



Numero 2 / 2024

Michele MISCIONE

**Minimi retributivi e libertà sindacale nel controllo
giurisdizionale imposto dall'art. 36 della Costituzione**

Minimi retributivi e libertà sindacale nel controllo giurisdizionale imposto dall'art. 36 della Costituzione*

Michele MISCIONE

Già Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Trieste

1. I quesiti e dubbi

Il primo interrogativo, per introdurre una normativa specifica sui minimi retributivi, è se sia necessario, opportuno o possibile estendere *erga omnes* i contratti collettivi «nazionali», senza considerare o in deroga all'art. 39 Cost.

L'esame sulla libertà sindacale porta alla questione, conclusiva ed assorbente, se le *ipotetiche retribuzioni minime* fissate per legge possano essere o diventare insindacabili: al contrario, è sempre possibile e doveroso un controllo giurisdizionale sulla congruità delle retribuzioni, in applicazione dell'art. 36 comma 1 Cost. che pone una norma “*indeterminata*”, con rinvio alla “coscienza sociale”. Potrebbe essere necessario, però, un “*minimo fisso*”, che sarebbe in attuazione degli artt. 32 comma 1 e 117 lett. *m*) Cost. senza interferenze con l'art. 39 Cost.

2. Ipotesi e negazione di legami e condizionamenti reciproci fra l'art. 36 comma 1 e l'art. 39 Cost.

Vanno ricordate le origini, per un momento solo, in quanto quei vecchi problemi si ripropongono ora, contro-tempo.

Subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione circolò l'idea che, per attuare l'art. 36 comma 1 Cost., sarebbero stati necessari i contratti collettivi “*erga omnes*” previsti dai commi 2 e seguenti dell'art. 39 Cost.. Ma era un falso e, dopo un momento, si capì che non c'è alcun legame e condizionamento con l'art. 39 Cost., mentre lo scopo di individuare ed imporre i minimi costituzionali ex art. 36 comma 1 Cost. è raggiunto *direttamente* in altro modo e cioè in via giurisdizionale.

All'inizio, però, ci fu un gioco per tentare di negare l'efficacia immediata e diretta delle norme costituzionali ed in particolare per tentare di negare l'efficacia dell'art. 36, a causa – tra l'altro – di un asserito legame e condizionamento con l'art. 39 che richiede espressamente una legislazione d'attuazione. In questo modo, con *logica effimera* si tentò in fondo di negare efficacia anche al principio di libertà sindacale ex comma 1 dell'art. 39 Cost., relegata fra le regole “belle” ma inutili, come quella dell'art. 1 comma 1 Cost. per cui «l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro».

C'erano deduzioni a catena e falsi-sillogismi. Il primo falso è stato che l'art. 36 Cost. fosse solo “programmatico” e non “precettivo” – senza efficacia diretta – in particolare perché legato all'art. 39 comma 2 e ss. che richiede espressamente per l'applicazione una normativa d'attuazione;

*L'articolo costituisce elaborazione della relazione svolta al convegno dell'Università di Modena e Reggio Emilia del 9 febbraio 2024 su “Art. 36 Cost. e retribuzione sufficiente”

il legame con l'art. 39 comma 2 e ss. comporterebbe che la «giusta retribuzione» potrebbe essere definita ed imporsi solamente con la contrattazione collettiva, anzi solo con quella resa “*erga omnes*”.

Il sistema di risulta non è influenzato dalla riconduzione al diritto privato dei contratti collettivi post-corporativi (senza l'*erga omnes* dell'art. 39 comma 1 e ss.) che prevedono trattamenti con efficacia limitata e di parte.

C'è un'ulteriore deduzione, non sempre evidenziata per la sua semplicità: proprio la normativa costituzionale dei contratti *erga omnes* per ogni «categoria» (art. 39 comma 2 ss. Cost), conferma che ci sono tante «giuste retribuzioni» per ogni categoria, e non una sola per tutte.

