

Luca Failla e Paola Salazar

Avvocati Failla & Partners Studio Legale

Il valore costituzionale della giusta retribuzione, quale il ruolo del giudice?

Nel vortice del dibattito politico sul salario minimo che vede schierarsi da una parte coloro che spingono per l'attuazione della Direttiva UE 2022/2041 con lo strumento legislativo e dall'altra i contrari – con in testa oggi il CNEL come emerso dalla seduta del 12 ottobre scorso – che invece reputano l'ordinamento interno coerente con i dettami della stessa nel rispetto dei principi che regolano la conformazione da parte degli Stati all'ordinamento comunitario – un posto a sé è occupato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, come noto si è recentemente pronunciata sul tema.

Con due sentenze quasi gemelle ma in realtà molto diverse quanto a fattispecie concreta (la n. 28230/2023 e la n. 27711/2023) la Cassazione si è infatti recentemente occupata – ma in base ad alcune delle motivazioni espresse, sarebbe meglio dire è ritornata – sul tema dei principi che regolano la materia del salario minimo ai sensi dell'art. 36 Cost., ma in modo del tutto nuovo proprio alla luce dell'attuale congiuntura economica e del conseguente dibattito scaturito dopo l'approvazione della Direttiva Comunitaria.

La decisione che ci occupa in questa sede appare particolarmente significativa perché affronta, tra l'altro, il tema della “giusta retribuzione” nel settore delle cooperative. Settore nel quale vige il principio, sancito dall'art. 3, c. 1 L. n. 142/1990 per cui il socio lavoratore ha diritto ad un trattamento economico complessivo, comunque non inferiore ai minimi previsti, per prescrizioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine. Principio di non poco conto soprattutto in situazioni come quella di cui è causa, in cui per effetto di continui cambi di appalto – e di relativa regolamentazione

La Cassazione ritorna sul tema dei principi che regolano la materia del salario minimo ai sensi dell'art. 36 Cost., ma in modo del tutto nuovo proprio alla luce dell'attuale congiuntura economica e del conseguente dibattito scaturito dopo l'approvazione della Direttiva Comunitaria

collettiva – il lavoratore si trovi ad essere privato, appunto, della “giusta retribuzione”.

Ma allora qual è la giusta retribuzione? Secondo la Cassazione in alcuni casi – e in particolare nel settore delle cooperative, ma non solo – quando è la stessa legge a generalizzare, rendendolo cogente, il meccanismo giurisprudenziale di adeguamento del salario ex art. 36 Cost. operato dal giudice.

In definitiva, in alcuni casi – e in alcuni settori – si renderebbe necessaria la verifica giudiziale “**nonostante**” la **presenza della contrattazione collettiva** per individuare un minimo invalicabile in attuazione dei principi sanciti dalla norma costituzionale. Pertanto (punto 45 della decisione) anche i salari dettati dalla contrattazione collettiva applicabile alle cooperative secondo la L. n. 142/1990 possono essere disapplicati dal giudice ed il trattamento retributivo annullato (qui vengono citati i precedenti specifici in materia, tra cui Cass. n. 17698/2022; Cass. n. 20216/2021; Cass. n. 4622/2020; Cass. n. 4621/2020).

Ma – afferma la Cassazione allargando inspiegabilmente le proprie considerazioni oltre i limiti del petitum – lo stesso potrebbe accadere anche per le retribuzioni stabilite in forza di norme di rinvio analoghe a quella di cui alla L. n. 142/1990, alla contrattazione collettiva prevista per i lavoratori degli enti del Terzo settore dall'art. 16, c. 1 D.Lgs. n. 117/2017; per il settore del trasporto aereo dall'art. 203, c. 1 del D.L. n. 34/2020 e per i lavori nei contratti pubblici, nel campo di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n.

36/2023, approvato in attuazione della delega contenuta nella L. n. 78/2022.

In particolare, su quest'ultimo aspetto, il riferimento che il giudice aveva probabilmente in mente è quello all'art. 11 del Codice il quale prevede espressamente il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Principio di non poca rilevanza che apre ad un contenzioso potenziale in tutti i settori e anche nel settore pubblico, anche indipendentemente dal campo di applicazione specifico del codice degli appalti.

