



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Quaderni Fondazione Marco Biagi

Iacopo Senatori (a cura di)

Il diritto del lavoro dopo la legge 148/2011

2011

Quaderni Fondazione Marco Biagi

ISSN 2239-6985

Registrazione presso il Tribunale di Modena n. 2031 del 03/05/2011

Il diritto del lavoro dopo la legge 148/2011

Iacopo Senatori (a cura di). Modena: Fondazione Marco Biagi, 2011

© Copyright 2011 degli autori

ISBN 979-12-81397-01-9

Comitato di direzione

Tindara Addabbo, Francesco Basenghi (Direttore Responsabile), Tommaso M. Fabbri

Comitato scientifico

Marina Orlandi Biagi (Presidente), Tommaso M. Fabbri (Vice Presidente), Tindara Addabbo, Edoardo Ales, Francesco Basenghi, Janice Bellace, Susan Bisom-Rapp, Ylenia Curzi, Luigi E. Golzio, Frank Hendrickx, Csilla Kollonay, Alan Neal, Roberto Pinardi, Ralf Rogowski, Riccardo Salomone, Iacopo Senatori, Yasuo Suwa, Tiziano Treu, Manfred Weiss

Comitato di redazione

Ylenia Curzi, Alberto Russo, Olga Rymkevich, Iacopo Senatori

Editore

Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia

Largo Marco Biagi 10, 41121 Modena

Tel. +39 059 2056031

E-mail: fondazionemarcobiagi@unimore.it

INDICE

“Il sonno della ragione genera mostri”. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro <i>Iacopo Senatori</i>	7
L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o Territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva <i>Antonio Vallebona</i>	20
Accordo 28 giugno 2011 e art. 8 l. 148/2011: in particolare il contratto di somministrazione <i>Gaetano Zilio Grandi</i>	31
I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico <i>Alberto Russo</i>	40
L’art. 8 della Legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale <i>Luisa Galantino</i>	84
L’efficacia soggettiva del contratto collettivo <i>Giuseppe Ferraro</i>	121
Il prima e il dopo l’art. 8: ma cambia veramente qualcosa? <i>Gaetano Zilio Grandi</i>	159
Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice <i>Liberato Paolitto</i>	168

Considerazioni sull'effettività dell'art. 8, comma 2-*bis* della legge n. 148/2011

Alberto Tampieri..... 191

Nuovi assetti contrattuali e legittimazione a contrarre dopo l'accordo

interconfederale 28 giugno 2011

Francesco Santoni 200

**“IL SONNO DELLA RAGIONE GENERA MOSTRI”. NOTE MINIME PER UN
APPROCCIO PRAGMATICO ALLA DESTRUTTURAZIONE DEL DIRITTO DEL
LAVORO**

Iacopo Senatori
Ricercatore Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Introduzione.-2. Il sistema delle fonti del diritto del lavoro e la Costituzione “presa sul serio”. -3. Rappresentanza e rappresentatività: dalle istanze territoriali al caso Fiat.

1. Introduzione.

Il titolo di queste riflessioni assume un dato che, a prescindere da qualsiasi valutazione di merito, sembra potersi ritenere pacifico: l’effetto destrutturante che l’articolo 8, l. n. 148 del 2011, si prefigge di esercitare nei confronti dell’apparato di regole e tutele sinora configurato. Un effetto che si esplica, ai sensi della norma in argomento, secondo una duplice modalità. Quella della delegificazione del sistema delle fonti, tendente a istituire un nesso di cedevolezza tra la legge, confinata ad un ruolo residuale, e l’autonomia collettiva esercitata nella forma della contrattazione di prossimità; e quella della polverizzazione geografica del sistema stesso, derivante dalla combinazione tra la sede negoziale investita del rinvio legislativo, collocata a livello aziendale o locale, e i requisiti di rappresentatività degli agenti contrattuali, per i quali la norma contempla la possibilità di una misurazione (e pertanto di una modulazione) su scala territoriale.