Si deducevano connessioni e condizionamenti reciproci fra «giusta retribuzione» ex art. 36 e «contratti collettivi *erga omnes*» ex art. 39 comma 2 ss. Cost. Ma fu un attimo solo, perché i giudici cominciarono subito ad applicare l'art. 36 comma 1 Cost. (in connessione, in verità inutile, con il vecchio art. 2099 c.c.) per indicare ed imporre le retribuzioni minime, proporzionate «alla quantità e qualità» del lavoro, mentre la norma sulla sufficienza, in particolare con riferimento alla famiglia («in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa»), fu talvolta interpretata quale rinvio esclusivo alla normativa degli assegni familiari, mentre va intesa quale livello generale per «una vita a misura d'uomo» (1).

L'applicazione diretta dell'art. 36 comma 1 Cost. già prova che non c'è legame e condizionamento con l'art. 39 Cost., perché lo scopo di individuare ed imporre i minimi costituzionali è raggiunto anche in altro modo con l'art. 36 e cioè con l'utilizzo di vari criteri e parametri “indicativi” ed in particolare con riferimento ai contratti collettivi “di diritto comune”, preferibilmente nazionali. Tanto meno c'è una “riserva” a favore della contrattazione collettiva (secondo una vecchia teoria morta dopo la giurisprudenza costituzionale sulla “legge Vigorelli” n. 741 del 14 luglio 1959), perché, per la misura della giusta retribuzione, i giudici hanno fatto rinvii solamente “*indicativi*” e non rigidi ai contratti collettivi, con possibilità quindi di andare oltre e di utilizzare anche criteri diversi. Ad es., quando si affermava che in una determinata zona i minimi dei contratti collettivi sarebbero stati troppo alti o troppo bassi, si utilizzavano criteri territoriali (ma, come si vedrà, la tesi è controversa). L'applicazione diretta dell'art. 36 comma 1 Cost. non ha costituito un *escamotage* per rendere *erga omnes* i contratti collettivi evitando il procedimento ex art. 39 comma 2 e ss. Cost.: dall'esperienza continua viene la conferma che l'art. 36 comma 1 Cost. si applica direttamente ai singoli, con la mediazione giurisdizionale.

Per la «giusta retribuzione» non c'è stata, dunque, alcuna “supplenza” dei giudici, che hanno solo applicato *direttamente* una norma “*indeterminata*” dettata con due criteri (proporzionalità e sufficienza) che «si integrano a vicenda»: i giudici hanno applicato l'art. 36 comma 1 Cost. direttamente e non solo con interpretazione *praeter legem* e tantomeno hanno creato una norma che non c'è.

La Corte costituzionale ha affermato sulle norme indeterminate (2): «Il legislatore può far riferimento a concetti che hanno la loro fonte o in altre discipline dell'ordinamento o in altri settori dello scibile o addirittura in regole che vengono dal costume o dalla sensibilità sociale. Un fenomeno normativo non infrequente, di cui esempi classici sono quelli del concetto di “osceno”,

(1) Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711 (che rinvia a Cass., sez. lav., 30 novembre 2016, n. 24449). La sentenza 2771/2023 è citata anche per le altre simili nn. 27713, 27769, 28320, 28321 e 28323 dell'ottobre 2023.

(2) Corte Cost., 25 luglio 1996, n. 312; Id., 27 aprile 1988, n. 475.

o di “comune sentimento del pudore”». La “norma indeterminata” è necessaria per definire valori e comportamenti umani, variabili e relativi, per cui sono impossibili parole precise (ad es. l'onore ed il decoro, per l'ingiuria; la reputazione, per la diffamazione). Per il diritto privato si dice anche «norma elastica» o «clausola generale», come se la legge equivalesse ad un contratto, e nel diritto penale «norma in bianco», in modo apparentemente paradossale dove il requisito della specificità è più evidente.

È dunque normale l'uso di norme indeterminate, particolarmente frequente in diritto del lavoro (ad es. art. 2087 e soprattutto art. 2119 c.c.). Eppure c'è stata o c'è diffidenza contro norme indeterminate o clausole generali, come si deduce dall'inutilità di una norma che avrebbe dovuto limitarle ⁽³⁾.

Il problema è allora se la norma indeterminata dell'art. 36 comma 1 Cost. – per cui i giudici debbono individuare la giusta retribuzione quali interpreti e “bocca della società”, come se la società fosse una persona – possa essere condizionata o limitata da contratti collettivi *erga omnes* o da una legge che fissi misure o criteri precisi.

