

Percorsi di ricerca del Dottorato
in diritto internazionale,
diritto privato e del lavoro
dell'Università di Padova

Volume I

a cura di Maurizio Bianchini, Elena Pasqualetto, Enrico Zamuner

Prima edizione 2021, Padova University Press
Titolo originale

© 2021 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova

www.padovauniversitypress.it
Redazione Padova University Press
Progetto grafico Padova University Press

This book has been peer reviewed

ISBN 978-88-6938-200-0



This work is licensed under a Creative Commons Attribution International License (CC BY-NC-ND)
(<https://creativecommons.org/licenses/>)

**PERCORSI DI RICERCA DEL DOTTORATO
IN DIRITTO INTERNAZIONALE,
DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA**

VOL. 1

a cura di

MAURIZIO BIANCHINI, ELENA PASQUALETTO, ENRICO ZAMUNER

**PADOVA
UP**

Indice

Presentazione	7
Il trattamento dei dati personali del lavoratore tra informativa e consenso <i>Stefano Iacobucci</i>	13
Il ruolo dell'autonomia privata nella qualificazione delle liberalità non donative a carattere negoziale <i>Davide Lapis</i>	55
Il principio di non discriminazione nell'ambito del commercio multilaterale e degli investimenti internazionali <i>Silvia Marchiante</i>	89
L'eliminazione della condizione nei contratti <i>Emanuela Morotti</i>	123
Il rapporto di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Un tentativo di ricostruzione civilistica <i>Giovanna Pistore</i>	157
Prospettive del contratto collettivo decentrato nel sistema contrattuale e nel sistema legale <i>Angela Rampazzo</i>	177
La tutela della retribuzione "sufficiente": rafforzamento della via negoziale o intervento legale? <i>Davide Tardivo</i>	205

La tutela della retribuzione “sufficiente”: rafforzamento della via negoziale o intervento legale?

Davide Tardivo

SOMMARIO: 1. L’attuale “via italiana” al salario minimo – 2. La crisi del meccanismo di supplenza pretoria – 2.1. Primo fattore endogeno: la cedevolezza dell’art. 36 Cost. – 2.1.1. Art. 36 e 41 Cost.: giusta retribuzione e prerogative organizzative del datore di lavoro – 2.1.2. Art. 36 e 81 - 97 Cost.: giusta retribuzione e vincoli di bilancio – 2.1.3. (segue) Violazione dell’art. 36 Cost. e profili di responsabilità aquiliana dell’unione europea: ipotesi possibile? – 2.2. Secondo fattore endogeno: l’indebolimento del contratto di categoria come parametro – 2.3. Limite esogeno: la riduzione delle tutele contro il licenziamento illegittimo e la leva fiscale a favore della conciliazione stragiudiziale – 3. Quali possibili soluzioni? – 3.1. La via negoziale “rafforzata” – 3.2. L’attuazione dell’art. 39, II parte, Cost. – 3.3. La via legale: il salario minimo “residuale” e “generalizzato” – 4. Considerazioni conclusive.

1. L’attuale “via italiana” al salario minimo

Il diritto del prestatore di ricevere una “giusta retribuzione” trova la sua fonte nell’articolo 36 Cost., che impone alle parti del contratto di informare la clausola retributiva ai requisiti di *proporzionalità* (quantitativa e qualitativa) e *sufficienza*, con quest’ultimo che – individuando una soglia minima incompressibile – funge da correttivo del primo, venendo a sua volta ulteriormente specificato da due “meta-principi”, ossia *libertà e dignità*¹.

¹ L’introduzione di questi criteri è strumentale ad assicurare che il *quantum* incompressibile della retribuzione non garantisca le sole “necessità fondamentali dell’esistenza del singolo e della sua famiglia” (come previsto dalla bozza originaria della disposizione costituzionale), ma consenta al cittadino-lavoratore di essere parte attiva della società e di vivere libero da vincoli di dipendenza economica da altri soggetti, v. Assemblea Costituente, Prima Sottocommissione, seduta 8 ottobre 1946, resoconto stenografico accessibile www.storia.camera.it/lavori/sedute, spec. interventi On.

Per assicurare piena effettività a tale diritto, il Costituente aveva in origine demandato la determinazione della retribuzione conforme all'art. 36 Cost. ai contratti con efficacia *erga omnes* di cui all'art. 39, II parte Cost. Come noto, però, tale progetto non fu mai attuato, benché l'art. 39 Cost. continui ad operare nell'ordinamento come limite “negativo”², capace di vanificare ogni tentativo di estendere l'efficacia soggettiva degli accordi collettivi con meccanismi diversi da quelli prescritti dallo stesso art. 39 Cost.³.

In risposta alla mancata adozione della legge sindacale ed alla pressante questione dei bassi salari⁴, già dagli anni '50 la giurisprudenza iniziò ad assumere il ruolo di “fonte impropria”⁵, inaugurando un meccanismo di determinazione della retribuzione “in ogni caso sufficiente” del tutto atipico rispetto a quelli comunemente adottati nelle esperienze comparate. Come noto, i meccanismi più diffusi (i c.d. “*minimum wage-fixing machineries*”) sono quelli elencati dalle Convenzioni ILO nn. 28 e 131, ossia: (a) salario minimo legale; (b) deliberazione di un'apposita autorità, con o senza l'obbligo di considerare raccomandazioni fornite da altri organismi (es. parti sociali); (c) determinazione ad opera di apposite commissioni amministrative (“*wages boards*” o “*wages councils*”); (d) decisioni di organismi arbitrali; (e) conferimento di efficacia generalizzata alle previsioni della contrattazione collettiva.

Il meccanismo affermatosi in Italia, invece, poggia su un presupposto del tutto difforme, ossia sull'attività d'interpretazione del singolo giudice chiamato a valutare la conformità della clausola negoziale rispetto al dettame costituzionale. La premessa logica è il riconoscimento dell'immediata precettività dell'art.

DOSSETTI, Sull'art. 36 Cost. e sulla portata dei due requisiti di proporzionalità e sufficienza v. G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012, p. 7; v. anche M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna, 1971; L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, pp. 102 ss.; M. DELL'OLIO, *Retribuzione, qualità e quantità del lavoro, qualità di vita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 1 ss.; G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996; G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997; L. ANGIELLO, *La retribuzione (articoli 2099-2102)*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003. Più di recente i requisiti di cui all'art. 36 Cost. vengono considerati con riguardo alla loro effettività durante la crisi economica, v. S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Torino, UTET, 2012, pp. 27 ss.; G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012; M. C. CATAUDELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Torino, 2013.

² G. GIUGNI, *Sub Art. 39 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1979, p. 288.

³ Sintomatica è la vicenda della c.d. “legge Vigorelli”, su cui F. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1960, pp. 147 ss.

⁴ M. ROCELLA, *I salari*, Bologna, 1986, pp. 62 ss.; M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna, pp. 45 ss.

⁵ G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, cit., pp. 193 ss. parla di fonte “atipica”.

36 Cost.⁶. Ciò posto, l'operatività di questo meccanismo poggia sul combinato disposto dell'art. 36 Cost. (come detto, immediatamente precettivo) con l'art. 2099, co. 2, cod. civ., in forza del quale, quando in un accordo individuale viene pattuita una retribuzione non conforme all'art. 36 Cost., tale clausola deve considerarsi nulla per contrasto a norma imperativa⁷. La peculiarità sta, però, nel fatto che il giudice non si limita alla declaratoria di nullità della clausola (come accadrebbe nelle ipotesi *ex art.* 1419, co. 1, cod. civ.), ma interviene direttamente sulla quantificazione della retribuzione in forza dell'art. 2099, co. 2 cod. civ., che disciplina il caso in cui le parti non abbiano *ab origine* concordato il corrispettivo per l'attività lavorativa. Per determinare il *quantum*, il giudice deve tenere conto "ove occorra, del parere delle associazioni professionali", che si ritiene trasfuso nelle clausole dei contratti collettivi⁸. Così facendo, l'accordo collettivo diventa il parametro che guida l'attività interpretativa-correctiva del giudice⁹, con l'effetto di indurre i datori a dare applicazione ai contratti-parametro, onde evitare la soccombenza in futuri contenziosi.

Nonostante le numerose criticità applicative a cui nel tempo ha dato adito (ad esempio in punto di scelta del contratto-parametro¹⁰ o degli elementi costituenti il c.d. "minimo costituzionale"¹¹), il meccanismo di "supplenza pretoria" continua a rappresentare a tutt'oggi l'unico presidio che il nostro ordinamento appresta a tutela del diritto ad una retribuzione in ogni caso "sufficiente".

⁶ Tra i primi in tal senso A. CESSARI, *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36, 1° della Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1951, p. 197; G. GIUGNI, *Nullità dell'accordo tra datore e prestatore di lavoro per una retribuzione inadeguata alle mansioni esplicate*, in *Foro Pad.*, 1951, pp. 1009 ss.

⁷ Da ultimo Cass. sent. 20 marzo 2018, n. 6900, anche se in dottrina taluno ritiene sarebbe più opportuno basarsi sul combinato disposto degli artt. 1419 co. 2 e 1339 cod. civ., cfr. S. BELLOMO, *La retribuzione*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico*, VII ed. Torino, 2017, pp. 930 ss.; L. Nogler, *Sub art. 36 Cost.*, in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV, Padova, 2009, p. 42. Una seconda posizione ritiene possa utilizzarsi l'art. 432 cod. proc. civ., rispetto alla quale si rinvia a Cass. 16 giugno 2009, n. 13953.

⁸ R. VIANELLO, *La retribuzione*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro - Commentario*, II, Torino, 1998, p. 853.

⁹ Inducendo taluno a parlare di una sorta di "estensione soggettiva" degli effetti della contrattazione collettiva, S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in GRAGNOLI E., PALLADINI S. (a cura di), *La retribuzione*, Torino, 2012, pp. 27 ss., p. 34.

¹⁰ In un regime di libertà sindacale non è, infatti, possibile limitare la scelta del datore del contratto collettivo applicabile. La giurisprudenza ha allora riconosciuto al lavoratore la possibilità invocare come contratto-parametro anche un contratto collettivo diverso da quello di appartenenza, purché deduca che quest'ultimo non sia conforme al dettame dell'art. 36 Cost. rispetto alla prestazione da lui concretamente svolta, v. Cass. sent. 18 dicembre 2014, n. 26742.

¹¹ Mancando una definizione legale della struttura della retribuzione, la giurisprudenza ha individuato il parametro della retribuzione conforme nell'importo contenente i minimi tabellari, l'indennità di contingenza e la tredicesima mensilità, v. rispettivamente Cass. 29 marzo 2010, n. 7528; Cass. 28 MARZO 2000 N. 3749; Cass. 4 dicembre 2013, n. 27138.

Le profonde trasformazioni che hanno interessato e continuano ad interessare il sistema di relazioni industriali, il mercato del lavoro e, più in generale, il panorama economico hanno finito, però, per scuoterne le fondamenta, compromettendone la tenuta. È opinione comune, infatti, che questo meccanismo – nato come transitorio, e poi *de facto* elevato a regola – versi ormai in uno stato di grave crisi¹². Della stessa ci si propone, prima, di investigare le cause, per poi tentare di delineare le possibili soluzioni.

2. La crisi della “via italiana” alla retribuzione sufficiente.

Le ragioni della crisi possono individuarsi in fattori endogeni ed esogeni al meccanismo *ex art.* 36 Cost. ed art. 2099 cod. civ.

Tra i primi si rintracciano (I) la cedevolezza dell’art. 36 Cost. nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti, e (II) l’indebolimento del CCNL come parametro.

Tra quelli esogeni, invece, particolare attenzione sarà dedicata all’effetto congiunto, da un lato, del d.lgs. 23/2015 (in parte confermate anche dal più recente decreto c.d. “dignità”, D.l. 87/2018, conv. con mod. in l. 96/2018) in materia di conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro; dall’altro, della complessiva riduzione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi.