Tale fenomeno si iscrive in una tendenza alla frammentazione già autonomamente sperimentata dal sistema di relazioni industriali e di contrattazione collettiva, da ultimo con l’accordo interconfederale del 22 gennaio 2009 (Lassandari 2011), e ricompostasi apparentemente con l’accordo unitario del 28 giugno 2011, confermato dall’intesa applicativa del 21 settembre.

La citazione del celebre dipinto di Francisco Goya contiene una critica indirizzata sia al legislatore sia agli attori sociali che, secondo quanto riportano le cronache giornalistiche, hanno palesato la propria contrarietà all’articolo 8: ambedue fautori di un approccio inadeguato, ad avviso di chi scrive, alla portata delle questioni sollevate

dall'intervento legislativo in parola e delle tematiche epocali da cui esso, almeno formalmente, ha tratto origine.

L'azione del legislatore appare carente, sotto questo profilo, per almeno tre ragioni tra loro strettamente correlate. In primo luogo, l'opacità espositiva che attraversa l'intera trama del provvedimento, scadendo talvolta nell'uso di espressioni gergali ed atecniche (come il riferimento alle "partite IVA" presente nel secondo comma), appare foriera di ostacoli interpretativi ed applicativi che potrebbero scoraggiare le parti sociali dal ricorrere allo strumento della contrattazione di prossimità, sia a causa dell'incertezza sulla capacità di resistenza degli accordi ad un eventuale contenzioso giudiziale, sia per le massicce dosi di conflittualità che l'indeterminatezza dei parametri negoziali (in particolare materie e condizioni di validità degli accordi, cfr. *infra*) potrebbe veicolare in azienda.

In secondo luogo, all'obiettivo "rivoluzionario" perseguito dal legislatore avrebbe forse fatto più onore una condotta trasparente, frutto di una riflessione elaborata ed analitica, che non l'azione di "guerriglia" realizzata sull'onda degli imperativi categorici dettati dalla Banca Centrale Europea. E ciò non tanto per astratte (benché non trascurabili) ragioni di *fair play* democratico, quanto ai fini della accumulazione di quegli elementi di sostegno all'effettività della norma, in termini di consenso sociale così come di certezza interpretativa ed applicativa, necessari a dotare la riforma dei requisiti strutturali che secondo quanto si apprende dai *mass media* costituiscono l'essenza degli interventi richiesti dalle istituzioni europee.

Infine, suscita perplessità la rivendicazione, da parte dei promotori, degli elementi di continuità tra questa riforma e l'elaborazione di politica del diritto del decennio trascorso, quasi i mutamenti avvenuti negli anni a noi più vicini non avessero generato nuovi problemi (tra cui quello di valutare l'efficacia delle politiche adottate in passato, anche alla luce di fattori non puramente quantitativi come quelli relativi alla crescente divaricazione nella distribuzione del reddito tra le diverse fasce sociali) e richiesto quindi un aggiornamento delle soluzioni. L'impressione è che, in mancanza di un apparato condiviso di obiettivi e strumenti, il legislatore abbia frettolosamente abdicato alla propria autorità normativa e al suo tradizionale ruolo di regia del sistema "multi-livello" di produzione delle regole del lavoro, caricando le parti sociali di una responsabilità abnorme.

D'altro canto, le voci contrarie levatesi durante l'*iter* parlamentare non sembrano avere colto gli aspetti centrali verso cui l'intervento normativo sollecita la riflessione. Il timore è che il carico di emotività che ha accompagnato i commenti "a caldo" dei maggiori esponenti politici e sindacali avversi alla riforma, unitamente alla miopia da essi manifestata

nel concentrare i propri argomenti sull’annoso problema dell’“articolo 18” (che peraltro secondo alcuni commentatori non sarebbe chiamato in causa dalla norma, riferita testualmente alle “conseguenze del recesso” e non alle conseguenze del licenziamento illegittimo: Maresca 2011, *contra* Pessi 2011), inneschino un circuito conflittuale proiettato senza filtri o mediazioni dall’affermazione di principi non negoziabili alle aule giudiziarie.