L'efficacia immediata sui singoli porta subito a concludere che per effetto dell'art. 39 Cost. non si può condizionare o limitare l'art. 36 Cost., che prevede diritti fondamentali della persona.

3. Criteri e parametri indicativi in attuazione e conferma della norma “indeterminata” ex art. 36 comma 1 Cost.

L'«*indeterminatezza*» dell'art. 36 comma 1 Cost. vuol dire rinvio alla “coscienza sociale”, di cui spetta ai giudici interpretare la volontà: in questa ricerca si può utilizzare in via indicativa qualunque criterio o parametro, con possibilità di giudicare la congruità delle retribuzioni previste dai contratti collettivi in vigore. La legge impone la *determinabilità* del corrispettivo del lavoro, con potere d'accertamento del giudice in base ad equità, in caso di clausola inesistente o nulla per non-congruità ex art. 36 Cost.

Per individuare ed imporre i minimi ex art. 36 comma 1 Cost. sono stati utilizzati criteri/parametri presuntivi, vari per tempi, settori, luoghi ed altro: non c'è però contraddizione, come già osservato, perché la Costituzione pone con gli artt. 36 e 39 tanti minimi, e non un minimo solo, nel *fare riferimento alle varie e distinte categorie*. E poi ci sono ulteriori “minimi”, ad es. per le pensioni e per le altre prestazioni previdenziali (art. 38 Cost.), come ugualmente a fini fiscali o di garanzia dei crediti (impignorabilità).

L'uso in via giurisdizionale di criteri/parametri, per individuare le giuste retribuzioni (al plurale, quale trattamento economico nel suo complesso), è sempre in via presuntiva ed indiziaria, quale *espressione dell'equità*, con possibilità quindi di giudicare certi trattamenti, ed in particolare quelli dei contratti collettivi, troppo bassi ed insufficienti, ma anche troppo alti indicando come congrue, nei singoli casi di specie, retribuzioni inferiori.

C'era un periodo in cui qualcuno affermava che i contratti collettivi nazionali (Ccnl) prevederebbero minimi troppo alti, perché commisurati sulle *zone* di maggior benessere, inadatti in situazioni meno buone: il problema è allora dei criteri/parametri, vietati se discriminatori, come quelli basati sul sesso, ora *ridicoli* ma ancora utilizzati negli anni '60. Si tentò anzi di distinguere dai contratti nazionali quelli di «categoria», che potrebbero essere non-nazionali anche se limitati

⁽³⁾ Art. 30 comma 1 della L. 4 novembre 2010, n. 183.

ad una sola grande impresa: ora però, almeno nei disegni di legge, sono considerati i contratti «nazionali».

L'*excursus* dei vari criteri/parametri per individuare i minimi in base alla coscienza sociale, fatto in particolare dalla Cassazione nell'ottobre 2023 con due gruppi di tre pronunzie ⁽⁴⁾, potrebbe lasciare un'idea di frammentarietà: al contrario l'uso di questi criteri/parametri è coerente con le norme costituzionali che prevedono *molti minimi* in base a vari elementi, purché ovviamente non-discriminatori (e qui torna un'eco negativa delle “zone salariali”).

L'uso di parametri diversi, in via indicativa, *conferma storicamente* che la norma “indeterminata” dell'art. 36 comma 1 Cost. non può essere limitata o condizionata, neppure per legge.

4. *Indifferenza di una legge sulla rappresentanza*

Fra i criteri, per individuare la congruità delle retribuzioni ex art. 36 comma 1 Cost., c'è quello di far riferimento ai contratti collettivi *nazionali* o di categoria firmati dai sindacati maggiormente o comparativamente più rappresentativi, che per questo si presumono giusti.

Tuttavia la pietra dello scandalo, che ha portato alle pronunzie della Cassazione dell'ottobre 2023, ha riguardato un contratto collettivo firmato dai sindacati maggiormente rappresentativi, ritenuto lesivo dei minimi costituzionali.

Il criterio non può andare, quindi, oltre una presunzione relativa e puramente indiziaria, anche in negativo: non si può affermare cioè che un contratto collettivo rispetterebbe sempre i minimi se firmato da sindacato maggiormente rappresentativo e nemmeno che li violerebbe sempre se firmato da sindacato *non-maggiormente* rappresentativo.