2.1. Primo fattore endogeno: la cedevolezza dell’art. 36 Cost.

2.1.1. Art. 36 e 41 Cost.: giusta retribuzione e prerogative organizzative del datore di lavoro.

Come noto l’art. 41 Cost. non tutela l’iniziativa economica in senso assoluto, ma nella sola misura in cui questa non si ponga in contrasto con l’utilità sociale e non comprometta la sicurezza, libertà e dignità umana. Quest’ultimo limite determina un immediato collegamento con l’art. 36 Cost.¹³, laddove prescrive che il *quantum* della retribuzione deve essere “in ogni caso” tale da assicurare un’esistenza libera e dignitosa al prestatore ed alla sua famiglia. Il combinato disposto di queste due norme, quindi, sembrerebbe sovraordinare il diritto ad

¹² *Ex multis* M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, p. 777; V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 233/2014, p. 44.

¹³ C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, p. 431.

una retribuzione sufficiente rispetto alla tutela della libera iniziativa economica, o meglio, sembrerebbe porre il primo come limite della seconda.

In giurisprudenza, però, è andato consolidandosi un quadro parzialmente difforme, specialmente sulla scorta del fatto che la retribuzione-parametro fissata dal CCNL non viene ritenuta sufficientemente attenta alle specificità territoriali o alla diversa capacità competitiva delle singole imprese. Così, sono stati ritenuti legittimi scostamenti *in peius* finalizzati ad evitare la scomparsa dell'impresa stessa, vuoi perché in uno stato di crisi¹⁴, vuoi perché operante in un'area economicamente depressa, in cui la soglia fissata dal CCNL si assumeva essere insostenibile¹⁵. Ugualmente legittimi sono stati giudicati gli scostamenti giustificati dalle piccole dimensioni dell'impresa¹⁶ o dalla sua natura artigianale¹⁷. A ben considerare, il tratto comune di tutte queste pronunce risiede nella loro premessa logica (peraltro, di dubbia compatibilità costituzionale con riguardo agli artt. 36 e 41 Cost.), vale a dire l'implicita equiparazione del costo del lavoro (che include le retribuzioni) ad ogni altro costo sostenuto dall'impresa per la conduzione della propria attività economica (pagamento dei fornitori, costo dell'energia, ecc.).

A tale orientamento, invero, se ne contrappone un secondo, che nega la possibilità di poter parametrare la retribuzione sulla capacità della singola impresa di sostenerne il peso. L'argomento fatto proprio da questo secondo filone interpretativo è quello per cui si presume che le clausole collettive sarebbero state fissate dalle parti sociali anche in considerazione delle esigenze di piccole imprese e delle specificità territoriali¹⁸.

Per definire verso quale soluzione si orienterà la giurisprudenza maggioritaria, un utile spunto si può ricavare dalla sentenza n. 25201 del 2016, con cui la Suprema Corte ha innovato la nozione di giustificato motivo oggettivo¹⁹. In estrema sintesi, discostandosi dall'orientamento in precedenza prevalente²⁰, la Corte ritiene legittimo il licenziamento per g.m.o. non solo quando è finalizzato a fronteggiare una fase economica avversa (riducendo i costi), ma anche quando mira a "migliorare la redditività dell'impresa", in quanto "in termini microeco-

¹⁴ Cass. civ. 14 dicembre 2005, n. 27592 e Cass. 18 marzo 2004, n. 5519 sull'onere del datore di dar prova della situazione di crisi, anche territoriale, non potendosi questa assumere come "fatto notorio".

¹⁵ Cass. 17 gennaio 2011, n. 896; Cass. 1 febbraio 2006, n. 2245; Cass. 26 luglio 2001, n. 10260; Cass. 26 marzo 1998, n. 3218; *contra* Cass. 15 novembre 2001, n. 14211; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903.

¹⁶ Cass. 15 novembre 2001, n. 14211; Cass. 28 agosto 2004, n. 17250; Cass. 9 agosto 1996, n. 7383; *contra* Cass. 15 ottobre 2010, n. 21274.

¹⁷ Cass. 9 agosto 1996, n. 7383.

¹⁸ Cass. 17 gennaio 2011, n. 896; Cass. 17 marzo 2000, n. 3184.

¹⁹ Confermata da Cass. 22 novembre 2018, n. 30259

²⁰ *Ex multis* Cass. n. 2874 del 2012.

nomici, nel lungo periodo e in un regime di concorrenza, l'impresa che ha il maggior costo unitario di produzione è destinata ad essere espulsa dal mercato²¹. Si riconosce, dunque, che tra gli obiettivi principali del datore vi è quello di incrementare la redditività dell'impresa, e per fare ciò, egli è legittimato anche a recedere dal contratto perché nelle more divenuto troppo oneroso sul “costo unitario di produzione”.

Ai nostri fini, questa considerazione rileva, innanzitutto, perché conferma la tendenza ad equiparare la retribuzione (che il datore risparmia a seguito del licenziamento) ad ogni altra voce che incide sul costo di produzione finale (al pari, dunque, del costo dell'energia elettrica o di logistica). Conseguentemente, se nell'intento di offrire protezione alle prerogative imprenditoriali la Cassazione ha ritenuto legittimo il licenziamento finalizzato all'esclusivo incremento del profitto (mediante risparmio sulla retribuzione), *a fortiori* potrebbe sostenersi la legittimità del discostamento dalle tariffe del CCNL, quando da ciò consegua l'incremento del profitto. Il semplice discostamento *in peius*, peraltro, risulta meno afflittivo della soppressione integrale del posto di lavoro, ed il risparmio conseguito – al pari di quello ricavato con il licenziamento – potrebbe essere reinvestito nell'impresa, consolidando la stabilità dell'occupazione (circostanza ritenuta meritevole di tutela proprio dalla pronuncia summenzionata).

È chiaro che rimarrebbe comunque fermo il limite del c.d. “minimo costituzionale”, che, però, si risolve nella prassi in una tutela più programmatica che sostanziale, giacché le voci retributive che lo compongono (paga base, contingenza, tredicesima) non consentono da sole di condurre un'esistenza libera e dignitosa.

2.1.2. Art. 36 e 81 - 97 Cost.: giusta retribuzione e vincoli di bilancio

La cedevolezza dell'art. 36 Cost. si apprezza anche nel bilanciamento con gli artt. 81, co. 1 e 97, co. 1 Cost., laddove impongono precisi vincoli alla spesa pubblica. La più recente occasione di confronto è coincisa con la crisi economica del 2008 e con le gravi conseguenze che ne sono derivate per la tenuta dei conti pubblici di numerosi Stati. In ambito UE diversi Paesi membri hanno dovuto – più o meno spontaneamente²² – adottare programmi di risanamento economico, che hanno inciso anche sulle retribuzioni dei dipendenti pubblici. Questi si sono risolti, in alcuni casi, in un'effettiva decurtazione delle retribuzioni (Irlanda e

²¹ Conforme Cass. n. 13516 del 2016; Cass. n. 15082 del 2016.

²² Il riferimento è ai c.d. *Memorandum di intesa* sottoscritti con BCE, FMI e Commissione, su cui per i profili lavoristici v. C. BARNARD, *The financial crisis and the Euro Plus Pact: A labour lawyer's perspective*, in *Industrial Law Journal*, 2012, pp. 98 ss.

Grecia²³); in altri, nel solo blocco degli adeguamenti o dell'erogazione degli elementi accessori (Portogallo²⁴).

In Italia, invece, pur essendo state prospettate soluzioni radicali come la decurtazione diretta degli stipendi²⁵ (scarsamente praticabile in forza della competenza della contrattazione collettiva)²⁶, si è optato per il blocco degli incrementi retributivi e per la sospensione della contrattazione collettiva per il periodo dal 2010-2014 (al netto delle proroghe)²⁷.

In più occasioni la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di tali misure, senza però valorizzare i profili di confronto-contrasto con l'art. 36 Cost.

Nella sentenza 11 ottobre 2013, n. 223, ad esempio, la Consulta dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 9, co. 22, D.l. n. 78 del 2010, che bloccava senza possibilità di recupero l'erogazione dell'adeguamento automatico della retribuzione per i magistrati per gli anni 2011-2013 e fissava l'adeguamento per gli anni 2014-2015 al valore del 2010. L'illegittimità derivava dalla violazione degli articoli 104 e 3 Cost. Dal primo perché "l'indipendenza degli organi giurisdizionali si realizza anche mediante l'apprestamento di garanzie circa lo status dei componenti nelle sue varie articolazioni, concernenti (...) anche il trattamento economico"²⁸. Dal secondo perché la specifica misura operava a danno "di una sola categoria di pubblici dipendenti".

Nella sentenza 23 luglio 2015, n. 178 la Consulta era chiamata a valutare la legittimità sempre dell'art. 9 D.l. n. 78 del 2010, ma questa volta rispetto ai lavoratori del pubblico impiego contrattualizzato. La norma, "in considerazione della eccezionalità della situazione economica internazionale e tenuto conto delle esigenze prioritarie di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea", introduceva sostanzialmente due misure. Da un

²³ M. YANNAKOUROU, C. TSIMPOUKIS, *Flexibility without security and deconstruction of collective bargaining: the new paradigm of Labor Law in Greece*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 2014, pp. 337-343.

²⁴ Il Governo portoghese ha bloccato il pagamento della tredicesima e quattordicesima mensilità con norme che, però, sono state dichiarate incostituzionali (sent. 5 luglio 2012) perché discriminatorie rispetto ai lavoratori del settore privato, non interessati dal blocco.

²⁵ Si tratta della raccomandazione informale (ed all'epoca segreta) del 5 agosto 2011 inviata dai Presidenti di BCE e Banca d'Italia al Governo italiano, con cui, dopo aver rilevato come fosse "pressante un'azione da parte delle autorità italiane per ristabilire la fiducia degli investitori", si consigliava di "valutare una riduzione significativa dei costi del pubblico impiego, rafforzando le regole per il turnover e, se necessario, riducendo gli stipendi" (pt. 2).

²⁶ A. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova, 2008.

²⁷ Per una rassegna analitica delle disposizioni normative v. G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, cit., pp. 77-80; v. anche A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in *Lav. nelle P.A.*, 2010, pp. 287 ss.

²⁸ In conformità con alcuni precedenti come Coste Cost. 8 maggio 1990, n. 238.

lato, il blocco del trattamento economico per gli anni dal 2011 al 2013, che non poteva superare quello previsto per il 2010 (co. 1). Dall'altro, il blocco della contrattazione nel pubblico impiego contrattualizzato per il 2010-2012 (comma 17), che con proroghe si è poi estesa sino al 2015. La Corte concludeva per l'illegittimità della disposizione non tanto per la violazione dell'art. 36, quanto dell'art. 39 Cost., ossia del principio di libertà sindacale. Il blocco delle retribuzioni e quello della contrattazione, benché connessi, non sono totalmente sovrapponibili, ed atteso che *medio tempore* era venuto meno il blocco dell'adeguamento delle retribuzioni (l. n. 190/2014), alla Corte non rimaneva che pronunciarsi sulla legittimità del blocco della contrattazione.

Nonostante non abbia considerato l'art. 36 Cost. (se non per escluderne la violazione), è possibile ricavare come in diversi passaggi delle proprie argomentazioni la Consulta ne abbia ugualmente confermato la cedevolezza rispetto ai vincoli di bilancio. In premessa si afferma che il blocco dell'adeguamento non lede il requisito di sufficienza ma quello di proporzionalità²⁹. A parere della Corte, quindi, le misure di blocco non incidono la soglia minima intangibile assicurata dal requisito di sufficienza, ma frustrano la porzione “ulteriore”, che nel pubblico impiego è funzionale alla valorizzazione della *performance* ed il buon andamento.