In questo quadro, complicato peraltro dal susseguirsi di sentenze di analogo contenuto (altre ne stanno arrivando del medesimo tenore), il principio guida che sembra guidare la Cassazione – rinnovato proprio alla luce dei principi della Direttiva UE 2022/2041 – è espresso in sintesi proprio dalla sentenza in commento che imporrebbe appunto la verifica giudiziale “nonostante” (e forse a...prescindere da) la contrattazione collettiva di riferimento, per la coerenza dei principi espressi dall'art. 36 Cost.

Ma come si è arrivati a tanto? Il percorso seguito dai giudici della Cassazione prende le mosse dai consolidati principi in materia di applicazione dei parametri della “giusta retribuzione” di cui all'art. 36 Cost. ma si spinge anche oltre, affidando al giudice una sorta di competenza legislativa suppletiva che trae fondamento e legittimazione oggi dagli stessi principi dell'ordinamento comunitario, forse con l'obiettivo di superare anche l'*impasse* in cui oggi si trova la proposta di legge sul salario minimo, soprattutto dopo la presa di posizione del CNEL e l'orientamento negativo del Governo sulla proposta di legge presentata dalle opposizioni.

Ma vediamo in che termini.

La “giusta retribuzione” oggi alla luce dell'art. 36 Cost.

Secondo la tradizionale ricostruzione del fondamento della norma costituzionale, si è sempre affermato in giurisprudenza che l'art. 36 Cost. indica i parametri della retribuzione, individuandoli in primo luogo nella sufficienza e quindi nella proporzionalità alla

quantità e qualità dell'attività svolta, in modo da assicurare un'esistenza libera e dignitosa non solo al lavoratore, ma anche alla propria famiglia.

Tale norma, secondo tale consolidata ricostruzione, esprime principi cardine inderogabili laddove attribuisce alla retribuzione il carattere della proporzionalità alla quantità e alla qualità del lavoro (*principio di equivalenza*) e dell'adeguatezza in relazione alle necessità individuali e familiari (*principio della sufficienza*).

Si afferma, infatti, che i due principi si integrano a vicenda per assicurare «una ricompensa complessiva che non ricada sotto il livello minimo, ritenuto in un determinato momento storico e nelle concrete condizioni di vita esistenti, necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. In altre parole, l'uno stabilisce un criterio positivo di carattere generale, l'altro un limite negativo invalicabile in assoluto» (Cass. n. 27711/2023 in commento che richiama Cass. n. 2449/2016).

Poiché il precetto costituzionale omette di “quantificare” la “giusta” retribuzione e di identificare al suo interno le voci retributive che consentono di valutare se essa risponda effettivamente agli indicati criteri di proporzionalità e sufficienza, realizzando il soddisfacimento dei principi da essa sanciti, viene tradizionalmente riconosciuto questo ruolo alla contrattazione collettiva.

E ciò sulla base del riconoscimento alla stessa contrattazione collettiva di una presunzione di adeguatezza della retribuzione da essa definita, coerente con gli indicati principi di sufficienza e proporzionalità, così come stabiliti dalla norma costituzionale. L'orientamento è ormai consolidato tanto che si afferma in giurisprudenza da tempo che tale presunzione trova fondamento nel principio per cui la retribuzione stabilita dai contratti collettivi nazionali di categoria si configura come standard minimo di riferimento valido su tutto il territorio nazionale, finendo per fare acquisire a tale standard una valenza generale per il mezzo della via giudiziale (cfr. Cass. 12.5.1951, n. 1184; Cass. 21.2.1952, n. 461; Cass. 27.2.1958, n. 663; Cass. 15.2.1963, n. 308).

La giurisprudenza ha inoltre confermato che i contratti collettivi post-corporativi che non siano stati dichiarati efficaci erga omnes ai sensi della L. 741/1959, costituiscono atti aventi natura negoziale e privatistica, applicabili esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti fra soggetti che siano entrambi iscritti

alle associazioni stipulanti ovvero, in mancanza di tale condizione, che abbiano espressamente aderito ai patti collettivi oppure li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione al singolo rapporto, senza contestazione alcuna delle relative clausole (cfr. Cass. n. 33420/2022).

Ma si afferma, altresì, che il riferimento al salario minimo previsto dalla contrattazione collettiva integra solo una presunzione relativa, **suscettibile pertanto di accertamento contrario** perché i principi appena affermati vanno temperati con la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. consentendo al datore di lavoro di autodeterminare la categoria di appartenenza e di poter applicare un contratto collettivo diverso rispetto allo specifico settore di riferimento (cfr. Cass. Sez. Un. n. 2655/1997).

