto il termine per la sua attuazione, ma si è premurata di fare riferimento ad un importante atto di normazione derivata con cui l'Unione europea, presa coscienza del numero sempre più elevato di lavoratori che si trovano in condizioni di povertà, è per la prima volta intervenuta sul tema dei salari minimi, al fine di ridurre le disuguaglianze in materia salariale.

Ci si chiede come avrebbe potuto la Corte, in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali ispirato alla massima espansione delle garanzie, pronunciarsi sul salario minimo costituzionale ignorando la direttiva UE 2022/2041, tenuto conto

anche del fatto che gli obiettivi posti in una direttiva vincolano il giudice nazionale nell'interpretazione conforme del diritto interno anche prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione.¹⁵

Ed il richiamo a fini interpretativi del diritto interno è stato effettuato in termini ineccepibili:

- il riferimento al 60 % del salario lordo mediano e al 50 % del salario lordo medio, quale indicatore qualificato per una retribuzione minima, è presente non solo nell'art. 5, punto 4, destinato a quegli Stati diversi dall'Italia il cui salario minimo è fissato per legge, ma anche nel considerando n. 28, rivolto anche agli Stati in cui la garanzia del salario minimo adeguato è rimessa alla contrattazione collettiva;

- l'indicatore è uno solo dei tanti possibili che può "aiutare" il giudice nella ricerca del salario adeguato, sia nella fase di verifica dell'insufficienza sia in quella costruttiva di individuazione del criterio sostitutivo;

- l'indicatore non è stato proposto come vincolante o quale criterio prioritario o privilegiato anzi è affiancato all'art. 1 della Convenzione OIL n. 131/1970; all'art. 4 della Carta sociale Europea, agli artt. 23 e 31 CEDU, e ad un atto di soft law quale il punto 6, lettera a) del Pilastro Europeo dei Diritti sociali del novembre 2017.

Non si comprende dunque quale possa essere sul punto l'oggetto di un rinvio pregiudiziale e quale il dubbio interpretativo su una norma dell'Unione dal contenuto "clair", richiamata per giunta ai soli fini interpretativi per una valutazione di merito sulla conformità della retribuzione ad un parametro costituzionale. (in tal senso già ordinanze Tribunale di Milano, Sezione lavoro del 11 e 30 aprile 2024)

8.5 Il paventato "soggettivismo" e l'imprevedibilità delle decisioni.

Molti commentatori segnalano preoccupati sia le ricadute negative dell'imprevedibilità degli esiti del contenzioso sull'esercizio dell'attività di impresa, sia i rischi che il nuovo corso della giurisprudenza in tema di salario minimo costituzionale dia la stura a fenomeni di "soggettivismo" decisionale.

In particolare si sottolinea che la funzione di sistema della contrattazione collettiva di fissare degli standard retributivi prevedibili sulla cui base l'azienda organizza la propria attività produttiva ed orienta le proprie scelte di gestione ed investimento sarebbe vanificata dalla supplenza giudiziale che, intervenendo ex post e secondo standard non prevedibili, andrebbe ad alterare, specie per le imprese "labour intensive" o quelle che operando nel settore degli appalti calibrano preventivamente le loro offerte su di un determinato costo del lavoro, gli obiettivi della programmazione economica sino ad esporre a rischio di default le stesse aziende che in buona fede avevano fatto affidamento su quei valori .

L'effetto sarebbe poi potenziato dal nuovo corso della giurisprudenza in tema di differimento, anche per le imprese sopra-soglia, della decorrenza della prescrizione alla cessazione del rapporto per tutti i crediti retributivi non ancora prescritti alla data di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012.

In nome del principio della certezza del diritto si invoca quindi una tutela dell'affidamento attraverso una applicazione non retroattiva delle sentenze.

¹⁵ Cass. 21 maggio 2019 n. 13649

In primo luogo viene da osservare che tutte le decisioni giudiziali, nei limiti delle eventuali prescrizioni, operano per il passato sul presupposto che le stesse intervengono a riparare violazioni di leggi e comportamenti illegittimi assicurando a seconda dei casi una tutela ripristinatoria o risarcitoria. (ad es. per il lavoro a nero)

Un problema di tutela dell'affidamento si dovrebbe porre solo rispetto a condotte incolpevoli, legittime quindi al momento in cui sono state poste in essere, il caso tipico è quello delle leggi retroattive, oppure in presenza di diritti quesiti, ormai divenuti parte del patrimonio giuridico di un soggetto.