Considerando il requisito della sufficienza, la Corte sostiene che la conformità della retribuzione deve essere apprezzata “alla luce del canone della onnicomprensività” (e fin qui nulla di nuovo), ma soprattutto “non limitatamente a periodi brevi”; quanto piuttosto “in un arco temporale di una qualche significativa ampiezza”. Su come debba valutarsi la “significativa ampiezza” non viene fornita alcuna precisazione, dovendosi propendere per un approccio casistico. Tale approccio casistico ha portato a ritenere proporzionato, nel caso concreto esaminato dal Giudice delle leggi, un blocco quinquennale. Da ciò deriva che, se in futuro lo stato dei conti pubblici dovesse ulteriormente aggravarsi – e di conseguenza l'interesse generale alla stabilità finanziaria dovesse rafforzarsi – vi sarebbe certamente margine per estendere il blocco degli adeguamenti anche oltre cinque anni. Tanto più che secondo la Corte la sproporzione del blocco deve valutarsi anche alla luce della “pregressa dinamica delle retribuzioni nel lavoro pubblico” contraddistinta da “valori più elevati di quelli riscontrati in altri settori”. Inciso discutibile, posto che valutare la congruità delle retribuzioni del settore pubblico assumendo come parametro quelle del settore privato steriliz-

²⁹ Secondo la Corte, infatti, “in linea di principio, l'emergenza economica, pur potendo giustificare la stasi della contrattazione collettiva, non può avvalorare un irragionevole protrarsi del ‘blocco’ delle retribuzioni. Si finirebbe, in tal modo, per oscurare il criterio di proporzionalità della retribuzione, riferito alla quantità e alla qualità del lavoro svolto” (pt. 14.1).

zerebbe definitivamente quella funzione promozionale che le prime dovrebbero svolgere sul livello delle seconde³⁰.

Anche in questo caso rimarrebbe inviolabile il limite della retribuzione sufficiente, che la Corte non ritiene inciso dalle misure di blocco. Occorrerebbe, però, riflettere sulla reale fondatezza di una simile considerazione, specie avendo riguardo all'aumentato costo della vita ed al crescente numero di esigenze che oggi – più che in passato – devono essere soddisfatte per garantire al cittadino un'esistenza libera e dignitosa (per tutti si consideri l'accesso alla rete internet).

2.1.3. (segue) Violazione dell'art. 36 Cost. e profili di responsabilità aquiliana dell'Unione Europea: ipotesi possibile?

Rispetto al contesto appena descritto, qualche timida apertura sembra giungere dalla giurisprudenza comunitaria. Tradizionalmente la Corte di Giustizia Europea – così come la Corte EDU³¹ – esclude la propria competenza a sindacare le misure di *austerity* per violazione dei diritti sanciti nella Carta di Nizza. Nei casi in cui si è pronunciata la Corte ha, infatti, escluso vi fossero elementi sufficienti per ritenere che le misure di contenimento della spesa (ivi compreso il taglio/blocco delle retribuzioni nella P.A.) siano una diretta applicazione del diritto europeo, esulando, pertanto, dal campo di applicazione della Carta di Nizza ai sensi dell'art. 51³². Ad esempio, la CGE ha chiarito nella sentenza *Pringle*³³ che in caso di accordi MES³⁴ “gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, par. 1, della Carta” giacché “per l'istituzione del [MES] i Trattati UE e TFUE non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione”³⁵. Parimenti, la CGE si dichiara incompetente anche nei casi in cui le misure di *austerity* vengono adottate *motu proprio* dai singoli Stati, seppur in attuazione di specifiche proposte o “suggerimenti” di organismi dell'UE: in quest'ultimo

³⁰ A. ALFONSO, P. GOMES, *Interactions between private and public sector wages*, European Central Bank Working Paper Series no. 971/2008, accessibile su www.ecb.europa.eu.

³¹ CEDU 8 gennaio 2013, *Da Conceicaoõ Mateus c. Portogallo*; CEDU 7 maggio 2013, *Koufaki e Adedy c. Grecia*; CEDU 6 dicembre 2011, *Mihaies e Sentes c. Romania*.

³² CGE (ord.) 7 marzo 2013, C-128/2012, *Sindicato dos Bancarios do Norte*.

³³ CGE, 27 novembre 2012, C-370/12, *Thomas Pringle c. Irlanda*.

³⁴ Trattasi del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), ossia di una organizzazione istituita nel 2012, sulla base di un Trattato intergovernativo tra i Paesi membri dell'Unione per fornire assistenza finanziaria ai medesimi Paesi dell'eurozona laddove tale intervento risultasse indispensabile per salvaguardarne la stabilità finanziaria dell'area valutaria. Tale meccanismo ha dapprima affiancato e poi sostituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) ed il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF).

³⁵ CGE, *Thomas Pringle c. Irlanda*, pt. 180.

caso, infatti, occorrerebbe dimostrare che tali misure siano state adottate in luogo di altre, proprio e solo in base alle indicazioni di tali organismi³⁶.

Come detto, però, qualche profilo di novità (e discontinuità) rispetto al descritto orientamento sembra giungere dalla sentenza *Ledra Advertising Ltd. e altri, c. Commissione e Bce*³⁷, con cui la CGE si pronuncia sul caso di alcuni cittadini ciprioti che chiedevano la condanna di Commissione e BCE al pagamento dei danni patiti a seguito della riduzione del valore dei loro depositi conseguita all'accordo tra Governo di Cipro e Commissione (con l'assistenza della BCE) per l'accesso al MES. A dire dei ricorrenti, tale accordo avrebbe violato il loro diritto di proprietà tutelato dall'art. 17 Carta di Nizza.

In premessa, ed in linea con i propri precedenti, la CGE riconosce che Commissione e BCE nell'ambito del Trattato MES non godono di alcun potere decisionale proprio, poiché agiscono su incarico dell'Eurogruppo³⁸, e che gli atti del MES devono considerarsi “estranei all'ordinamento giuridico dell'Unione”³⁹. Ciononostante, discostandosi da quanto stabilito in *Pringle*, la CGE rileva che tale carenza di potere decisionale non esclude “che si possano contestare alla Commissione e alla BCE comportamenti illegittimi connessi, eventualmente, all'adozione di un protocollo d'intesa in nome del MES, nel contesto di un ricorso per risarcimento danni ai sensi dell'articolo 268 e dell'articolo 340, secondo e terzo comma, TFUE”⁴⁰. La responsabilità specialmente della Commissione, che materialmente sottoscrive l'accordo MES e che opera come “custode dei Trattati”⁴¹, discende dal fatto che il Trattato MES, all'art. 13, par. 3 e 4, impone alla Commissione di “monitorare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa conclusi dal MES”⁴². Conseguentemente, la Commissione “dovrebbe astenersi dal firmare un protocollo d'intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione nutra dubbi”⁴³. Chiarito tale obbligo, la Corte precisa che “la Carta si applica alle istituzioni dell'Unione, compreso quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione” (ivi compreso nell'ambito del MES)⁴⁴.

³⁶ CGE (ord.) 26 giugno 2014, C-264/2012, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros c. Fidelidade Mundial*.

³⁷ CGE 20 settembre 2016, n. 8, *Ledra Advertising Ltd. e altri, c. Commissione e Bce*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, pp. 220 ss., con nota di G. BRONZINI, *Corte di giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerità?*

³⁸ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 53.

³⁹ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 54.

⁴⁰ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 55.

⁴¹ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 59.

⁴² CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 58.

⁴³ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 59.

⁴⁴ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 67.

Ciò posto, si tratta di chiarire se tali principi possano trovare applicazione anche nel caso in cui l'attività delle Istituzioni UE violi diritti diversi dal diritto di proprietà (di cui al caso in *Ledra Advertising Ltd.*), come il diritto alla giusta retribuzione, mediante, ad esempio, l'imposizione di interventi di moderazione salariale.

In primo luogo, occorrerebbe individuare nel sistema della Carta di Nizza il fondamento del diritto alla giusta retribuzione. Successivamente, occorrerebbe individuare il nesso di causa tra la lesione del diritto e le misure di contenimento della retribuzione adottate dal singolo Stato nazionale in attuazione diretta di Trattati o raccomandazioni comunitarie.

Benché suggestiva in termini di tutela potenzialmente offerta ai cittadini dell'UE, tale prospettazione presenta, però, non poche criticità, *in primis* rispetto alla giurisdizione. Secondo l'Avvocato Generale nella causa *Ledra Advertising*⁴⁵, l'azione di risarcimento dovrebbe essere esperita avanti i giudici nazionali e nei confronti degli Stati membri (non quindi contro gli organismi UE), poiché sono i primi che – nel pieno della propria discrezionalità – adottano le misure che violano un diritto riconosciuto dalla legislazione comunitaria (in questo caso dalla Carta di Nizza). Pur ammettendo che sia effettivamente percorribile la via della giurisdizione nazionale, il dipendente (verosimilmente pubblico) che lamenta la violazione del proprio diritto alla giusta retribuzione dovrebbe provare due circostanze: (I) che l'art. 31 Carta di Nizza tuteli anche il diritto alla giusta retribuzione; (II) che il danno patito sia "ingiusto". Ora, mentre il fondamento normativo del diritto alla giusta retribuzione nel sistema della Carta di Nizza potrebbe individuarsi – come sostenuto da alcuni⁴⁶ – nell'art. 31, ove parla di "condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose", più problematica è la dimostrazione dell'ingiustizia del danno. Se, infatti, una misura di blocco/riduzione è certamente *contra ius* (lesiva di un interesse tutelato dall'ordinamento), più arduo risulta provarne il carattere *non iure* (ovvero l'assenza di legittime cause giustificative). Questo perché, come detto, l'interesse alla stabilità finanziaria ha assunto e vede progressivamente accrescere la propria rilevanza⁴⁷.

Contrariamente all'Avvocato Generale, la CGE in *Ledra Advertising* sembra accedere alla diversa conclusione per cui in tali casi si dovrebbe ricorrere avanti ad essa *ex art.* 268 TFUE, facendo valere la responsabilità extracontrattuale

⁴⁵ Conclusioni dell'avvocato generale N. WAHL nel procedimento *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, presentate il 21 aprile 2016 pt. 104.

⁴⁶ T. BLANKE, *Fair and just working conditions (article 31)*, in B. BERCUSSON (ed.), *European Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Bruxelles, 2002, p. 357; S. Bellomo, *Sub art. 36 Cost.*, in V. AMOROSO, P. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro, I*, Milano, 2009, p. 125.

⁴⁷ Art. 126 TFUE, e più in generale G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova Costituzione finanziaria dello Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2015, pp. 531 ss

dell’Unione *ex art. 340 TFUE*. In questa sede, però, la prova della responsabilità extracontrattuale degli organismi UE risulterebbe di difficile raggiungimento non tanto rispetto all’esistenza di un danno, quanto all’illiceità del comportamento ed all’esistenza di un nesso di causa tra fatto lesivo ed evento dannoso⁴⁸.

Rispetto all’illiceità del comportamento, se questo si esplica nell’esercizio di poteri con ampia discrezionalità (come nel caso della determinazione delle politiche economiche), è necessario che sussistano due ulteriori requisiti: la norma violata deve conferire diritti ai singoli; la violazione deve essere grave e manifesta⁴⁹. Nel sistema della Carta la “gravità” deve essere apprezzata considerando l’art. 52, nella parte in cui ammette “limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà”, a condizione che siano previste per legge e che rispettino “il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”, prevedendo al co. 2 che: “nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Per quello che qui interessa, misure di blocco temporaneo degli adeguamenti o decurtazione di una minima percentuale della retribuzione difficilmente si tradurrebbero in una lesione così grave da incidere sul “contenuto essenziale del diritto”, superando la soglia di derogabilità ammessa dalla Carta.