Il che può determinare, come di fatto avvenuto negli ultimi anni e anche nel caso oggetto di analisi da parte della Cassazione in commento, che l'inquadramento del lavoratore (e la conseguente determinazione del salario minimo di riferimento) avvenga sulla base di un contratto collettivo – pur dotato dei criteri di rappresentatività che ne legittimano l'applicazione – che tuttavia non soddisfa i criteri stabiliti dalla norma costituzionale.

Poiché i contratti collettivi sono norme di diritto comune e il criterio appena enunciato integra una presunzione relativa (suscettibile appunto di accertamento contrario), è dunque sempre possibile – secondo gli ultimi orientamenti della Cassazione – denunciarne l'applicazione per violazione dell'art. 36 Cost. E tale violazione risulta denunciabile anche se la retribuzione è comunque conforme a quella stabilita dal contratto collettivo sulla base di quell'analisi di sufficienza e proporzionalità già fatta dalle parti sindacali.

Una vera e propria novità negli orientamenti in materia, che viene motivata dalla Cassazione avendo riguardo da un lato alla forza cogente dell'art. 36 Cost. – che consente al giudice di intervenire sulla base della sola prova puntuale da parte del lavoratore del solo lavoro svolto e dell'entità della retribuzione percepita – e dall'altro alla stessa **frammentazione della rappresentanza** che legittimerebbe la possibilità di “uscire” dal salario contrattuale della categoria di appartenenza e ciò perché **“nessuna tipologia contrattuale può ritenersi sottratta alla verifica giudiziale di conformità ai requisiti sostanziali stabiliti dalla costitu-**

zione che hanno ovviamente un valore gerarchicamente sovraordinato nell'ordinamento” (Cass. n. 27711/2023 – punto 32 nel quale si citano i precedenti – tutti molto recenti- su cui si fonda tale orientamento, tra cui Cass. n. 17698/2022 e, con precipuo riferimento alla possibilità di uscita dal CCNL de settore dei Servizi fiduciari, oggetto di analisi, Cass. n. 20216/2021).

Ma qual è il presupposto di tale convincimento?

Innanzitutto, come emerge dalle motivazioni della pronuncia: **«a) la frammentazione della rappresentanza e la presenza sulla scena negoziale di associazioni collettive (sindacali e datoriali) di discutibile rappresentatività (sottoscrittori di contratti definiti col nome evocativo di ‘contratti pirata’); b) la frantumazione dei perimetri negoziali e degli ambiti della contrattazione, dei settori e delle categorie; c) la conseguente proliferazione del numero del CCNL – il CNEL ne ha censiti 946 per il settore privato, di cui solo un quinto sarebbero stati stipulati da sindacati più rappresentativi a copertura della maggior parte dei dipendenti; d) la moltiplicazione del fenomeno della disparità di retribuzione a parità di lavoro ed alla mortificazione dei salari soprattutto ai livelli più bassi; e) il ritardo abituale dei rinnovi dei contratti collettivi la cui durata impedisce un effettivo adeguamento dei salari ai cambiamenti economici (...); f) una dinamica inflazionistica severa negli ultimi due anni, con la conseguente perdita del potere di acquisto dei salari»**.

E quindi la revisione – anche sulla base delle difficoltà economiche messe in evidenza - del criterio ermeneutico e interpretativo che guida l'attività del giudice in questa delicata materia, prudenziale sì, secondo consolidato orientamento, ma rinnovato anche alla luce dei principi della Direttiva comunitaria.

Si afferma, infatti, come si parli oggi di ‘lavoro povero’, ovvero di ‘povertà nonostante il lavoro’ principalmente dovuto a meccanismi di concorrenza salariale al ribasso (specie nel settore delle cooperative soprattutto a seguito di successivi cambi di appalto, come nel caso di specie) ma anche e soprattutto ai meccanismi sopra segnalati.

Diventerebbe così essenziale il ruolo svolto dal giudice in questa materia e la discrezionalità che gli viene attribuita in forza dell'art. 2099 c.c., seppure **con “prudenza e rispetto”**, come viene ricordato dalla sentenza in commento nella consapevolezza – comunque – del ruolo degli attori collettivi (oggi ribadito da più parti, dal CNEL, da alcune delle più importanti sigle sindacali e dagli stessi professionisti del

settore^{1]}, “giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all’assetto degli interessi concordato dalle parti sociali” (cfr. Cass. n. 2245/2006; Cass. n. 546/2021).