Il rischio conseguente è quello di inasprire la tendenza, inaugurata durante la recente vicenda Fiat, a ricorrere – legittimamente ma, per ragioni tecniche più che politiche, impropriamente – al giudice per la soluzione di problemi che proprio nella mancanza di una adeguata base giuridica positiva hanno il proprio terreno di coltura. Una tendenza recante pregiudizio al livello della riflessione giuridica, poiché si chiede al giudice di esercitare una mediazione senza disporre di una dotazione tecnica idonea allo scopo: la pronuncia del Tribunale di Torino del 14 settembre 2011 sul contratto Fabbrica Italia Pomigliano – inevitabilmente densa di passaggi argomentativi tortuosi e contraddittori – sembra testimoniare.

Nello scenario descritto, si prefigura per l’interprete l’opportunità di contribuire a ricondurre questo contestato quanto – potenzialmente – dirompente dispositivo ad una oggettiva visione sistematica, mediante un approccio che privilegi la prospettiva esegetica su quella valoriale.

Non si può infatti trascurare come l’articolo 8 evochi – non si sa quanto consapevolmente – molti degli snodi teorici intorno ai quali la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogati negli ultimi decenni, sovente senza pervenire a soluzioni certe e condivise. Cosicché le poche righe del testo licenziato dal Parlamento dischiudono scenari interpretativi molto più complessi di quanto non suggeriscano, da un lato, la vulgata secondo cui da oggi l’intero diritto del lavoro sarebbe rimesso alla disponibilità dei privati attraverso la contrattazione di prossimità; dall’altro, le rassicurazioni di quanti pongono l’accento sul dato – di per sé ovvio – della conservazione delle tutele di rango costituzionale, comunitario ed internazionale, dando tuttavia l’impressione che si tratti di un omaggio formale privo di ricadute sostanziali.

Un compito di ricostruzione sistematica di tale momento richiede il concorso di studiosi diversi per formazione e sensibilità giuridica, senza peraltro trascurare il possibile contributo derivante dal confronto con aree disciplinari attigue come l’economia e la scienza dell’organizzazione. Alla prima si potrebbe chiedere se e in quale misura gli effetti virtuosi proclamati dai sostenitori della riforma configurino una corretta strategia di recupero della situazione emergenziale in cui versa l’economia del paese, anche in ragione

del tempo necessario alla contrattazione di prossimità per entrare a regime. Alla seconda, quali siano le probabilità di un effettivo radicamento dei nuovi strumenti assegnati alla contrattazione decentrata, alla luce dello stato attuale delle relazioni sindacali nei luoghi di lavoro: sia con riferimento ai rapporti di forza vigenti, sia in ragione delle più generali condizioni di clima, in apparenza tendenti verso dinamiche conflittuali generate da una diffusa condizione di timore e incertezza e dalla coesistenza di strategie sindacali sovente inconciliabili.

Per quanto concerne la riflessione più strettamente giuridica, due sono i filoni a cui sembra

di poter ricondurre le numerose questioni sollevate dall'articolo 8: quella delle fonti e quella

della rappresentatività sindacale. Ad esse sono dedicati i paragrafi che seguono.

2. Il sistema delle fonti del diritto del lavoro e la Costituzione “presa sul serio”.

L'articolo 8 interviene sul sistema delle fonti del diritto del lavoro da due versanti, mutualmente connessi: a) il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, nel quale si iscrive, quasi per proprietà transitiva, il tema del rapporto tra i livelli della contrattazione; b) il rapporto tra legge e fonti sovraordinate.

Con riferimento al tema indicato *sub a*, se il fenomeno del rinvio legislativo alle parti sociali

al fine di regolare, anche *in peius* (e con efficacia generale), determinati istituti relativi a particolari circostanze del rapporto di lavoro è ormai parte della storia dell'ordinamento giuslavoristico (Ferraro 1981, Mariucci 1988, Vardaro 1984), non è superfluo notare come la dottrina abbia unanimemente rimarcato la soluzione di continuità introdotta dal legislatore del 2011 (De Luca Tamajo 2011, Maresca 2011, Scarpelli 2011 a). Essa consiste nella latitudine del rinvio stesso, espressa sia dall'ampiezza – nonché dall'indeterminatezza delle materie delegate e dell'indirizzo finalistico imposto alle parti sociali al fine dell'attribuzione del potere derogatorio, sia dal limitato controllo esercitato dal legislatore sulle dinamiche intersindacali poste in essere nell'esercizio della delega (Romagnoli 2011 parla a questo proposito di “balcanizzazione” delle relazioni industriali).