Rispetto alla prova del nesso di causa, nel caso di accordi MES il grado di discrezionalità nell’applicazione delle misure si potrebbe accertare con maggiore oggettività, mentre le maggiori difficoltà si rinverrebbero nel caso in cui la misura sia adottata da Parlamento o Esecutivo a seguito di mere “raccomandazioni” delle istituzioni UE (proprio come accaduto per l’Italia).

Per tutte queste ragioni, dunque, la via per sostenere la responsabilità aquiliana delle Istituzioni UE nell’ipotesi di violazione del diritto alla giusta retribuzione non pare (per ora) utilmente percorribile.

2.2. Secondo fattore endogeno: l’indebolimento del contratto di categoria come parametro.

Un secondo fattore di crisi si rintraccia nel ridimensionamento del ruolo di “autorità salariale” del CCNL, con l’effetto di minare anche il secondo referente normativo sul quale poggia il meccanismo di supplenza pretoria, ossia l’art. 2099, co. 2, cod. civ., che individua proprio nel parere delle oo.ss., trasposto nel CCNL, il parametro di definizione della retribuzione conforme all’art. 36 Cost.

⁴⁸ Elementi che devono tutti e tre sussistere, v. CGE 14 ottobre 1999, C-104/1997, *Atlanta c. Comunità europea*, pt. 65.

⁴⁹ L. DANIELE, *Diritto dell’Unione Europea*, IV ed., Milano, 2010, pp. 325.

Le ragioni dell'indebolimento possono ricondursi quantomeno a tre tendenze che connotano il sistema di relazioni industriali: (I) la proliferazione dei CCNL, (II) la spinta al decentramento contrattuale e (III) il crescente ruolo dell'autonomia individuale in materia retributiva.

Quanto alla prima, è sufficiente considerare che, se all'inizio del 2008 si contavano 398 CCNL (ivi comprendendo quelli in vigore e quelli in fase di rinnovo), a marzo 2018 si è arrivati a 864. Alla proliferazione dei CCNL è corrisposta anche la moltiplicazione delle sigle sindacali diverse da quelle "maggiori", tanto che di tutti questi accordi solo una minima parte (circa il 33%) è sottoscritta da Cgil, Cisl, Uil. Nel settore del commercio, ad esempio, vi sono 192 contratti vigenti, di cui solo 23 sono firmati dalle tre confederazioni maggiori⁵⁰. L'obiettivo sotteso alla costituzione di nuove sigle sindacali (anche datoriali), ed alla conclusione di propri CCNL è duplice: ridurre il costo del lavoro (incidendo sulle retribuzioni e sugli altri istituti connessi)⁵¹ e ritagliarsi un proprio spazio nel panorama delle relazioni industriali, accedendo, peraltro, ai fondi per la formazione, per la costituzione di enti bilaterali o per la gestione di centri di assistenza fiscale.

La conclusione di contratti "al ribasso" non incide solo sulle condizioni dei prestatori ai quali vengono applicati, ma hanno anche un impatto peggiorativo sistemico, laddove spinge i sindacati tradizionali ad evitare la "fuga" dal proprio accordo (o a incentivare nuove adesioni) attraverso altrettanti adeguamenti al ribasso, o, peggio, mediante misure di "concorrenza" contrattuale⁵². Ai fini che ci interessano, bisogna rilevare che dalla proliferazione dei contratti collettivi discende anche il moltiplicarsi dei parametri di retribuzione (presuntivamente) conforme all'art. 36 Cost., dei quali non sempre si ammette la sindacabilità nel merito⁵³, con la conseguenza che il giudice dovrà considerare un parametro nettamente inferiore rispetto a quello rappresentato dai contratti maggiori.

Rispetto al decentramento contrattuale, è noto che la globalizzazione e la liberalizzazione dei mercati hanno diminuito sensibilmente l'interesse delle imprese a dotarsi di regole comuni in funzione anticoncorrenziale: queste, infatti,

⁵⁰ F. D'AMURI, R. NIZZI, *I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia*, Banca D'Italia Occasional Papers n. 416/2017.

⁵¹ F. D'AMURI, R. NIZZI, *I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia*, cit., p. 6, rilevano che alcuni contratti "minori" presentano livelli retributivi complessivi inferiori anche del 20% rispetto a quelli previsti dal corrispondente CCNL "tradizionale".

⁵² Si veda il CCNL commercio Confsal 2017, art. 141 *bis* che prevede la possibilità per le imprese che "applicano per la prima volta il presente contratto" (segnatamente "sia le nuove aziende costituite dopo la sottoscrizione del rinnovo, sia le imprese già operative, purché trasmigranti da altro CCNL avente retribuzioni inferiori o identiche") di applicare la c.d. "retribuzione di prima applicazione", più bassa di quella prevista nei minimi tabellari.

⁵³ M. PERSIANI, F. LUNARDON, *Fondamenti di diritto sindacale*, Torino, 2017, p. 120; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino, 2017, p. 87; in senso difforme a favore della sindacabilità delle pattuizioni collettive, Cass. 4 agosto 2014, n. 17583; Trib. Torino, 14 ottobre 2010.

non offrono alcuna tutela rispetto ai *competitors* dei Paesi emergenti, ed anzi operano come limite alla capacità competitiva. Parimenti, l’innovazione tecnologica ha supportato l’avvento di nuovi sistemi produttivi, che richiedono misure organizzative plasmate sulla singola realtà imprenditoriale. Nel tentativo di rispondere ad entrambi questi fenomeni le parti collettive – sostenute dal legislatore⁵⁴ – hanno riconosciuto un crescente protagonismo alla contrattazione decentrata, anche in materia retributiva⁵⁵. Ciò rileva ai nostri fini perché, così facendo, si è inciso sulla struttura della retribuzione, che viene spesso arricchita di elementi accessori da un contratto decentrato. Tale operazione, però, drena le risorse economiche che il datore avrebbe destinato all’incremento di voci retributive riconosciute a tutti i lavoratori (come quelle del c.d. minimo costituzionale), con il risultato di aumentare la soggettivizzazione dei trattamenti retributivi.

L’ultima tendenza considerata è il progressivo rafforzamento dell’autonomia individuale e della negoziazione bilaterale datore-lavoratore anche in materia retributiva. L’evoluzione tecnologica ed il suo impatto sulle nuove competenze richieste ai prestatori sembrano aver intaccato il tradizionale paradigma di regolazione collettiva del lavoro, teso a garantire “l’eguagliamento” tra tutti lavoratori⁵⁶, in favore di un sistema maggiormente attento a premiare la professionalità individuale.

Certamente, non si tratta di un fenomeno nuovo, poiché già interessa una minoranza di prestatori che per il loro livello di professionalità sono capaci di offrire un contributo peculiare e scarsamente fungibile all’organizzazione produttiva. La diffusione di sistemi di produzione complessi (non solo nel settore *high-tech* ma anche in quelli tradizionali, come l’agricoltura) sembra, però, destinata ad estendere questa platea di prestatori, tanto da creare una polarizzazione del mercato del lavoro tra *high skilled* e *unskilled workers*⁵⁷. Ai nostri fini, ciò rileva perché per il crescente numero di *high skilled workers* il negoziato individuale si presenta di gran lunga più conveniente rispetto alla negoziazione collettiva, connotata – come detto – da una tendenza livellatrice delle retribuzioni. Specularmente, ciò induce il datore a concentrare le risorse economiche destinate agli incrementi retributivi nei negoziati individuali, così da ottenere

⁵⁴ Che tradizionalmente considera il decentramento, specie aziendale, uno strumento indispensabile nel contrastare l’endemica bassa produttività del lavoro in Italia. In tal senso si veda già l’art. 19 St. lav., l’art. 8 l. n. 148 del 2011 e l’art. 51 del D.lgs. n. 81 del 2015.

⁵⁵ Si rinvia per tutti a D. MEZZACAPO, *La contrattazione collettiva*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale (Privato e pubblico)*, Torino, 2017, pp. 2045 ss.

⁵⁶ P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell’uguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, pp. 7 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce a questo fenomeno come “*skill biased technology change*”, v. G. L. VIOLANTE, *Skill-Biased Technical Change*, in S. DURLAUF, L. BLUME (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 520 ss.: “*skill-biased technical change is a shift in the production technology that favors skilled over unskilled labor by increasing its relative productivity and, therefore, its relative demand*”.

un duplice risultato: per un verso, assicurarsi le prestazioni di lavoratori altamente qualificati e capaci di conferire un *surplus* competitivo; dall'altro, limitare le risorse economiche destinate ai trattamenti migliorativi generalizzati (di cui beneficerebbero anche i prestatori con mansioni fungibili o marginali).

2.3. Limite esogeno: la riduzione delle tutele contro il licenziamento illegittimo e la leva fiscale a favore della conciliazione stragiudiziale.

Da ultimo si considera un fattore che opera esternamente al congegno degli artt. 36 Cost. e 2099 cod. civ., ed inerisce alle disposizioni del d.lgs. 23/2015 in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo e di favore alla conciliazione stragiudiziale delle controversie. In particolare, si dirà di come il loro combinato disposto rischi di sterilizzare preventivamente il sindacato giudiziale in materia retributiva, che ha rappresentato il vero pilastro del sistema di supplenza pretoria sin qui descritto. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'accertamento giudiziale sulla conformità della retribuzione viene attivato dal prestatore quando il rapporto di lavoro cessa a causa di licenziamento, con l'ovvia conseguenza che, se si rende più attrattivo conciliare stragiudizialmente, si impedisce *ex ante* al giudice di operare il proprio scrutinio. Ed infatti con il d.lgs. 23/2015 il legislatore, per un verso, riduce ai minimi termini la tutela reale reintegratoria, generalizzando quella indennitaria vincolata a soglie minime e massime predeterminate (d.lgs. 23/2015, artt. 2-4), e, per altro verso, riconosce un integrale sconto fiscale (e contributivo) sulla somma che il lavoratore accetta a conferma dell'estinzione del rapporto e a rinuncia dell'impugnazione (d.lgs. 23/2015, art. 6)⁵⁸.

Tali disposizioni sono state parzialmente modificate sia dal legislatore del c.d. "decreto dignità", sia dalla Consulta, senza, però, che da tali alterazioni sia derivata una significativa inversione di tendenza.

Da un lato, a dispetto dei proclami, il D.l. n. 87 del 2018 (conv. l. 96/2018), art. 3 si è limitato ad incrementare la soglia minima e massima per il calcolo delle indennità dovute al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, e non ha modificato l'approccio di assoluto favore per le conciliazioni stragiudiziali di cui all'art. 6⁵⁹.

⁵⁸ Il datore di lavoro "al fine di evitare il giudizio" può offrire al lavoratore entro termini di impugnazione stragiudiziale ed in una delle sedi protette, una somma di denaro predeterminata non inferiore a 3 e non superiore a 27 mensilità (per le piccole imprese l'importo "è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità" *ex art. 9, co 1*). L'eventuale accettazione dell'offerta del datore comporta "l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta"; v. M. FALSONE, *La conciliazione ex art.6 D.lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 274/2015.

⁵⁹ Benché modifichi l'art. 6, comma 1, d.lgs. 23/2015, sostituendo incrementando anche in questo

Dall'altro, la Consulta con sentenza 8 novembre 2018, n. 194⁶⁰ ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3, co. 1 del D.lgs. n. 23 del 2015 – sia nel testo originario che in quello novellato dall'art. 3, co. 1, del D.l. n. 87/2018 – laddove determinava “in modo rigido l'indennità spettante al lavoratore ingiustificatamente licenziato”, utilizzando il solo criterio dell'anzianità di servizio e non anche altri indici come quelli che erano indicati nella legge n. 92 del 2012. Ai fini che qui interessano, il principale effetto della pronuncia è quello di espandere nuovamente la discrezionalità del giudice, (re)introducendo profili di aleatorietà e disparità nelle tutele apprestate ai lavoratori illegittimamente licenziati.