Quando, infatti, sia richiesto in sede giudiziale di accertare la concreta sussistenza dei parametri di sufficienza e proporzionalità previsti dalla norma costituzionale, la giurisprudenza ha sempre ritenuto di affermare che rientra nel potere discrezionale del giudice di merito fondare la propria pronuncia, anziché sui parametri stabiliti dal contratto collettivo, sulla effettiva natura e caratteristiche dell’attività svolta, su nozioni di comune esperienza o anche su criteri equitativi (cfr. Cass. civ., 3 dicembre 1994, n. 10366).

In questo caso, la valutazione compiuta dal giudice di merito (con motivazione che come visto può essere confermata in Cassazione secondo lo sviluppo degli ultimi orientamenti), ai fini della determinazione della giusta retribuzione spettante ex art. 36 Cost., si risolve in un accertamento di fatto, non censurabile in sede di legittimità in quanto sorretto da un’adeguata motivazione in ordine agli elementi in concreto impiegati (Cass. civ., 12 maggio 2008, n. 11688).

Pertanto, ove il giudice non ritenga di adottare come parametro i minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, può discostarsene, ma deve fornire specifica indicazione delle ragioni che sostengono tale scelta (Cass. civ., 4 giugno 1994, n. 5423).

In particolare, al giudice è consentito fare un uso discrezionale dei poteri di valutazione che gli sono conferiti dall’ordinamento giuridico, ma **con estrema prudenza** nelle ipotesi in cui ritenga di discostarsi dai parametri individuati dal contratto collettivo (Cass. civ. 1° febbraio 2006, n. 2245).

Il giudice, come viene ricordato nel punto 23 della sentenza in commento:

- › può individuare d’ufficio un trattamento contrattuale collettivo;
- › quando escluda l’applicabilità di un contratto collettivo e dei parametri in esso indicati può desumere dal medesimo contratto i criteri utilizzabili per determinare la “giusta retribuzione”;
- › può giudicare un contratto collettivo, pur corrispondente all’attività svolta dal datore di lavoro, non applicabile;
- › è libero di selezionare il contratto collettivo para-

metro a prescindere dal requisito della rappresentatività;

- › può motivatamente utilizzare anche parametri differenti da quelli contrattuali quali ad esempio, la localizzazione dell’impresa, la soglia di povertà calcolata dall’ISTAT, l’importo della NASPI e della CIG, la soglia di reddito per l’accesso ad alcune prestazioni (con tutte le criticità che tale scelta comporta considerando che si tratta in molti casi di prestazioni che hanno una finalità diversa rispetto al trattamento retributivo).

Infine ed qui è il passaggio più significativo: “*in virtù dell’integrazione del nostro ordinamento a livello europeo ed internazionale, l’attuazione del precetto del giusto salario costituzionale è divenuta un’operazione che il giudice deve effettuare considerando anche le indicazioni sovranazionali e quelle provenienti dall’Unione Europea e dall’ordinamento internazionale*”.

In definitiva, seppure si tratti di un giudizio “prudenziale” che non può non tenere conto delle valutazioni di natura economica e politica operate dalle parti negoziali in sede di contrattazione collettiva, esso può trovare fondamento in interessi costituzionali superiori – data la cogenza della norma costituzionale sovraordinata – e addirittura nell’ordinamento comunitario e internazionale che peraltro influisce sull’andamento dell’economia e sull’inflazione.

Da qui l’ulteriore passaggio che attribuisce al giudizio di sufficienza e proporzionalità ex art. 36 la possibilità di valutare – alla luce dei principi della Direttiva Comunitaria espressi nel considerando n. 28 – anche il conseguimento dei beni immateriali sul presupposto che la sufficienza della retribuzione a garantire una vita dignitosa vada commisurata non solo ai bisogni essenziali ma anche ai beni immateriali quali l’accesso alle attività culturali, educative e sociali.

Conclusioni

Non è possibile prendere posizione sul complesso tema del salario minimo perché sono in gioco moltissime variabili, prima di tutto politiche. È invece possibile fare un primo bilancio delle conseguenze che tale orientamento – ormai non isolato – potrebbe avere su questa materia.