Quanto esposto fa dedurre che il problema dei minimi costituzionali non dipende né può essere risolto con una normativa sulle rappresentanze sindacali, anche per la *garanzia finale del controllo giudiziale*, che non può essere superata in quanto imposta da norma costituzionale (art. 36 comma 1 Cost.) quale diritto fondamentale della persona. Una legge sulle rappresenze, se mai fosse emanata, non potrebbe far tacere i giudici (nell'allegoria di prima dei giudici quale “bocca della società”).

5. *I Disegni di legge con proposte simili alla L. 741/1959*

La connessione con le rappresentanze sarebbe però imposta o presupposta dal disegno di legge (DdL) sulle retribuzioni minime giacente in parlamento. Nella 1^a versione di questo DdL (A.C. 1275), presentato dagli esponenti dei partiti di centro-sinistra, i trattamenti previsti dai contratti collettivi «nazionali» stipulati dai sindacati «comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale» si sarebbero trasformati in minimi costituzionali ex art. 36 comma 1 Cost., acquistando efficacia generale (*erga omnes*) in ciascuna «categoria» *imposta* per legge. Questa 1^a versione è stata superata però da una 2^a dello stesso DdL giacente in Senato (S. 957), con meccanismo simile di rinvio al fine di rendere *erga omnes* i minimi retributivi dei contratti collettivi *nazionali*: mentre con la 1^a versione dovrebbero diventare *erga omnes* i contratti collettivi nazionali firmati dai sindacati «*maggiormente applicati*», con la 2^a dovrebbero diventare *erga omnes* i contratti collettivi nazionali

⁽⁴⁾ Cass., nn. 27711, 27713, 27769 del 2 ottobre e nn. 28320, 28321 e 28323 del 10 ottobre.

firmati maggiormente applicati, sostituendo così un dato quantitativo (la “maggior applicazione”) al precedente quello qualitativo e potenziale (la rappresentatività).

Si prospetta un meccanismo simile e quasi identico a quello della L. 741 del 14 luglio 1959 (“legge Vigorelli”), con cui i trattamenti *economici e normativi* dei contratti collettivi divennero i minimi costituzionali: la legge fu salvata dalla Corte Costituzionale per la sua asserita straordinarietà/unicità, ma il *meccanismo* fu dichiarato incostituzionale proprio perché elusivo dell’art. 39 Cost. con affermazione di un divieto per il futuro, neppure per una volta.

L’elemento dirompente della 1^a versione del DdL (A.C. 1275), che manca nella 2^a approvata alla Camera e pendente in Senato (S. 957), è la previsione «comunque» di un trattamento *orario* non inferiore a «9 euro lordi ad ora», corrispondenti all’incirca ad € 1.000 al mese. Non c’è più, nell’attuale DdL S. 957, un minimo “fisso”.

Questo DdL ha avuto una storia particolare, perché, pur essendo ad iniziativa del centro-sinistra, il suo contenuto è stato cambiato in aula dalla destra ed il 6 dicembre 2023 è stato approvato alla Camera dalla maggioranza di Governo.

Il DdL A.C. 1275, poi sostituito dalla Camera e passato in Senato (prendendo il n. S. 957), diventerebbe legge, se dal Senato fosse approvato senza modifiche. Risulta però che in Commissione lavoro del Senato l’esame non è nemmeno iniziato e non si sa se mai comincerà.

Il DdL S. 957, trasformato ed approvato dai partiti di governo, prevede, al posto di una legge immediatamente applicabile, una delega al Governo perché adotti uno o più decreti al fine di rendere *erga omnes* i *trattamenti* dei contratti collettivi nazionali (Ccnl) «maggiormente applicati» e non più dei sindacati comparativamente più rappresentativi (DdL A.C. 1275 del centro-sinistra). Manca per la destra – va evidenziato – la previsione del *minimo orario di 9 euro lordi*.