Proprio per questo motivo la sentenza della Consulta sembra dare vita ad una vera e propria eterogenesi dei fini, poiché accentuando ulteriormente l'aleatorietà sulla quantificazione dell'indennità (che da un criterio fisso passa a criteri non individuati oggettivamente, e dunque non certi), incrementa l'attrattività della soluzione stragiudiziale. Tanto più che, rimanendo il contratto a tutele crescenti quello *standard* per le nuove assunzioni anche dopo il decreto dignità, la convenienza di tale soluzione aumenterà ancor di più, a mano a mano che il contratto a tutele crescenti entrerà a pieno regime. Si consentirà, infatti, al lavoratore di beneficiare di somme erogate a titolo conciliativo ancora maggiori di quanto non accade oggi, ossia sino a 18 mensilità o 6 per le piccole imprese, esenti da tassazione.

3. Quali possibili soluzioni?

A fronte di una tale situazione, più volte la dottrina ha invocato l'intervento del legislatore. Le sollecitazioni che sin dagli anni '60 sono state rivolte al Parlamento per adottare una legislazione sul salario minimo non ne hanno scalfito, però, il tradizionale (ed ormai inerziale) astensionismo.

Di recente, tuttavia, posto la “questione salariale” ed il tema dei meccanismi di garanzia della giusta retribuzione sono tornati nuovamente al centro del dibattito politico e sindacale⁶¹, soprattutto in considerazione della grave stagnazione delle retribuzioni, dell'aumento delle disuguaglianze e della comparsa di gravi fenomeni come quello della *in work poverty*⁶². Sono evidenza di questa

caso le soglie (le parole “non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità” sono sostituite dalle seguenti: “non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità”).

⁶⁰ Su cui A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, pp. 624 ss.

⁶¹ G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. Dir.*, 2011, p. 654.

⁶² Su cui per alcuni dati statistici v. CNEL, *Working poor: un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi*, del 1 luglio 2014, p. 20; EUROFOUND, *In-work poverty in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.

rinnovata attenzione sia la legge 183/2014 (di delega al Governo per l'introduzione di un salario minimo legale), sia l'Accordo interconfederale del 9 marzo 2018 (che definisce specifici parametri strumentali alla fissazione di un salario minimo legale).

Ci si propone, allora, di considerare le diverse soluzioni prospettate, dando conto dei limiti e dei punti di forza di ciascuna di esse, procedendo, infine, ad indicare quello che sembra essere il meccanismo di tutela più effettivo del diritto *ex art. 36 Cost.* Le ipotesi considerate si possono ricondurre a due categorie: *a)* il rafforzamento della contrattazione collettiva, o attraverso *a.1)* un rinvio della legge alle soglie retributive individuate dal contratto stipulato da sindacato con rappresentatività "qualificata", o mediante *a.2)* l'attuazione della II parte dell'art. 39 Cost.; oppure *b)* l'introduzione di un salario minimo legale, potendosi anche in questo caso distinguere tra *b.1)* salario minimo legale "residuale" (ossia operante solo nei confronti di lavoratori non coperti dalla contrattazione collettiva) e *b.2)* salario minimo legale "generalizzato". Dal novero delle possibili soluzioni si è ritenuto di escludere, invece, i meccanismi basati su procedure di determinazione della retribuzione minima da parte di organismi amministrativi che non prevedono il coinvolgimento delle parti sociali (es. la *Fair Work Commission of Experts* australiana). Pur astrattamente compatibili con il precetto costituzionale, simili soluzioni risulterebbero comunque incoerenti con l'evoluzione storica del nostro sistema di relazioni industriali e con il ruolo tradizionalmente riconosciuto all'autonomia collettiva ed alle organizzazioni sindacali⁶³.

3.1. La via negoziale "rafforzata"

Una prima soluzione consiste nel riconoscere *ope legis* (e non più solo *ope iudicis*) la retribuzione fissata dai CCNL di oo.ss. comparativamente più rappresentative come parametro-soglia inderogabile. Ciò potrebbe avvenire ipotizzando una norma del seguente tenore: "è riconosciuto a tutti i prestatori di lavoro subordinato il diritto di ricevere un trattamento economico non inferiore a quello stabilito per prestazioni analoghe dai contratti collettivi di categoria sottoscritti dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Di fatto, ciò si risolve nell'introduzione di un salario minimo *ex lege*, che, però, rinvia la determinazione del *quantum* alla contrattazione collettiva assistita da rappresentatività "qualificata". Si tratterebbe, dunque, di un rinvio "mobile", poiché soggetto alle stesse variazioni (in aumento o diminuzione) della contrattazione collettiva. Al contrario del CCNL di diritto comune, però, la di-

⁶³ Su cui da ultima Corte Cost. 23 luglio 2015, n. 178.

sposizione beneficerebbe di un ambito di applicazione generalizzato, operando per tutti i prestatori di lavoro appartenenti alla categoria, ivi compresi quelli già coperti da un contratto collettivo diverso da quello al quale la legge rinvia.

Questo meccanismo, peraltro, non è del tutto inedito nel nostro ordinamento, benché sia limitato a specifici ambiti: gli appalti pubblici⁶⁴, il “minimale contributivo”⁶⁵, il lavoro in cooperativa⁶⁶ e la quantificazione di specifici elementi della retribuzione⁶⁷.

Occorre allora chiedersi se tale meccanismo sia estensibile alla generalità dei lavoratori (coperti e non da altri contratti collettivi). La risposta pare essere certamente favorevole.

Una prima ragione che depone in questo senso è la conformità di una simile disposizione ai principi di cui agli artt. 36 e 39 Cost.

Quanto al primo, può certamente riconoscersi che la soglia retributiva definita da oo.ss. con rappresentanza qualificata sia assistita da una presunzione di formale (ed in questo caso anche sostanziale) conformità al dettame costituzionale, come, peraltro, riconosciuto dalla stessa Consulta⁶⁸.

Quanto al secondo occorre capire se tale simile meccanismo – che di fatto estende soggettivamente l’efficacia della pattuizione retributiva di un contratto

⁶⁴ Dapprima con l’art. 36 St. lav., su cui *ex multis* E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 133-155; e successivamente con il d.lgs. n. 163 del 2006, art. 118, co. 6 (abrogato) e il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 30, co. 3 e 4 che passano dall’imporre un limite ‘negativo’ come quello dell’art. 36 St. lav. (che vieta trattamenti deteriori rispetto a quelli fissati dalla contrattazione collettiva genericamente intesa) ad uno ‘positivo’, in forza del quale all’appaltatore viene imposto di garantire ai lavoratori impiegati negli appalti un trattamento economico non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

⁶⁵ Per la definizione della retribuzione imponibile minima su cui calcolare i contributi previdenziali, il combinato disposto dell’art. 1 co. 1, del D.l. n. 338 del 1989 e dell’art. 2, co. 25, della l. n. 549 del 1995 prevede che quando vi siano più contratti collettivi in una medesima categoria, “la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria”. Sulla legittimità costituzionale di tali disposizioni con riguardo sia all’art. 3 che 39 Cost. v. Corte Cost. 20 luglio 1992, n. 342

⁶⁶ L’art. 3 della l. n. 142 del 2001 imponeva alle società cooperative l’obbligo di corrispondere ai propri soci lavoratori “un trattamento economico complessivo (...) comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria”. Successivamente l’art. 7, co. 4, D.l. n. 248 del 2007 ha precisato che quando vi sono più contratti collettivi nella medesima categoria deve essere assicurato un trattamento economico complessivo “non inferiore a quello dettato dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria”.

⁶⁷ È il caso della quantificazione dell’indennità di disponibilità del lavoratore intermittente (art. 16 d.lgs. 81 del 2015) e subordinato che lavora in “modalità agile” (art. 20 del d.lgs. 81 del 2017); oppure della definizione delle condizioni minime da garantire ai lavoratori distaccati in Italia (D. lgs. n. 136 del 2016, artt. 2, co. 1, lett. e, e art. 4, co. 1) ed a quelli occupati nel c.d. “terzo settore” (d.lgs. n. 117 del 2017, art. 16).

⁶⁸ Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51. pt. 5.3.

collettivo di diritto comune – violi l’art. 39, sia nella II parte (co. 2-4), sia nella I parte, laddove riconosce la libertà sindacale. A ben guardare, deve escludersi la violazione di entrambi. La norma è rispettosa dell’art. 39, II parte, perché con il rinvio alla pattuizione negoziale non recepisce il contenuto della medesima ma si limita a fissare un parametro strumentale non tanto alle parti quanto al giudice, laddove sia eventualmente chiamato a pronunciarsi *ex art.* 36 Cost e 2099 cod. civ.⁶⁹. Differenza sottile ma decisiva ai fini della legittimità costituzionale della norma, poiché diversamente (ossia in caso di diretto recepimento del contenuto dell’accordo) si violerebbe l’art. 39, II parte, Cost., poiché si utilizzerebbe un meccanismo diverso da quello dei contratti *erga omnes*. È conforme anche al principio di libertà sindacale di cui all’art. 39, co. 1, Cost. perché dalla disposizione non discende l’obbligo per il datore di applicare l’accordo collettivo al quale si rimanda, ma un mero onere (circoscritto, peraltro, alla sola clausola retributiva). Non essendovi alcun obbligo, quindi, il datore ben potrà applicare il contratto collettivo che ritiene più opportuno, nella consapevolezza, però, che dall’inosservanza dell’onere potrebbero discendere conseguenze giuridiche negative, vale a dire l’applicazione in giudizio di un diverso parametro per la determinazione della retribuzione.

Un secondo elemento che depone a favore di questa soluzione è sua la maggior aderenza al principio di proporzionalità. Diversamente da quanto accadrebbe nell’ipotesi di un salario minimo legale omogeneo per tutti i lavoratori, e fissato a prescindere dal loro grado di professionalità o dalla complessità delle mansioni svolte, il rinvio alla contrattazione consentirebbe al giudice ampi margini discrezionali per valorizzare specifiche circostanze nel caso concreto.

Infine, questo meccanismo denota una complessiva maggior coerenza con l’evoluzione dell’ordinamento intersindacale “di fatto”⁷⁰. Ha il pregio, infatti, di mantenere il baricentro decisionale nell’arena dell’autonomia negoziale, che “meglio di altre [fonti], recepisce l’andamento delle dinamiche retributive”⁷¹ e che, conformemente al ruolo attribuitole nel nostro ordinamento, “dovrebbe potersi esprimere nella sua pienezza su ogni aspetto riguardante la determinazio-

⁶⁹ In questo senso Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51, che, pur pronunciandosi in merito alla disciplina del trattamento economico del socio lavoratore di cooperativa, esprime un principio estensibile anche all’ipotesi qui considerata: “la norma [art. 7, comma 4, D.L. n. 248 del 2007] lungi dall’assegnare ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative efficacia *erga omnes*, mediante un recepimento normativo degli stessi, 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 dell’art. 36 Cost.”.

⁷⁰ G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale (L’esperienza italiana dopo la Costituzione)*, Milano, 1967.

⁷¹ Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51.

ne delle condizioni di lavoro, che attengono immancabilmente anche alla parte qualificante dei profili economici⁷². Un simile meccanismo, quindi, conterebbe sul sicuro appoggio delle parti sociali (quantomeno quelle a rappresentatività qualificata)⁷³, e sterilizzerebbe alcuni timori tipicamente connessi all’adozione di salario minimo legale (pregiudizio dell’azione sindacale, pericolo di fuga dalla contrattazione collettiva, assestamento dei minimi tabellari sui minimi legali).