L'aspetto più evidente della vicenda, anche per la prossimità temporale degli eventi che l'hanno scandita, è il superamento, ad opera del legislatore, dei contenuti dell'accordo interconfederale tra Confindustria, Cgil Cisl e Uil del 28 giugno 2011, avente quasi analogo oggetto. Quest'ultimo infatti, pur prevedendo una fattispecie di contrattazione aziendale

derogatoria efficace *erga omnes*, ne sottopone l'operatività al rispetto di un sistema di vincoli e condizioni molto più stringente di quello previsto nell'articolo 8.

Non solo, com'è ovvio attesa la natura della fonte, l'accordo interconfederale circoscrive l'agibilità delle deroghe agli istituti del contratto collettivo nazionale, salvaguardando l'intangibilità della legge, ma esso prevede altresì una competenza del contratto aziendale più limitata quanto alle materie (gli istituti “che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro”), alle condizioni prodromiche (“al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi, per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa”) e alle procedure da seguire nella definizione delle norme derogatorie (rinviando a quelle “previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro”, le quali possono altresì modificare le condizioni materiali e finalistiche individuate nella seconda parte della clausola 7 dell'accordo).

In questo senso, l'impatto dell'articolo 8 sul rapporto tra legge e contrattazione collettiva è osservabile non solo dal punto di vista della distribuzione di competenze tra le due fonti di produzione normativa, ma, forse principalmente, da quello dell'ingerenza del legislatore sulle dinamiche dell'autonomia collettiva. Infatti, anche a tacere delle problematiche interpretative inerenti al vago rinvio alla dimensione “territoriale” (cfr. *infra* § 3), ciò che emerge dal raffronto tra l'intervento legislativo e l'accordo interconfederale che lo ha preceduto è la totale emancipazione concessa dal primo ai livelli decentrati nei confronti dei vincoli espressi dal contratto nazionale (Maresca 2011 osserva che, seppure solo per le

molto vasto - la *ratio* del provvedimento è quella di evitare che il ccnl renda inderogabili le norme di derivazione legale concesse alla disponibilità dei contratti di secondo livello).

Una liberalizzazione di tale ampiezza, recante il segno di una inconciliabile dialettica valoriale tra i diritti dei lavoratori e gli imperativi dell'economia (riafferma la centralità dei primi Romagnoli 2011, *contra* Vallebona 2011), pone, secondo alcuni settori della dottrina, dubbi di legittimità costituzionale.

Taluni vi hanno ravvisato una violazione del primo comma dell'articolo 39, che tutela “il principio di garanzia (anche) della libertà della contrattazione collettiva rispetto alle eventuali ingerenze del legislatore” (Scarpelli 2011 b). Si potrebbe tuttavia osservare, in proposito, che con la disposizione in commento il legislatore si limita a conferire agli attori negoziali una opportunità che essi rimangono liberi di non esercitare, e per questa ragione l'ingerenza del legislatore non sembra entrare in conflitto con il principio di libertà sindacale.

Altri imputano all'articolo 8 la violazione del significato sistemico (della legge e) del contratto nazionale desumibile dalla Carta fondamentale. A venire leso sarebbe in particolare l'articolo 39, parte seconda, in cui risiede l'affermazione della necessità di un "armonico equilibrio tra contrattazione nazionale e contrattazione aziendale": necessità evidentemente negata dall'articolo 8 in commento (Rusciano 2011).