6. *Interferenze con la libertà di contrattazione collettiva*

Il meccanismo dei DdL per fissare i minimi costituzionali è, dunque, quello della vecchia L. 741/1959, dell’estensione *erga omnes* dei contratti collettivi *nazionali*: prima, per il centro-sinistra, dovevano diventare *erga omnes* i contratti dei sindacati più rappresentativi, mentre ora, per la destra, dovrebbero diventare *erga omnes* i Ccnl «maggiormente applicati», con metodo solo quantitativo (ma necessariamente il numero influisce sulla qualità). C’è però il rischio che i sindacati maggiormente rappresentativi siano sorpassati dai firmatari dei contratti collettivi maggiormente applicati.

Per entrambe le versioni del DdL, i Ccnl dovrebbero essere estesi *erga omnes* per «settori» o «categorie», eliminando la libertà di applicare qualunque contratto collettivo rispettoso dei minimi costituzionali (salvo controverso “miglior favore”). Si prospetta un sistema con *un solo* contratto collettivo *erga omnes* per ciascun settore/categoria, al fine esplicito di evitare il *dumping* contrattuale e cioè più contratti a ribasso.

Non è detto che il contratto collettivo da scegliere per diventare *erga omnes* sia in concreto il migliore, perché può succedere – ed è successo – che il contratto più applicato sia il peggiore (ad

es. per i *riders*) o, viceversa, che il peggiore sia il contratto dei maggiormente rappresentativi (ad es. per la vigilanza) ⁽⁵⁾.

Le perplessità sono sempre maggiori, in quanto si presuppone l'*individuazione* di «categorie» o «settori» *effettivi*, facendoli diventare contraddittoriamente “*ontologici*” come nel vecchio art. 2070 c.c. (un dover essere per legge, al posto dell'essere): mentre con il codice civile la separazione in categorie era “*accertata*” d'*autorità*, per gli attuali DdL le separazioni in «settori» o «categorie» dovrebbero essere *accertate per deduzione* dai campi d'applicazione o dei contratti collettivi firmati dai sindacati maggiormente rappresentativi (DdL A.C. 1275 del centro-sinistra) o dei contratti di “maggiore applicazione” (DdL S. 957 della destra).

Il meccanismo prospettato presuppone non solo l'*erga omnes*, ma anche la regolamentazione della contrattazione collettiva senza considerare l'art. 39 comma 2 e ss. Cost.: tuttavia, come accennato, la Corte Costituzionale affermò sulla L. 741/1959 che, per l'*erga omnes*, l'art. 39 Cost. pone una riserva di procedimento, che non può essere violata o elusa neppure per attuare l'art. 36 sui minimi costituzionali, salvo il caso del 1959 unico ed irripetibile ⁽⁶⁾. La Corte affermò inoltre che ⁽⁷⁾, per il principio di libertà sindacale, non si possono imporre «categorie» e debbono essere rispettati i campi d'applicazione dei contratti collettivi via via scelti nel tempo (l'*«auto-definizione»* della categoria professionale).

Non si tiene conto poi, a tacer d'altro, che gli attuali Ccnl hanno campi d'applicazione molto spesso sovrapposti, almeno in parte, e ci sono Ccnl con campi d'applicazione omnicomprensivi, comprendenti cioè più settori/categorie, talvolta numerose: la *reductio ad unum*, per ricondurre ad unità situazioni diverse, è impossibile oltre che incostituzionale. Bisognerebbe tornare ad un mosaico imposto d'autorità, con tante tessere costituite da singoli settori/categorie, in una malacopia malfatta dell'art. 2070 c.c. che resta per il diritto corporativo.

Ci sono perplessità anche per la Direttiva Ue 2022/2041 del 25 ottobre 2022, che salvaguarda e valorizza la contrattazione collettiva, con possibilità di interventi legislativi solamente in caso di «copertura» della contrattazione inferiore all'80%. Dato che in Italia, secondo il Cnel ⁽⁸⁾, la contrattazione collettiva dei *sindacati maggiormente rappresentativi* ha una copertura superiore al 95%, non sono obbligatori ed anzi dovrebbero essere sconsigliati interventi d'autorità per cambiare i contratti collettivi, anche se ai fini delle retribuzioni minime.