Accanto ai profili positivi, questo meccanismo presenta, tuttavia, almeno tre nodi critici: (I) la selezione degli agenti negoziali “qualificati”; (II) l’individuazione degli elementi retributivi che nel contratto collettivo “qualificato” devono considerarsi coperti dal rinvio; (III) la derogabilità *in peius* in particolari ipotesi.

La selezione degli agenti negoziali per ciascuna categoria esige come premessa logica la definizione di indici di rappresentatività delle oo.ss., ma prim’ancora la delimitazione del perimetro della singola categoria (ossia l’ambito entro il quale applicare tali indici). Le difficoltà intrinseche di una simile operazione sono tanto note quanto di difficile soluzione, stante il fatto che la natura privatistica della contrattazione collettiva di diritto comune ha indotto a ritenere inapplicabile l’art. 2070 cod. civ., riconoscendo in capo alle parti il potere di definire l’ambito applicativo del contratto collettivo⁷⁴. Una possibile soluzione per uscire da quest’*impasse* è offerta dall’Accordo Interconfederale del 9 marzo 2018, con cui le parti si propongono di proseguire il processo di autoriforma intrapreso con il T.U. del 2014, introducendo sistemi oggettivi di “misurazione della rappresentanza, anche datoriale”. A tal fine prefigurano un intervento del CNEL, in qualità di organismo tecnico e terzo, al quale verrebbe assegnata un’attività preliminare di “precisa ricognizione del perimetro della contrattazione collettiva nazionale di categoria”⁷⁵. Ad essa segue un intervento – anche solo eventuale – delle parti sociali che possono apportare “i necessari correttivi, intervenendo

⁷² Corte Cost. 23 luglio 2015, n. 178.

⁷³ Espressamente in questo senso v. Accordo interconfederale di Confcommercio con Cgil, Cisl e Uil del 24 novembre 2016, con cui si chiedeva un intervento legislativo che garantisse il “rispetto delle condizioni minime” individuate dai contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative e che estendesse, anche con riferimento alle “retribuzioni minime”, il criterio previsto per l’individuazione del minimale contributivo.

⁷⁴ In tal senso già F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *Quaderno dell’Accademia dei Lincei*, n. 37, 1954; F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo “erga omnes”*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1963, pp. 570 ss.; nella dottrina successiva A. VALLEBONA, *Veri e falsi limiti alla libertà del datore di scegliere il contratto collettivo*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1991, pp. 61 ss.

⁷⁵ Un intervento di carattere amministrativo che viene già svolto in termini simili, anche se per altre finalità, da altri organismi pubblici (ad esempio l’individuazione del contratto collettivo da prendere come parametro per il calcolo della base imponibile contributiva ai sensi dell’art.1 della L. n. 389 del 1989, come interpretato in via autentica dall’art. 2, co. 25 della l. n. 549 del 1995, su cui v. Ministero del Lavoro, lettera circolare 9 novembre 2010 e Ministero del Lavoro, lettera circolare 1 giugno 2012).

sugli ambiti di applicazione della contrattazione collettiva nazionale di categoria, anche al fine di garantire una più stretta correlazione tra CCNL applicato e reale attività di impresa”, quasi a rievocare l’art. 2070 cod. civ. Sempre al CNEL verrebbe affidato il compito di svolgere “un’attenta ricognizione dei soggetti che, nell’ambito dei perimetri contrattuali, risultino essere firmatari di contratti collettivi nazionali di categoria nei settori oggetto di indagine, affinché diventi possibile, sulla base di dati oggettivi, accertarne l’effettiva rappresentatività”, e di conseguenza riconoscere con maggiore obiettività la qualità di organizzazioni comparativamente più rappresentative. Si tratta di una soluzione che ha il pregio di evitare di incagliarsi nelle annose questioni relative alla categoria ed alla sua definizione, ma che, proprio perché non affronta direttamente il problema, continua a soffrire del fatto che questa attività di sistematizzazione delle categorie verrebbe in ogni caso operata dalle parti sociali (con il supporto del CNEL), e sarebbe quindi sprovvista di qualsiasi cogenza per le oo.ss. che non vi aderissero.

Il secondo nodo critico attiene all’oggetto del rinvio. È necessario, cioè, stabilire se il giudice debba prendere in considerazione l’intero trattamento economico riconosciuto dal contratto collettivo cui la legge rinvia, ovvero solo alcuni elementi (ed in questo caso stabilire quali). Va subito chiarito che il rinvio non pare possa estendersi all’intero trattamento economico, poiché se così fosse la norma incorrerebbe in un vizio di “ultra petizione”, posto che la *ratio* della disposizione è quella di garantire il rispetto della soglia incompressibile *ex art.* 36 Cost. Estendere il rinvio all’intero trattamento economico si tradurrebbe in un evidente eccesso di tutela, in violazione, peraltro, dell’art. 39 Cost. Occorre allora definire quali voci retributive debbano essere considerate. In quest’ambito, uno spunto interessante viene offerto sempre dall’Accordo Interconfederale del marzo 2018, punto 5, ove si stabilisce che i contratti di categoria dovranno fissare due nuovi parametri: il “trattamento economico minimo” (TEM) ed il “trattamento economico complessivo” (TEC). Con il TEM le parti offrono al legislatore il possibile parametro cui fare riferimento nell’ipotesi di intervento legale per la fissazione dei minimi retributivi. Esso comprende i minimi tabellari⁷⁶ e tutti i trattamenti economici qualificati dal CCNL di categoria come “comuni a tutti i lavoratori del settore”, a prescindere dal livello di contrattazione al quale ne verrà delegata la disciplina (ad es. le forme di welfare). Ai nostri fini, quindi, il TEM assumerebbe il ruolo del nuovo c.d. “minimo costituzionale”, con l’utile effetto sia di lasciarne la definizione alle parti collettive (e non più alla giurisprudenza), sia di evitare contrasti ed incertezze che connotano la determinazione pretoria.

⁷⁶ Rivalutati sulla base della prassi in vigore nella categoria ed anche in funzione dell’Ipca, ossia l’indice dei prezzi al consumo armonizzato per i paesi membri della Comunità europea, depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati come calcolato dall’Istat.

L'ultima criticità connessa a questo meccanismo richiede di stabilire se la soglia individuata *per relationem* dalla legge sia derogabile o meno. In questo senso, pare difficile che il giudice possa discostarsi *in peius*, sia perché – come detto – la norma di rinvio si rivolge direttamente al giudicante, sia perché questa riconosce in capo al prestatore il diritto a ricevere un trattamento “non inferiore” a quello individuato dalla contrattazione collettiva, che, peraltro, mediante il TEM individua espressamente una soglia minima inderogabile. Per far fronte alle difficoltà che indubbiamente una soglia rigida potrebbe creare (ad esempio ad aziende operanti in zone economiche depresse), occorrerebbe allora che fosse la stessa contrattazione collettiva ad ammettere (in ipotesi tassative) la possibilità di derogare *in peius*⁷⁷.

3.2. L'attuazione dell'art. 39, II parte, Cost.

Un diverso meccanismo di rafforzamento della via negoziale è quello previsto dall'art. 39, II parte, Cost., ossia la contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes*.

Invero, il progetto di emanare la legge attuativa della II parte dell'art. 39 Cost. era stato accantonato già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, sia per la forte contrarietà delle organizzazioni sindacali (restie a sottomettersi al principio maggioritario), sia per la rilevanza che – complice il periodo storico – era stata riconosciuta al principio di libertà sindacale⁷⁸. All'epoca la questione dell'efficacia soggettiva non era avvertita nei termini odierni poiché, stante il quadro di unità sindacale, l'estensione della stessa si sarebbe potuta ottenere a prescindere dall'attuazione della seconda parte dell'art. 39⁷⁹, avvertita come briglia eccessivamente rigida per l'attività sindacale.

⁷⁷ Recuperando con nuove modalità quegli strumenti capaci di collegare il funzionamento del mercato del lavoro alle condizioni ed alle dinamiche dell'economia locale, come le c.d. gabbie salariali, sulla cui introduzione conviene sia parte della letteratura economica (T. BOERI, R. PEROTTI, *Perché è giusto introdurre un salario minimo in Italia*, 11 maggio 2004, accessibile su www.lavoce.info; C. LUCIFORA, F. ORIGO, *Alla ricerca della flessibilità: un'analisi della curva dei salari in Italia*, in *Rivista italiana degli economisti*, 1999, pp. 3-36), sia parte della dottrina giuslavoristica (A. Bellavista, *Il salario minimo legale*, in *Dir. Rel. Ind.* 2014, pp. 741 ss.; P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, pp. 719 ss.).

⁷⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Stato e sindacato*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951, pp. 661 ss.

⁷⁹ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pp. 665 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, *Riv. Dir. Civ.*, 1971, pp. 140 ss.

Nonostante ciò, di recente taluno ha sostenuto l'opportunità di rivalutare questa soluzione⁸⁰, che comunque presenta risvolti positivi e profili di criticità meritevoli di analisi, se non altro perché rappresenta la via maestra tracciata dal Costituente ed un modello diffuso in molti altri Paesi⁸¹.

Tra i primi vi è senz'altro il forte impulso promozionale che deriverebbe in favore sia del sindacato che dello strumento del CCNL (fronteggiandone così la crisi che si è descritta). L'entrata a regime del principio maggioritario di cui all'art. 39, co. 4, Cost. ("in proporzione dei loro iscritti") potrebbe accrescere l'interesse dei lavoratori ad una maggiore partecipazione nel sindacato, poiché attraverso la loro iscrizione all'una o all'altra sigla sarebbe possibile consentire l'accoglimento dell'una o dell'altra piattaforma rivendicativa al tavolo delle trattative unitarie. Ugualmente troverebbe soluzione anche la questione dei c.d. accordi separati: in vigenza di un sistema come quello *ex co.* 2-4, art. 39 Cost., le organizzazioni sindacali ammesse a contrattare sarebbero costrette ad arrivare alla sintesi delle proprie pretese nel momento di composizione della delegazione negoziale unitaria. L'effetto "promozionale" si registrerebbe anche in favore del CCNL, che in tale sistema riacquisterebbe un'indiscutibile centralità: potrebbe ordinare in modo cogente le competenze dei diversi livelli contrattuali⁸², nonché avocare nuovamente a sé il ruolo di principale "autorità salariale". Da ciò conseguirebbe una tutela del trattamento economico più uniforme per tutti i lavoratori: verrebbe meno il soggettivismo giudiziale nell'applicazione dell'art. 36 Cost.⁸³, così come ogni tendenza "ribassista" legittimata dalla giurisprudenza.

⁸⁰ Tra i sostenitori di questa soluzione V. BAVARO, *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2014, pp. 61 ss.; per alcuni rilievi critici v. T. TREU, *Contrattazione e rappresentanza*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 333 ss., spec. pp. 349-351.

⁸¹ Per limitarci all'ambito europeo, il meccanismo di efficacia generalizzata è previsto, ad esempio, in Finlandia e Austria, v. European Commission, *Labour Market and Wage Developments in Europe Annual Review 2016*, accessibile su www.ec.europa.eu; ma anche J. Visser, *ICTWSS Database on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social*, 2011, accessibile su www.uva-aiaa.net.

⁸² Ciò consentirebbe di limitare l'interpretazione che, facendo leva sulla pari dignità di contratto collettivo di diritto comune del contratto di categoria e di quello aziendale, ammette che il secondo possa discostarsi dai vincoli imposti dal primo, cfr. Cass. 18 giugno 2003, n. 9784.