Anche l'Autore appena citato ammette tuttavia come, a questo proposito, il legislatore del 2011 non abbia fatto altro che registrare, casomai enfatizzandola, una tendenza normativa in atto da tempo, espressa emblematicamente dalla cancellazione, avvenuta a metà degli anni '90 del secolo scorso, del rapporto di consequenzialità intercorrente tra la rappresentanza negoziale esercitata a livello nazionale nell'ambito delle maggiori confederazioni e la presenza del sindacato in azienda, mediata dal godimento dei diritti sanciti dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori (da ultima Bellocchi 2011). Un altro settore della dottrina ha inoltre rilevato come non sia lecito desumere dalla parte seconda dell'articolo 39 Cost. "una ossificazione di un determinato sistema contrattuale (pena la violazione del 1° comma)" (Magnani 2011).

L'invocazione della norma costituzionale suscita peraltro una ulteriore riflessione in ordine alla legittimità dell'articolo 8, che non sembra esauribile con il richiamo alla giurisprudenza che esclude la contrattazione di secondo livello dal campo di applicazione del precetto de quo (per tutte Cass. 28 maggio 2004, n. 10353). Vi è infatti un elemento che qualifica il caso di specie rispetto al più generale problema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo aziendale. Tale elemento consiste nel rinvio legislativo, da cui promana il potere derogatorio ad efficacia generale concesso alla contrattazione di secondo livello. Di fatto, esso "istituzionalizza" la contrattazione aziendale, rendendola partecipe di una funzione di cura di interessi generali analoga a quella regolata dall'articolo 39, parte seconda, e di conseguenza rendendo ammissibile, se non necessario, il controllo eteronomo sulla produzione normativa degli attori sociali.

Tuttavia, le considerazioni appena svolte non bastano a ricondurre l'articolo 8 sotto la lente

dell'articolo 39, parte seconda, Cost. A ben vedere, infatti, la disposizione in commento non sembra appartenere al genere normativo di cui si occupa il precetto costituzionale, costituito da "quegli interventi legislativi che, attraverso l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi assegnino direttamente o indirettamente a sindacati diversi da quelli registrati il monopolio legale della rappresentanza contrattuale della categoria" (D'Antona 1998).

Siamo piuttosto di fronte ad una delega di autorità normativa a favore degli “attori di un sistema contrattuale volontario e autolegittimato”, mediante il quale la legge “riconosce che quello stesso sistema contrattuale produce” (Id.).

Cionondimeno, proprio la riflessione dell'Autore appena citato evidenzia come “nel fatto stesso che la Costituzione, con disposizioni di dettaglio, indichi un preciso modello di rappresentanza sindacale ai fini della contrattazione collettiva risiede un vincolo costituzionale alla legislazione”, il quale si sostanzia nel rispetto di principi di “organizzazione del pluralismo” che “si debbono considerare operanti anche al di fuori delle forme vincolate della seconda parte dell’art. 39” e che di essa rappresentano il “nocciolo duro” (Id.).

Si giunge per questa via a mettere a fuoco quello che appare come il principale quesito interpretativo sollevato dalla norma: se cioè i criteri di selezione degli agenti negoziali legittimati alla deroga, indicati nel primo comma dell'articolo 8, siano o meno conformi ai suddetti principi costituzionali di organizzazione delle dinamiche intersindacali.

Proseguendo nella direzione argomentativa tracciata da Massimo D'Antona, la risposta appare a prima vista affermativa. Confortano tale avviso la previsione di un criterio maggioritario di sottoscrizione quale requisito per la validità degli accordi derogatori, unitamente al tassativo ancoraggio degli stipulanti ad organizzazioni sindacali dotate del requisito della maggiore rappresentatività comparata su base nazionale (o territoriale). Detti fattori appaiono infatti coerenti con le due fondamentali espressioni del precetto costituzionale più volte evocato: il principio consensualistico, in forza del quale il contratto collettivo deve costituire l'esito di “un rapporto negoziale rispetto al quale, entrambi i gruppi contrapposti partono da una posizione di libertà”, e, soprattutto, il principio proporzionalistico, alla cui stregua si richiede che il consenso negoziale prestato da ciascuna organizzazione stipulante “conti, qualunque sia la distribuzione dei «tavoli», in proporzione al seguito effettivo” (Id.).