7. Ipotesi di minimo fisso

Che fare? C'è da chiedersi se si possa lasciare tutto com'è, in quanto la mancata copertura della contrattazione di 5% dei lavoratori sarebbe poco. Invece è molto: si tratta di migliaia di lavoratori lasciati a disposizione di chiunque. Non ci si può astenere. Ma non è solo questo, perché c'è anche il problema dei contratti collettivi *nazionali* con retribuzioni bassissime, al di sotto dei limiti di sussistenza e con violazione dell'art. 36 comma 1 Cost. Intervistato al riguardo, un Segretario generale di grande organizzazione maggiormente rappresentativa ha affermato – in modo

⁽⁵⁾ Ma cfr. ora, dopo le turbolenze seguite in particolare alle sentenze che hanno affermato l'inadeguatezza ex art. 36 comma 1 Cost., il Ccnl 16 febbraio 2024, in *Bollettino ADAPT* 26 febbraio 2024, n. 8.

⁽⁶⁾ Corte Cost., del 19 dicembre 1962, n. 106; Id., 13 luglio 1963, n. 129; Id., 10 giugno 1966 n. 67; cfr. anche Id., del 22 gennaio 1976 n. 19.

⁽⁷⁾ Corte Cost., 15 maggio 1963, n. 70.

⁽⁸⁾ Cnel, *Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*, punto 6.

sorprendente – che in certi settori il sindacato non ha la forza per imporre i minimi costituzionali: in sostanza, ha chiesto “aiuto” allo Stato.

Un «aiuto» dovrebbe soddisfare due esigenze: *a)* estendere *erga omnes* i contratti collettivi e *b)* imporre *minimi fissi* senza considerare né regolamentare i contratti collettivi.

L'*erga omnes* non è ammesso, però, perché sarebbe in violazione dell'art. 39 Cost.

Le critiche non riguardano invece le “9 euro lordi l'ora”. Si avrebbe – certo – una modifica dei contratti collettivi, con effetti a catena, per cui anche i lavoratori delle posizioni più alte beneficerebbero dell'aumento del minimo orario, ma senza interferenze con l'art. 39 Cost. e senza modificare struttura e funzioni della contrattazione collettiva.

Un minimo fisso costituirebbe attuazione dell'art. 117 lett. *m)* Cost., per cui lo Stato determina i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», contro la povertà (art. 32 comma 1 Cost.).

Tuttavia, per un minimo orario fisso *non si può non* tener conto di molte e non poche *specialità*. S'è prospettata l'esenzione per apprendisti e lavoratori domestici, ed è giusto, ma ci sono esigenze di diversificazioni anche per altri aspetti o casi: si pensi ad es. all'orario per le attività di semplice attesa o custodia, o per disponibilità o reperibilità; si pensi anche ai casi relativamente frequenti in cui si prevede una retribuzione oraria bassa da completare in altro modo (ad es. con straordinario “normale” o altre indennità continuative).

La norma per imporre un minimo orario fisso è comunque complessa e difficile, per evitare che si creino discriminazioni “paritarie” e cioè prevedendo un fisso per situazioni diverse: non bastano poche parole secche, con cui ovviamente non si può distinguere.

8. *Che fare, dunque?*

Un minimo orario fisso è possibile in attuazione dell'art. 117 lett. *m)* Cost. e dell'art. 32 comma 1 Cost., ma non è facile, contro affermazioni superficiali.

Non si può pensare di superare e violare l'art. 39 Cost. per porre minimi retributivi articolati e non solo limitati ad un valore orario unitario: prima bisognerebbe modificare l'art. 39 Cost., nell'impossibilità di una sua formale attuazione.

Né si può ipotizzare, ma sarebbe solo superficialità, che attraverso la formalistica attuazione dell'art. 36 Cost. (o se si vuole dell'art. 39 Cost.) sia possibile chiudere la bocca ai giudici, nella funzione prima definita di “bocca della società” nell'applicare la norma *indeterminata* dell'art. 36 Cost.

Attraverso una legge sulle retribuzioni minime non si può togliere o limitare la giurisdizione. Al contrario, l'art. 36 comma 1 Cost., nella sua sinteticità, impone in modo sempre attuale minimi in base ai criteri di proporzionalità e sufficienza, che debbono essere individuati dai giudici attraverso criteri o parametri desunti dalla “coscienza sociale”. In altre parole, se anche una legge imponesse minimi di trattamento complessivo oppure un minimo orario fisso, comunque resta al giudice il potere/dovere di controllare se quei minimi siano sufficienti, applicando criteri imposti dall'astrattezza ed al tempo stesso concretezza della società.