È evidente che nella specie non sussiste nessuna delle due situazioni; una retribuzione contraria all'art. 36 Cost., non è mai legittima e, seppure conforme ad un contratto collettivo, non lo era anche prima delle sentenze sul salario minimo costituzionale, e questo era agevolmente verificabile dal confronto con le retribuzioni per mansioni analoghe previste da altri contratti applicabili nel settore, men che meno può sostenersi che si possa acquisire il diritto a retribuire lavoratori in misura inadeguata ex art. 36.

In realtà per le imprese che hanno fondato le proprie offerte nelle gare di appalto avvantaggiandosi di un incostituzionale risparmio sul costo della manodopera, ponendosi consapevolmente in una situazione di sleale concorrenza rispetto alle imprese dello stesso settore che hanno invece applicato contratti collettivi che prevedevano salari adeguati, riesce difficile individuare una qualsiasi motivazione per la quale le stesse dovrebbe essere sottratte al controllo giudiziale ex art. 36 Cost. e per giunta premiate a danno dei lavoratori il cui diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente è tutelata dalla Costituzione.

Da verificare eventualmente in sede amministrativa se le stesse possano o meno accedere a forme di rinegoziazione delle condizioni dell'appalto o a risoluzioni per eccessiva onerosità.

Del tutto fuori luogo parlare poi di "prospective overruling", non solo perché lo stesso non è invocabile per il caso di mutamenti giurisprudenziali che riguardino norme sostanziali¹⁶, ma soprattutto perché per le fattispecie in esame non c'è stato un mutamento imprevedibile della giurisprudenza di legittimità ma solo come già visto un'applicazione di principi consolidati da tempo.

Quanto poi al paventato "soggettivismo" può essere opportuna una breve premessa sistematica.

L'art. 36 Cost., pur se dotato di immediata efficacia precettiva, resta una norma "indeterminata" sotto due profili, quelli della proporzionalità e sufficienza che, come ricorda la Corte di cassazione, «si integrano a vicenda».

Il nostro ordinamento è trasversalmente ricco di norme indeterminate laddove sia impossibile ricorrere a definizioni specifiche perché è necessario fare riferimento a valori e comportamenti umani variabili nel tempo; nel diritto civile si parla anche di «norma elastica» o «clausola generale», nel diritto penale di «norma in bianco».

La struttura aperta delle disposizioni ascrivibili alla tipologia delle cd. clausole generali richiede una specificazione in via interpretativa, allo scopo di adeguare il modulo generico che le identifica alla realtà articolata e mutevole nel tempo.

¹⁶ Da ultimo Cass. n. 4085 del 2024; n. 552 del 2021.

L'utilizzo di "clausole generali" è particolarmente diffuso nel diritto del lavoro (si veda ad es. gli artt. 2087 e 2119 cod. civ.), al punto da giustificare l'introduzione di una specifica disposizione che testimonia una marcata diffidenza del legislatore nei confronti dell'integrazione giudiziale.¹⁷

La giurisprudenza in esame, nel dare un contenuto alla «giusta retribuzione ex art. 36 Cost.», non si è appropriata di nulla non le appartenesse già, limitandosi ad applicare una norma, per giunta di rilievo costituzionale, che per sua natura richiedeva una specificazione mediante l'utilizzo di parametri esterni che, doverosamente, sono stati adeguati al mutato contesto sociale e normativo.

Né sarebbe possibile sostenere che il controllo di legalità sull'adeguatezza delle retribuzioni al canone costituzionale non spetti ai giudici o che possa essere interdetto dal semplice fatto che oggetto della verifica giudiziale sia un trattamento retributivo previsto dalla contrattazione collettiva.