Tuttavia, se il meccanismo orchestrato dal legislatore del 2011 appare astrattamente idoneo a soddisfare i requisiti costituzionali, è pur vero che tale esito potrebbe essere concretamente precluso dalla mancata indicazione, nella norma, dei criteri di misurazione della rappresentatività dei contraenti. Si tratta però di una carenza solo apparente, in quanto il primo comma dell'articolo 8 rinvia in proposito agli “accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”.

Non risulta pacifico, dalla lettura del testo, se detto rinvio operi unicamente in merito alla misurazione della rappresentatività maggioritaria delle istanze sindacali in sede

decentrata (di cui alle clausole 4 e 5 dell'accordo interconfederale), ovvero se si estenda ai criteri di certificazione della rappresentatività delle organizzazioni esterne (di cui alla clausola 1 dell'accordo interconfederale, che a tale stregua potrebbe servire ad identificare le “associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale” menzionate nel primo comma dell'articolo 8).

Cionondimeno, l'interpretazione estensiva della norma, in quanto idonea ad attribuire un significato ad entrambe le formule in essa contenute, e non esistendo fonti alternative alle quali attingere a tale scopo, appare come quella maggiormente in grado di garantire la verifica del “seguito effettivo” goduto da ciascuna organizzazione e di soddisfare perciò compiutamente i parametri costituzionali (ad analogo esito sembra pervenire Marazza 2011, seppure muovendo da considerazioni prudenziali e non giuridico-formali).

Dalle considerazioni esposte conseguono effetti giuridici non necessariamente attesi dal legislatore e purtuttavia imposti dall'interpretazione sistematica del dettato normativo. In primo luogo, l'assoggettamento della misurazione della rappresentatività comparata su base nazionale alla ponderazione tra dati associativi ed elettorali. In secondo luogo, la derubricazione ad ipotesi puramente teorica dell'esercizio del potere di deroga da parte di soggetti collegati ad associazioni comparativamente più rappresentative su scala territoriale. Infatti, poiché l'accordo interconfederale del 28 giugno disciplina espressamente solo la misurazione della rappresentatività nazionale, non sembra configurarsi uno dei presupposti a cui, in ragione del rinvio legislativo agli “accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”, è subordinato il conferimento del potere derogatorio alle organizzazioni territoriali (*contra* Maresca 2011 ritiene applicabile *per relationem* il criterio previsto dall'accordo anche alle organizzazioni territoriali, rimanendo comunque possibile in alternativa il ricorso al giudice ai fini della misurazione della rappresentatività di tali organizzazioni).

Una ulteriore conseguenza, ipotizzabile sul piano fattuale benché non giuridicamente necessitata, è l'arretramento dell'ambito materiale delle deroghe dall'ampia gamma di istituti elencati nell'articolo 8 a quella, sensibilmente più ristretta, di cui alla clausola 7 dell'accordo del 28 giugno. Se, infatti, come si è cercato di dimostrare, l'articolo 8 non si giustappone all'accordo bensì lo consolida, in quanto l'effettività del primo dipende dai meccanismi di auto-regolazione del pluralismo sindacale determinati nel secondo, appare improbabile che alcune organizzazioni sindacali, comunque legate alla necessità di applicazione unitaria delle parti dell'accordo relative alla selezione dei soggetti negoziali, tentino poi una “fuga in

avanti” foriera di lacerazioni e conflittualità nel momento della determinazione delle materie da disciplinare.

In conclusione, sembra che l'unico effetto tangibile dell'intervento legislativo sia quello, da più parti auspicato, di fornire una “blindatura legislativa” (De Luca Tamajo 2011 ma già 2010) alla tecnica di estensione degli effetti dei contratti di secondo livello pattuita nell'accordo del 28 giugno. Gli ulteriori contenuti dell'articolo 8 appaiono invece destinati a rimanere lettera morta, almeno fino a quando le parti sociali proseguiranno, prescindendo dal mutevole assetto dei rapporti di forza, lungo il percorso di azione unitaria a livello interconfederale intrapreso il 28 giugno e significativamente confermato con l'intesa applicativa del 21 settembre.