9. I criteri o parametri indicativi per accertare i minimi costituzionali

Nel riaffermare il potere/dovere di individuare i minimi in base all'art. 36 comma 1 Cost., la Cassazione ha fatto un *censimento* di criteri e parametri che il giudice può utilizzare in via indicativa, con i due gruppi di tre pronunzie dell'ottobre 2023 ⁽⁹⁾.

In base all'art 36 comma 1 Cost. è riconosciuta un'«ampia discrezionalità» al *giudice del merito*, con possibilità di utilizzare «criteri di giudizio e parametri differenti», *sia in concorso che in sostituzione*: l'apprezzamento è *insindacabile*, in sede di legittimità, se fondato su «*puntuale ed adeguata motivazione*».

Il lavoratore ha solo l'onere generico di fornire «utili elementi» ⁽¹⁰⁾ – non una vera e propria prova – per dedurre che la retribuzione percepita sarebbe incongrua, seppur contrattuale (*pars destruens*): il giudice di merito può e deve accertare anche d'ufficio la retribuzione minima e sufficiente (*pars costruens*). Per la *pars destruens*, tesa cioè a provare il fatto negativo dell'insufficienza, si possono utilizzare vari criteri ed in particolare i comuni indici di povertà, che però non bastano per determinare la congruità ex art. 36 comma 1 Cost. (*pars destruens*), che presuppone un trattamento superiore oltre la povertà.

Si presume che sia giusta la retribuzione prevista nel *contratto collettivo nazionale di categoria* (Ccnl) ⁽¹¹⁾, da cui ci si può diversificare solo usando «la massima prudenza e adeguata motivazione» ⁽¹²⁾; tuttavia possono essere giudicati non-congrui anche i trattamenti previsti nei contratti collettivi firmati dai sindacati maggiormente rappresentativi ⁽¹³⁾.

I giudici *del merito* possono utilizzare in via indicativa criteri o parametri precisi o approssimativi, ma possono basarsi anche su «*nozioni di comune esperienza*» e, in difetto, *sull'equità* ⁽¹⁴⁾. Si riconosce quindi una libertà quasi totale, condizionata soltanto da «*puntuale ed adeguata motivazione*»: ma è normale, per una norma indeterminata (ad es. come si fa a capire cosa sono, oggi, l'onore ed il decoro per configurare l'ingiuria?).

10. Cogliere l'«occasione» delle retribuzioni minime per tutto

Va fatto un breve inciso per rilevare come, cogliendo l'occasione delle retribuzioni minime, si vorrebbe disciplinare per legge l'intero sistema contrattuale. Una legge sulle retribuzioni minime varrebbe per tutto, contro tutti i mali. Ma non è così.

Non si sa se la *frammentazione* delle rappresentanze sindacali sia bene o male, ma è certamente un male la presenza di associazioni collettive sindacali e datoriali con rappresentatività discutibile se non esclusa (come nel caso dei contratti “pirata”): ma non è con una legge sulle retribuzioni minime che si può combattere il fenomeno.

Ancora, non si sa se sia bene o male la frantumazione delle categorie e degli ambiti d'applicazione della contrattazione, oppure la proliferazione dei contratti collettivi nazionali e dei sindacati stipulanti, maggiormente rappresentativi o no ma genuini ⁽¹⁵⁾: al di là di opportunità ed effettività,

⁽⁹⁾ Cass., nn. 27711, 27713, 27769; nn. 28320, 28321, 28323: per tutte su richiamerà la n. 27711.

⁽¹⁰⁾ Cass. 27711, punti 20-21.

⁽¹¹⁾ Cass. 27711, punto 22.

⁽¹²⁾ Cass. 27711, punto 22.

⁽¹³⁾ Cass. 27711, punto 23.1 d).

⁽¹⁴⁾ Cass. 27711, punto 23.2.

⁽¹⁵⁾ Ma *contra*, per giudizi negativi Cass. 27711, punto 35 lett. b) e c).

sono materie che comunque non possono essere limitate per legge contro la libertà sindacale ex art. 39 Cost. Ugualmente estraneo al problema dei minimi e contro la libertà sindacale è la regolamentazione dei rinnovi dei contratti collettivi ⁽¹⁶⁾, o del regime di scadenza ed ultrattività.