⁸³ Parte della dottrina più risalente, invece, ragionando sulla possibilità di introduzione della c.d. legge sindacale era giunta ad affermare la possibilità per il giudice di sindacare anche il contratto generalmente obbligatorio, v. U. NATOLI, *Ancora sull'art. 36 Cost. e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, pp. 9 ss. L'A. non riteneva doversi presumere l'automatica conformità all'art. 36 Cost. delle soglie retributive stabilite dalla rappresentanza sindacale unitaria, poiché anche nel sistema *ex art.* 39, II parte, Cost. sussiste la logica del rapporto di forze tra lavoratori e datori, potendo ciò condurre a concessioni idonee ad incidere sul diritto alla giusta retribuzione; *contra* S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1949-1950, pp. 189 ss.; su posizione parzialmente difforme R. Scognamiglio, *Sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro Civ.*, 1951, pp. 352 ss. che limitava il sindacato

Risulterebbero meglio garantiti anche quegli elementi della retribuzione che, pur non rientrando nel c.d. minimo costituzionale, sono spesso aggrediti dalla contrattazione “pirata” o scarsamente rappresentativa: mensilità aggiuntive, base di calcolo del trattamento di fine rapporto, ecc. Si assicurerebbe, quindi, una tutela ben superiore rispetto a quella garantita dal sistema del rinvio legale alla contrattazione.

Accanto ai pregi, vanno considerati, però, quantomeno due profili di debolezza.

Il primo è che questo meccanismo – al contrario di quanto avverrebbe con un salario minimo legale generalizzato – è totalmente inefficace rispetto al crescente numero di lavoratori marginali o atipici, non coperti da contrattazione collettiva⁸⁴.

Il secondo e più rilevante problema discende dalla radicale discontinuità che una simile soluzione comporterebbe rispetto all’evoluzione del concetto di rappresentatività sviluppatosi nel sistema sindacale “di fatto”. Questo, infatti, si è nettamente distanziato dal solo principio maggioritario indicato dall’art. 39, II parte, Cost., affiancando al dato associativo (pur sempre considerato)⁸⁵, criteri ulteriori come l’equilibrata presenza in un ampio arco di categorie professionali⁸⁶, la diffusione sull’intero territorio nazionale⁸⁷, l’esercizio continuativo dell’azione di autotutela⁸⁸, l’effettiva capacità di influenzare l’assetto economico e sociale del Paese⁸⁹. A conferma di tale tendenza si pensi all’ulteriore criterio “misto” adottato dalle parti sociali con T.U. sulla rappresentanza del 2014 e confermato, da ultimo, con Accordo interconfederale del marzo del 2018, a mente del quale il dato associativo è temperato da quello elettorale. Un simile iato tra la prassi delle relazioni industriali e la previsione costituzionale induce a condividere il pensiero di chi ritiene che *la soluzione dell’erga omnes attuata sic et simpliciter oggi colliderebbe con “l’assetto della vigente Costituzione materiale”, assestata sul “principio di pari dignità nell’azione contrattuale” delle singole organizzazioni sindacali*⁹⁰.

Fatta salva l’ipotesi in cui l’introduzione della c.d. legge sindacale fosse accompagnata anche dalla modifica dell’art. 39 Cost. (nella parte in cui ricono-

alle categorie sprovviste di contratto collettivo.

⁸⁴ A. GARNERO, *Il futuro dei contratti collettivi*, 26 gennaio 2018, accessibile su www.lavoce.info.

⁸⁵ Su cui ad es. Cass. 28 luglio 1998, n. 7408.

⁸⁶ G. F. MANCINI, *Commento all’art. 19*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1972, pp. 543 ss.

⁸⁷ Corte Cost. 17 marzo 1995, n. 89; Cass. 30 marzo 1998, n. 3341

⁸⁸ Cass. 27 aprile 1992, n. 5017.

⁸⁹ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova,, 1981

⁹⁰ M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale in Pol. Dir.*, 1983, p. 283.

sce il solo criterio maggioritario quale indice di rappresentatività), sembra che l'attuazione dell'art. 39, II parte, pur garantendo nel complesso una maggiore tutela rispetto al mero rinvio legale, comporterebbe uno strappo difficilmente conciliabile con il pilastro della rappresentatività su cui si è sviluppato e poggia l'ordinamento intersindacale. In assenza di un adeguato percorso di preparazione, vi sarebbe il rischio di cogliere impreparate le organizzazioni sindacali, spiazzando il loro lungo percorso di autoriforma, e di vanificare lo stesso buon funzionamento del meccanismo della contrattazione *erga omnes*, dato che questo richiede attori sindacali credibili ed e rappresentativi.

3.3. La via legale: il salario minimo “residuale” e “generalizzato”

L'alternativa al rafforzamento della via negoziale (vuoi con il solo rinvio, vuoi con l'attuazione dell'art. 39, II parte) è rappresentata dall'adozione di un salario minimo orario fissato direttamente dalla legge. Tale meccanismo, pur discostandosi dal tradizionale protagonismo riconosciuto all'autonomia collettiva, è ritenuto unanimemente ammissibile nel nostro ordinamento, giacché si nega dall'art. 39 Cost. discenda una riserva assoluta in favore dell'autonomia collettiva in materia retributiva⁹¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, e nel tentativo di rispondere alla questione dei bassi salari che ciclicamente si riproponeva all'attenzione del decisore pubblico, non sono mancati tentativi di introdurre nel nostro Paese una legislazione sul salario minimo legale, che però non hanno mai superato lo stadio della semplice proposta di legge⁹². Una concreta possibilità di giungere all'effettiva adozione si era presentata con l'approvazione della legge n. 183 del 2014, che delegava il Governo ad introdurre una forma di salario minimo legale “residuale”, ossia efficace per i soli lavoratori impiegati in settori non coperti dalla contrattazione collettiva. Benché il termine della delega sia poi spirato infruttuosamente, l'intenzione di introdurre questo meccanismo è stata rinnovata dalle principali forze politiche anche in epoca successiva⁹³. Per tale motivo vale allora la pena svolgere alcune osservazioni sul salario minimo legale sia “residuale” (prediletto dai precedenti disegni di legge), che “generalizzato”, ossia che opera

⁹¹ In tal senso già Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106; in dottrina T. TREU, *Sub art. 36 Cost.*, cit., p. 95; più di recente M. DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, 2016, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 10 ss.

⁹² Per più ampi riferimenti cfr. V. SPEZIALE, *Il salario minimo legale*, in *WP CSDL E “Massimo D’Antona”.IT – 244/2015*.

⁹³ Si vedano i DDL 310 del 3 maggio 2018 e DDL n. 1132 dell'11 marzo 2019 che pure unisce anche l'introduzione del rinvio legale alla contrattazione collettiva.

in via “concorrente” con la contrattazione collettiva (di cui pure si è prospettata l’introduzione)⁹⁴.

Considerando ora il meccanismo salario minimo “residuale”, la prima conseguenza che determinerebbe sarebbe la creazione di un “sistema duale”⁹⁵ per la definizione della retribuzione conforme all’art. 36 Cost.: per i lavoratori coperti da contrattazione collettiva questa continuerebbe ad individuarsi nei valori definiti dai CCNL (e dalla giurisprudenza che lo utilizza come parametro soglia); per i lavoratori non coperti opererebbe la soglia definita *ex lege*. Quest’ultima funzionerebbe, infatti, come “rete di garanzia” rispetto alla mancata determinazione della contrattazione collettiva, risultando, però, incapace di soddisfare il requisito di proporzionalità qualitativa della retribuzione prescritto dall’art. 36 Cost.

Il pregio di questo meccanismo è quantomeno duplice. Da un lato, prevede una garanzia di ultima istanza per i lavoratori marginali, non tutelabili con i meccanismi di rafforzamento della via negoziale (rinvio legale e contrattazione *erga omnes*), sopperendo alla loro condizione spesso di totale disintermediazione⁹⁶, senza incagliarsi nell’annosa questione della loro qualificazione⁹⁷. Dall’altro, andrebbe esente dai rischi che vengono spesso connessi all’introduzione di un salario minimo legale “generalizzato”: la fuga dalla contrattazione e l’appiattimento sul minimo legale. Di contro, però, gli si obietta che rischia di disciplinare i rapporti di una platea assolutamente minoritaria di prestatori: è difficile, infatti, rinvenire l’esistenza di settori in cui non siano presenti contratti collettivi⁹⁸.

Si è detto che il salario minimo può essere anche “generalizzato”, quando opera a beneficio di tutti i prestatori, a prescindere dall’applicazione al rapporto di un CCNL. L’analisi comparata consegna due tipologie di salario minimo

⁹⁴ cfr. DDL n. 658 del 12 luglio 2018.

⁹⁵ V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., p. 7.

⁹⁶ B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 326/2017.

⁹⁷ Sintomatico è il caso dei *riders*, sulla cui qualificazione la giurisprudenza nazionale e straniera ha concluso nei modi più disparati. Quanto all’ordinamento interno si veda Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663 che, parzialmente riformando C. App. Torino 4 febbraio 2019, n. 26, ne conferma la riconducibilità alla fattispecie *ex art. 2 d.lgs. 81/2015*, con integrale applicazione della disciplina sul lavoro subordinato; in ottica comparata, invece, v. M. BIASI, *L’inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2018.

⁹⁸ V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., p. 48: “va anche detto, peraltro, che i 440 contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati più rappresentativi regolano i rapporti di lavoro nella quasi totalità delle attività produttive del nostro paese. Pertanto, sarà difficile identificare i settori non regolati dai contratti collettivi a cui dovrebbe applicarsi il compenso orario legale”.

“generalizzato”: quello intercategoriale (omogeneo per tutti i lavoratori)⁹⁹, e quello settoriale (efficace per tutti e soli i lavoratori impiegati in una specifica categoria). Tenuto conto che il salario minimo settoriale ripropone le medesime questioni sulla definizione della categoria di cui si è già detto per il meccanismo di rinvio legale alla contrattazione, sembra più utile considerare l’ipotesi del salario minimo intercategoriale, che peraltro rappresenta il modello più diffuso tra i Paesi UE¹⁰⁰.

Quest’ultimo presenta senza dubbio una pluralità di vantaggi: non richiede di delimitare i confini delle categorie; evita la comparsa di un “sistema duale” tra lavoratori coperti e non coperti dalla contrattazione; riduce la disparità di trattamento nella definizione del c.d. minimo costituzionale tra lavoratori con mansioni analoghe ma impiegati in categorie differenti.

Accanto ai benefici non mancano le criticità, spesso denunciate anche dalle stesse oo.ss., intimorite di veder scemare il ruolo del CCNL e conseguentemente di veder limitata la propria capacità rivendicativa¹⁰¹. Si paventa, ad esempio, una fuga dei datori dal sistema di contrattazione, con disdetta degli accordi collettivi ed applicazione del solo minimo legale, che – dovendosi adattare a tutti i settori produttivi – viene verosimilmente fissato ad un livello inferiore rispetto al trattamento economico complessivo assicurato dai CCNL.

Alla quantificazione del salario minimo generalizzato si lega, poi, una seconda criticità. Se fissato ad un livello eccessivamente alto, le imprese incapaci di sopportarne il peso sarebbero espulse dal mercato o comunque ridurrebbero la propria capacità competitiva¹⁰², diminuirebbero le assunzioni (penalizzando

⁹⁹ Come accade in Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Spagna, Portogallo, Malta, Slovenia, Croazia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Romania, Bulgaria in cui il salario minimo legale inerisce a un livello unico e universale, valido su tutto il territorio nazionale, con la possibilità di alcune variazioni legate, ad esempio, all’età dei lavoratori.

¹⁰⁰ S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *Lav. Dir.*, 2014, pp. 185 ss.; v. anche M. MAROCCO, *Il salario minimo legale nel prisma europeo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, pp. 337 ss.

¹⁰¹ Come accaduto per l’approvazione della Convenzione ILO n. 26/1928 in materia di meccanismi per la fissazione del salario minimo legale, avversata anche da parte dei delegati operai, v. M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 42 ss. Più di recente un membro della Segreteria interconfederale di CGIL ha dichiarato che il salario minimo legale è “la tomba della contrattazione”, v. T. NUTARELLI, *Martini (Cgil), il salario minimo legale? È la tomba della contrattazione*, del 12 Luglio 2018, accessibile su www.ildiariodellavoro.it.