Va in primo luogo considerata la necessità di garantire tutela retributiva a quello che da più parti vie-

1. Si veda sul punto L’approfondimento sul salario minimo a cura della Fondazione Studi Consulenti del lavoro del 13 luglio 2023.

ne indicato come “lavoro povero” – che sia della gig economy o di molte attività svincolate dalla tecnologia come il lavoro domestico, di cura, oppure di guardiania o vigilanza, come pare emergere proprio dallo sviluppo della giurisprudenza – nel quadro delineato anche dalla Direttiva UE 2022/2041^[2]. Tutela che non può arrivare dalla fissazione del salario minimo per legge, proprio perché si tratta di settori e di ambiti nei quali è necessario tenere conto anche di criteri di sostenibilità finanziaria che altrimenti porterebbero gli attori (imprese e datori di lavoro privati) a uscire dalla regolarità.

Vi è poi l'importante ruolo della contrattazione collettiva nel nostro ordinamento giuridico. Ruolo che tiene conto non solo del diritto interno e della gerarchia delle fonti ricostruita in questi anni come si è visto dalla giurisprudenza in applicazione degli artt. 36 Cost. e 39 Cost, ma anche dei principi dell'ordinamento comunitario e in particolare sulla base dell'articolo 153, paragrafo 5, TFUE e oggi della Direttiva (UE) 2022/2041 – che si applica ai lavoratori dell'Unione europea che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia – ma non intende armonizzare il livello dei salari minimi nell'Unione, né istituire un meccanismo uniforme per la determinazione dei salari minimi. Quindi non intende interferire con la libertà degli Stati membri di fissare salari minimi legali o di promuovere il ruolo della contrattazione collettiva per l'accesso alla tutela garantita dal salario minimo, in linea peraltro con il diritto e la prassi nazionali e con le specificità di ciascuno Stato membro.

Tra l'altro è la stessa Direttiva che sottolinea l'importanza del ruolo della contrattazione collettiva – come messo giustamente in evidenza anche dal CNEL – laddove afferma che «*il buon funzionamento della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari è uno strumento importante attraverso il quale garantire che i lavoratori siano tutelati da salari mini-*

mi adeguati che garantiscano quindi un tenore di vita dignitoso (...). Una contrattazione collettiva solida e ben funzionante, unita a un'elevata copertura dei contratti collettivi settoriali o intersettoriali, rafforza l'adeguatezza e la copertura dei salari minimi» (considerando 22 della Direttiva).

E non può pertanto essere trascurato da questo punto di vista che solo attraverso la contrattazione collettiva è possibile soddisfare le istanze delle parti e rispettare le caratteristiche di ogni singolo settore salvaguardando, peraltro – come da più parti evidenziato (ma anche dalla Direttiva nel considerando 39) – lo sviluppo della piccola e media industria.

Come evidenziato anche dal CNEL nel proprio documento del 4 ottobre 2023, approvato nell'assemblea del 12 ottobre, «*la struttura della retribuzione in Italia non è pensata in funzione di una tariffa oraria (...), diversamente da molti altri Paesi, esistono in Italia voci retributive sui generis come la tredicesima, la quattordicesima, l'elemento di garanzia rispetto alla contrattazione decentrata diproductività. Negli ultimi decenni le stesse parti sociali hanno concentrato, specie in alcuni comparti, le risorse dei rinnovi contrattuali sempre meno sul minimo tabellare, quale elemento di misurazione della professionalità, rispetto alle scale retributive, per introdurre nuove forme di distribuzione del valore economico del contratto in direzione della valorizzazione della produttività, della flessibilità organizzativa, del welfare contrattuale e della bilateralità».*

Il recente orientamento preso dalla suprema Corte di Cassazione rischia di vanificare il grande lavoro che si è fatto negli ultimi 30 anni in molti comparti di contrattazione, aprendo ad un potenziale contenzioso dall'impatto difficilmente valutabile al momento, sia per le aziende che per l'intero paese.

Basti pensare alle conseguenze che potrebbero derivarne allorché anche i pubblici dipendenti dovessero iniziare a ritenere inadeguati ai sensi dell'art. 36 Cost. i salari corrisposti loro dalla Pubblica Amministrazione chiedendo l'adeguamento ad un giusto e superiore salario. ●

2. Sul punto cfr. L. Failla, P. Salazar, *La questione del salario minimo non appartiene solo alla gig economy*, *Il Corriere delle Pagine* n. 6/2023.