Una legge sulle retribuzioni minime non servirebbe contro il lavoro “nero”, che è il male maggiore: sarebbe inconfidente, i metodi e gli strumenti sono altri.

11. *Se l'efficacia di leggi precise è maggiore o migliore dell'efficacia delle norme indeterminate*

Resta l'interrogativo se basta la giurisdizione con la norma indeterminata dell'art. 36 comma 1 Cost., oppure siano preferibili o necessarie leggi precise.

Qualche dubbio di eccessiva frammentazione viene a rileggere che, nell'applicazione dell'art. 36 comma 1 Cost., i minimi costituzionali potrebbero essere differenziati per dimensioni o localizzazioni aziendali, per specifiche situazioni locali o per le qualità delle prestazioni offerte dai o ai lavoratori ⁽¹⁷⁾. Sono punti critici su cui riflettere, perché non tutte le specificità giustificano differenze: in particolare, a tener conto dei “luoghi”, si rischiano effetti anomali, che ricordano le tristemente famose “gabbie salariali” dei contratti collettivi in agricoltura in vigore nel 1954-1969. Questa ed altre critiche non contraddicono il sistema, sempre attuale e privo di carenze, basato sulla norma indeterminata dell'art. 36 comma 1 Cost., nell'ampia discrezionalità della giurisdizione.

La norma indeterminata è non-meno efficace di una legge precisa. Quando si sente che in Italia mancherebbe una legge sulle retribuzioni minime, non si tiene conto che la legge c'è ed è l'art. 36 comma 1 Cost., ma in fondo si vuol dire che bisognerebbe fare una legge per imporre importi precisi, perché solo così – con importi precisi – le regole sarebbero rispettate o sarebbero rispettate più spesso o meglio. Senza immergersi nel problema generale e soprattutto difficile dell'efficacia della legge, basta solo affermare che, almeno in concreto, l'efficacia intimidatoria delle sentenze (*o dei giudici!*) non è né può essere inferiore all'efficacia intimidatoria della legge.

L'intermediazione dei giudici nel “dire il diritto”, posta dall'art. 36 Cost., può dare una sensazione di *strapotere*. È il contrario: la discrezionalità della giurisdizione è essenziale per imporre immediatamente minimi sempre aggiornati, senza carenze, per ogni vecchia o nuova «categoria».

S'è detto che ci sarebbe *abuso di norme indeterminate*, con cui *di fatto* parte del potere legislativo sarebbe trasferito ai giudici, liberi da vincoli perché delegati a decidere in base ad equità. Il problema ed i dubbi sono numerosi, anche se talvolta celano solo polemiche sulla divisione dei poteri dello Stato. Deve valere il principio astratto, per cui per le norme indeterminate possono essere utilizzate solo se necessarie, senza altra possibilità: per tornare agli esempi di prima, poiché è impossibile definire con precisione le nozioni di onore, decoro o reputazione per l'ingiuria e la diffamazione, l'unico mezzo è la discrezionalità della giurisdizione. La norma indeterminata con l'art. 36 comma 1 Cost. – a parte l'ovvia insindacabilità – è necessaria per imporre le giuste retribuzioni a garanzia di completezza ed attualità, perfino oltre un'ipotetica legge: perché le giuste retribuzioni siano garantite a tutti, evitando vuoti e carenze, ed in misure sempre attuali, evitando le cristallizzazioni di norme precise.

⁽¹⁶⁾ Ancora *contra* Cass. 27711, punto 35, lett. e).

⁽¹⁷⁾ Cass. 27711, punto 23.2.

È però necessario, e non solo opportuno, imporre un minimo esistenziale, comunque contro la povertà (art. 32 comma 1 Cost. per gli «indigenti»), con cui in base all'art. 117 lett. *m*) Cost. siano determinati «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»: si eviterebbero in tal modo attriti con la libertà sindacale. Bisogna prevedere però distinzioni, per evitare discriminazioni “paritarie”, con vantaggi ingiusti a causa solo della configurazione di fatto dell'orario di lavoro.