¹⁰² In controtendenza rispetto a questa conclusione si richiama un recente studio della Banca Mondiale, A. KUDDO, D. ROBALINO, M. WEBER, *Balancing regulations to promote jobs: From employment contracts to unemployment benefits*, World Bank Group, 2015, accessibile su www.openknowledge.worldbank.org, p. 11, secondo cui: “although the range of estimates from the literature varies considerably, the emerging trend in the literature is that the effects of minimum wages on employment are usually small or insignificant (and in some cases positive)”.

lavoratori poco esperti come i giovani)¹⁰³, o ancora ricorrerebbero al lavoro informale. Di contro, se fissato a livelli eccessivamente bassi, la previsione rischierebbe non solo di essere inutile, ma persino dannosa, obbligando l'autonomia collettiva a dedicare parte delle proprie rivendicazioni a confermare la soglia retributiva minima che in precedenza era riuscita ad ottenere (evitando, quindi, che i datori si attestino sul minimo legale).

Rispetto alla quantificazione la letteratura economica insegna che la regola generale è quella per cui “*there is no fixed formula to set the minimum wage*”¹⁰⁴, dovendosi considerare di volta in volta una pluralità di fattori che variano per ciascuno Stato¹⁰⁵. Prescindendo in questa sede dall'analisi degli specifici indicatori per il caso italiano, ai nostri fini rileva un altro dato, ossia che nell'ambito dei Paesi dell'Unione il salario minimo legale si attesta intorno al 50% dei salari contrattuali medi¹⁰⁶. Occorre allora chiedersi quali effetti potrebbe avere sulla tutela del diritto *ex art. 36 Cost.* una norma che introduca un salario minimo legale intercategoriale fissato ad una simile percentuale. Il problema non è di poco conto, poiché in presenza di una soglia minima fissata *ex lege* ed efficace per tutti i lavoratori, sarebbe quest'ultima ad assumere il ruolo di c.d. minimo costituzionale (pur se nettamente inferiore rispetto a quello attuale che comprende paga base, contingenza, tredicesima).

Il risultato netto sarebbe, allora, quello di un complessivo detrimento della tutela, salvo che – come sostiene qualcuno – debba comunque ritenersi che su tale soglia opererebbe *ad adiuvandum* la contrattazione collettiva (specie per valorizzare i diversi gradi di professionalità in ossequio al principio di proporzionalità qualitativa)¹⁰⁷. Bisogna notare, però, che questa soluzione sembra non tenere sufficientemente conto del fatto che l'attività integrativa della contrattazione collettiva avviene *de facto* e non *de iure*, ed è quindi solo eventuale. Non

¹⁰³ D. NEUMARK, W. WASCHER, *Minimum wages*, Cambridge-London, MIT Press, 2008.

¹⁰⁴ A. KUDDO, D. ROBALINO, M. WEBER, *Balancing regulations to promote jobs: From employment contracts to unemployment benefits*, cit., p. 13.

¹⁰⁵ A. KUDDO, D. ROBALINO, M. WEBER, *Balancing regulations to promote jobs: From employment contracts to unemployment benefits*, cit., p. 14: “An appropriate level of the minimum wage also depends on a host of country-specific factors, such as labor market conditions; other labor market policies; and variations in worker productivity across regions, industries, and occupations”.

¹⁰⁶ ILO, *Global Wage Report 2016/17: Wage inequality in the workplace*, Ginevra, 2016, p. 27: “the estimates show that in the case of Estonia or the Czech Republic someone who earns the minimum wage receives about 37 or 38 per cent of what the median earner receives, while in Hungary, Portugal or France that ratio increases to more than 60 per cent. Most countries have a minimum wage somewhere between 45 and 60 per cent of the median wage. Looking at the ratio of minimum wage to mean wage (which is on average 15 per cent higher than the median wage), the ratio most frequently lies between 40 per cent and 55 per cent. The weighted average for Europe as a whole is of minimum wages set at approximately 50 per cent of median wages”.

¹⁰⁷ E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, cit., 2017; T. BOERI, C. LUCIFORA, *Salario minimo e legge delega*, 26 settembre 2014, accessibile su www.lavoce.info.

esiste, infatti, nell'ordinamento né un sistema di contrattazione collettiva *erga omnes* capace di coprire tutte le categorie, né tantomeno un obbligo a contrattare del datore, che ben potrebbe optare – forte della sua posizione di primazia negoziale – di operare una regolazione del rapporto interamente sul piano individuale o con proprio sistema di contrattazione collettiva aziendale. Per ovviare a ciò, qualcuno ha sostenuto che sarebbe opportuno coinvolgere le oo.ss. nel procedimento di periodico aggiornamento del salario minimo generalizzato, diminuendo, così, anche il rischio di incostituzionalità della disposizione con riguardo al principio di proporzionalità *ex art. 36 Cost.*¹⁰⁸. Posizione non condivisibile, se si considera sia che il salario minimo generalizzato – per propria natura – non potrà mai essere fissato ad una soglia talmente alta da ritenere comunque soddisfatto il requisito di proporzionalità qualitativa rispetto alle tante e diverse professionalità cui si riferisce, sia che una disposizione normativa o è incostituzionale o non è, senza possibilità che operino mere attenuazioni dei tratti di illegittimità.

Ultimo nodo critico è legato alla questione della derogabilità *in peius* di tale soglia. L'analisi comparata evidenzia che in molti Stati tale facoltà è ammessa e riconosciuta sulla base della particolare area geografica, del settore produttivo, dell'età del prestatore di lavoro, del suo grado di professionalità o istruzione, o ancora della particolare tipologia di mansioni svolte¹⁰⁹. Da ciò, però, è disceso un significativo aumento delle disuguaglianze, incoraggiando anche condotte abusive¹¹⁰. È il caso della deroga *in peius* ammessa per lavoratori giovani, che ha incentivato la sostituzione dei lavoratori più anziani e costosi con quelli giovani, con una conseguente penalizzazione dei primi sul mercato¹¹¹.

4. Osservazioni conclusive

L'analisi fin qui condotta sui diversi meccanismi di tutela del diritto alla giusta retribuzione ha evidenziato i punti di forza e criticità di ciascuno. Sulla scorta di tali osservazioni si tenta ora di prospettare quello che, a parere di chi scrive, sembra essere il meccanismo complessivamente più efficace avendo riguardo al nostro contesto ordinamentale.

¹⁰⁸ M. G. GRECO, *Il salario minimo legale e i rischi di destrutturazione delle relazioni sindacali*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Padova, p. 113 ss.

¹⁰⁹ ILO, *Minimum Wage Systems*, Report of International Labour Conference 103rd session, Geneva, 2014.

¹¹⁰ ILO, *Minimum Wage Systems*, cit.

¹¹¹ Per questo motivo molti Paesi hanno deciso di eliminare tale possibilità di deroga sulla base dell'età: Argentina, Austria, Belgio, Canada, Repubblica Ceca, Ungheria, Spagna, cfr. ILO, *Minimum Wage Systems*, cit., p. 84-85.

Nel fare ciò occorre sin da subito premettere – con una buona dose di realismo – che nessuno di questi strumenti risulta *ex se* idoneo ad assicurare una piena tutela del diritto *ex art. 36 Cost.* Sembra preferibile, piuttosto, optare per una soluzione combinata, in cui la legge e l'autonomia collettiva operano in sinergia. La soluzione che si propone è quella di adottare un salario minimo legale “residuale” (per i lavoratori non coperti da contrattazione) in combinato con l'adozione di una norma di rinvio alle soglie retributive definite dalla contrattazione collettiva “qualificata”.

Questa soluzione composita ha diversi pregi, tra i quali quello di estendere l'applicazione della tutela minima oltre i limiti della contrattazione collettiva (limite che si obiettava al meccanismo di rinvio legale o al contratto *erga omnes*), evitando allo stesso tempo di introdurre un nuovo minimo costituzionale più basso di quello fissato dai CCNL (come farebbe un salario minimo generalizzato). Rimarrebbe aperta la questione della selezione degli agenti negoziali e di definizione della categoria. Sul punto l'alternativa è secca ed ineludibile: approvare una legge che regoli la rappresentanza (dando corso all'apertura manifestata in tal senso dalle oo.ss. maggiori con l'Accordo interconfederale del 9 marzo 2018), oppure continuare ad operare sul piano dell'ordinamento intersindacale, mantenendo l'attuale impianto contrattuale cogente per le sole parti stipulanti, con il giudice (cui si rivolge la norma di rinvio) che continuerà a giocare un ruolo di primario rilievo per indurre l'emulazione tra i datori di lavoro. In tal senso l'intervento che le parti sociali chiedono al CNEL di operare deve senza dubbio salutarsi con favore, poiché, pur se non risolutivo, contribuisce a rendere più chiari i criteri di selezione dei contratti-parametro.

La ragione che maggiormente induce a parteggiare per una simile soluzione, però, non è connessa ai singoli pregi o debolezze di tale meccanismo, quanto, piuttosto, alla sua portata e collocazione sistematica. Si tratta, infatti, del meccanismo che maggiormente concilia la necessità di riformare il sistema di tutela della giusta retribuzione con la salvaguardia delle tradizionali prerogative dell'autonomia collettiva in questa materia. La necessità – che qui fermamente si sostiene – di garantirne all'autonomia negoziale il tendenziale primato sulla regolazione del rapporto di lavoro (ivi compresa la determinazione della retribuzione) non trae giustificazioni da considerazioni nostalgiche o preconcepite, quanto, piuttosto, su un'evidenza empirica.

Tra i pilastri fondativi delle moderne collettività organizzate su statuti democratici vi è certamente quello del pluralismo, in Italia sancito dall'art. 2 Cost. Il fondamento di tale principio risiede nella convinzione che dal confronto-scontro tra soggetti e formazioni sociali portatori di interessi confliggenti possa derivare la fissazione del migliore equilibrio possibile degli stessi, ed in ogni caso si possa pervenire a condizioni complessivamente migliori di quanto

potrebbe garantire, operando unilateralmente, una legge generale ed astratta. E ciò, se non altro, per la maggior vicinanza del soggetto regolatore alla questione regolata.

D'altro canto, è proprio in questo senso che depone lo stretto legame tra gli artt. 39 e 36 Cost., da cui discende la volontà del Costituente di riconoscere una funzione di tutela dei lavoratori non solo alla sfera politica ed ai suoi attori (Parlamento ed Esecutivo), ma anche a quella sociale, specialmente per il tramite dell'azione sindacale¹¹².

Coordinato con i principi di cui agli artt. 39 e 36 Cost., il principio di pluralismo comporta che per assicurare la miglior tutela possibile del diritto alla giusta retribuzione la via da seguire sia quella di rendere gli attori sociali quanto più coinvolti e partecipi nel processo di sua determinazione. Si tratta, in altri termini, di promuovere attraverso una legislazione di esclusivo supporto (e non di diretta regolazione) il principio di autotutela collettiva (o di "classe"), quale strumento primario e più effettivo per la garanzia dell'interesse alla retribuzione conforme all'art. 36 Cost. (così come di molte altre posizioni giuridiche connesse e conseguenti al rapporto di lavoro). Beninteso, non si intende ritornare a concezioni d'ispirazione marxista. Ci si limita, però, a riconoscere che nella tutela dell'interesse ad una giusta retribuzione la responsabilizzazione diretta degli attori sociali (e non la loro totale esautorazione ad opera di un intervento legale) rappresenta la migliore e più duttile soluzione per pervenire ad un assetto di interessi frutto di un contemperato delle opposte istanze e più aderente al continuo mutare degli interessi e delle condizioni sociali ed economiche.

¹¹² L. MENGONI, *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Riv. Soc.*, 1971, I, pp. 1 ss.