Anche l'imprevedibilità delle decisioni risulta una variabile tipica di tutte le operazioni di liquidazione giudiziale che da sempre la giurisprudenza cerca di contenere attraverso l'elaborazione di criteri predeterminati, oggettivi e verificabili (si pensi alle tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale) che orientino il giudice nella fase applicativa.

Ciò posto la Suprema Corte si muove proprio in senso contrario all'imprevedibilità perché procede a fornire ai giudici di merito una serie di istruzioni operative su come operare la verifica di proporzionalità e sufficienza, una sorta di vademecum consultabile da tutti, anche dalle parti in giudizio in vista di future censure.

Elenca gli indicatori nazionali di inadeguatezza della retribuzione, fornisce i parametri esterni utilizzabili in via sostitutiva in una ideale graduazione di prossimità, prima la contrattazione collettiva poi gli indicatori statistici ed economici quindi l'apertura alle fonti europee ed internazionali, precisa che la retribuzione va verificata al netto, comparando l'importo orario, nella misura ordinaria senza tener conto dello straordinario, supporta la decisione con regole processuali sul riparto degli oneri di allegazione e prova, sulla verifica d'ufficio, sull'imprescindibilità di una adeguata motivazione.

Dunque tutti elementi oggettivi, preventivamente conoscibili e successivamente verificabili, suscettibili di riforma se non correttamente applicati.

Quello che forse spaventa non è il rischio di indeterminatezza ma l'offerta ai giudici di criteri omogenei e puntuali difficilmente contestabili che "tragicamente" ed "inesorabilmente" non consentono di negare l'esistenza di salari non conformi ai canoni costituzionali.

Anche l'impatto esponenziale del differimento del decorso della prescrizione sui crediti retributivi alla cessazione del rapporto non sembra che si possa imputare al sindacato giudiziale sull'adeguatezza ex art. 36 Cost. e limitarne la portata, costituendo piuttosto la ricaduta, forse sottovalutata, di scelte legislative che hanno profondamente inciso sul trattamento sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo.

All'esito delle riforme del 2012 e del 2015 il sistema rimediabile è innegabilmente meno protettivo e favorevole, per espressa volontà del legislatore che ha individuato

¹⁷ Art. 30, comma 1, legge 4 novembre 2010 n. 183

in questo arretramento di tutela un incentivo all'incremento dell'occupazione; la decorrenza in corso di rapporto richiede stabilità, che a sua volta presuppone la certezza della reintegra, venuta meno quella, la prescrizione opera sempre in modalità differita.

Se la *ratio* incentivante ha degli effetti collaterali sul piano retributivo, ciò è la conseguenza di una inadeguata ponderazione da parte del legislatore degli effetti delle modifiche; tale deficit non può certamente condizionare il controllo di sufficienza e proporzionalità della retribuzione andando a gravare sulla posizione dei lavoratori già pesantemente incisa dal ridimensionamento della tutela reintegratoria.

9) Conclusioni.

Indubbiamente, in assenza di una disciplina legale del salario minimo, queste pronunce scontano i limiti comuni a tutte le soluzioni giurisprudenziali che restano circoscritte al caso concreto, subordinate alle iniziative dei singoli, perimetrata in base alle scelte e alle posizioni difensive delle parti, condizionate dall'alea del processo, tutti elementi che accentuano la discrezionalità delle decisioni.

Ma, come sempre accade, la giurisprudenza è tenuta ad intervenire sulla patologia, quando cioè i meccanismi preventivi di assorbimento dei conflitti sociali hanno già fallito; il giudice è chiamato a fare supplenza ad inerzie, inefficienze, inadeguatezze che alimentano domande di giustizia a cui, a differenza del legislatore che può permettersi anche di ignorare ripetuti moniti della Corte costituzionale, è obbligato a rispondere, senza potersi trincerare dietro un "non liquet" solo perché la sua decisione potrebbe avere delle ripercussioni di sistema.

Nell'attuale contesto solo un'assunzione di responsabilità" da parte della Suprema Corte, ed una sollecitazione ai giudici di merito a fare altrettanto, dinanzi al fenomeno generalizzato e disumanizzante del "lavoro povero", mediante un intervento a tutela che deve restare residuale, e si spera in futuro sempre più eccezionale.