Accentua questa convinzione l'analisi condotta nella prospettiva, precedentemente indicata *sub b*, del rapporto tra la legge e le fonti sovraordinate. Il pleonastico vincolo, statuito nel comma *2-bis* dell'articolo 8, al “rispetto della Costituzione, nonché (de)i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali”, è infatti suscettibile di ridimensionare notevolmente i margini di manovra della contrattazione di prossimità per almeno due ragioni.

In primo luogo, come quasi tutti i commentatori hanno rilevato con tendenziale univocità di accenti, i principi costituzionali (tra cui si devono annoverare non solo le disposizioni del Titolo III sui rapporti economici bensì tutte le norme contenute nella Parte Prima della Carta: Mortati 1954, Smuraglia 1958) e le norme comunitarie, con il concorso della elaborazione giurisprudenziale stratificatasi nel tempo, disegnano una fitta rete di ostacoli alla disponibilità contrattuale delle materie elencate nel secondo comma dell'articolo 8 (De Luca Tamajo 2011, Romei 2011), all'interno della quale gli spazi di operatività delle deroghe pattizie *in peius* risultano alquanto limitati. Ciò si può dire per l'installazione degli impianti audiovisivi nei luoghi di lavoro (Bellavista 2010, Zoli 2010), per le mansioni del lavoratore (Carabelli 2003) e per la “trasformazione e conversione dei contratti di lavoro” (D'Antona 1995), ma l'elenco potrebbe proseguire.

In secondo luogo, gli interpreti che hanno cercato di determinare il significato delle norme fondamentali in argomento sovente hanno conseguito risultati controversi. Si pensi, ad esempio, alle oscillazioni della Corte di Giustizia in ordine alla *vexata quaestio* dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato, da cui discende la disputa nostrana sulla oggettiva giustificazione della prima assunzione a termine (da ultimo Franza 2010).

In presenza di un terreno di azione così accidentato, e pertanto incubatore di litigiosità, si dubita che gli operatori, interessati principalmente alla certezza giuridica (la ripetuta invocazione del principio *pacta sunt servanda* costituisce la sostanza delle richieste formulate dall'amministratore delegato del Gruppo Fiat), possano considerare appetibile uno strumento che, per le ragioni anzidette, non appare corrispondere alle esigenze primarie degli attori sociali.

3. Rappresentanza e rappresentatività: dalle istanze territoriali al caso Fiat.

Gran parte delle tematiche inerenti all'impatto dell'articolo 8 sul tema della rappresentatività sindacale sono state trattate, per ragioni di consequenzialità espositiva, esaminando la norma dal punto di vista del sistema delle fonti. Si è tentato di dimostrare come il sistema di rinvii alla contrattazione collettiva prefigurato dal legislatore necessiti di un ancoraggio all'ordinamento intersindacale (e pertanto, *rebus sic stantibus*, all'accordo del 28 giugno) al fine di fugare i dubbi in ordine alla sua razionalità e alla compatibilità con i principi generali di organizzazione del pluralismo sindacale dettati dalla Costituzione.

Questa tesi conduce ad escludere, nel quadro delle relazioni sindacali dato, l'esercizio della contrattazione di prossimità da parte di agenti negoziali legati ad organizzazioni rappresentative su scala territoriale. Eventualità, quest'ultima, che peraltro presta il fianco ad una questione di legittimità costituzionale con riguardo all'articolo 39, giacché diversamente da quanto comunemente ritenuto per la contrattazione aziendale il precetto contenuto nella Carta "non è eludibile né aggirabile per i contratti di categoria né per quelli territoriali, perché estendere l'efficacia di questi contratti porterebbe a vincolare anche datori non consenzienti, né associati alle organizzazioni rappresentative" (Treu 2011).

Del resto, l'alternativa sarebbe quella di una totale esplosione del sistema. Si dovrebbe infatti ritenere, in ossequio al principio di libertà sindacale sancito dal primo comma dell'articolo 39 Cost., che compete all'autonomia degli stipulanti individuare l'ambito territoriale di misurazione della rappresentatività (Maresca 2011). Si andrebbe a configurare, di conseguenza, un complesso di centri di produzione normativa a geometria variabile (Regione, Provincia, Comune, distretto e qualsiasi altra dimensione suggerita dalla fantasia degli attori) privo di elementi di coordinamento e raccordo: un effetto a cui taluni commentatori ricollegano il rischio di "incremento delle disparità del nostro mercato del lavoro" (così Romei 2011, *contra* De Luca Tamajo 2011 evidenzia le corrispondenti opportunità "superamento del rigido dualismo tra un'area forte e una molto poco garantita del nostro mercato del lavoro"), con argomentazioni che riecheggiano

la disputa sugli effetti della devoluzione delle competenze legislative in materia di lavoro che si era accesa all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione (con toni diversi Biagi 2002, Roccella 2001. Con specifico riferimento agli assetti della contrattazione collettiva Caruso 2001, Garofalo 2002) e che si riteneva superata per effetto della sentenza C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50.

Per concludere, merita attenzione la norma con cui il legislatore ha inteso disciplinare l'efficacia dei contratti aziendali stipulati prima del 28 giugno 2011. Con più di un occhio rivolto alla nota vicenda che ha avuto per protagonisti il Gruppo Fiat e le sue controparti sindacali, il terzo comma dell'articolo 8 conferisce a tali contratti un'efficacia *erga omnes* a condizione di essere stati approvati “con votazione a maggioranza dei lavoratori”.

Taluni settori della dottrina hanno espresso perplessità nei confronti di questa disposizione, sia in quanto essa interviene su di una “materia caratterizzata da giudizi pendenti, con la ben nota questione della sua possibile incidenza sull'esercizio della funzione giurisdizionale” (Magnani 2011), sia perché introdurrebbe all'interno di un provvedimento generale “una disposizione che non solo è del tutto disorganica, ma che potrebbe sollevare una gran quantità di problemi e contenzioso per altre imprese” (Scarpelli 2011 a).

Il problema più spinoso, a quanto sembra, è che un mero elemento cronologico, la data di stipulazione, determini l'assoggettamento dei contratti aziendali a regimi giuridici sensibilmente differenziati, ponendosi pertanto la norma *de qua* in potenziale attrito con l'articolo 3 Cost. Infatti, mentre per i contratti sottoscritti ai sensi dell'accordo interconfederale l'estensione della platea dei destinatari avviene solo sulla base della disciplina negoziale, e pertanto con effetti meramente obbligatori e limitati alle organizzazioni che hanno stipulato l'accordo (salvo non si configuri l'ipotesi delle “specifiche intese” di cui al primo comma dell'articolo 8, condizionate però nei fini e limitate nell'oggetto), i contratti antecedenti esplicano efficacia *erga omnes* in forza una disposizione legislativa e in mancanza di limitazioni analoghe a quelle previste per i contratti di prossimità.

Tale disparità non sembra a prima vista giustificabile in termini di ragionevolezza. Invero, delle due l'una: se l'intento del legislatore fosse stato quello di assicurare a tutti gli operatori economici parità di condizioni circa l'esigibilità degli accordi aziendali stipulati, sarebbe apparso coerente applicare l'estensione legale *erga omnes* anche ai contratti posteriori al 28 giugno. Se invece il legislatore avesse inteso estendere le opportunità

concesse dall'accordo alle realtà non ricadenti nel campo di applicazione dell'accordo stesso, per un verso esso avrebbe dovuto tenere conto, anche per il futuro, dei soggetti negoziali non aderenti alle organizzazioni di rappresentanza che hanno sottoscritto il patto del 28 giugno (come le imprese esterne al circuito confindustriale), e per altro verso avrebbe comunque ecceduto lo scopo in quanto, come si è già rilevato, il terzo comma dell'articolo 8 prefigura condizioni di esigibilità dei contratti ben più solide di quelle offerte dall'accordo interconfederale.

BIBLIOGRAFIA

Bellavista A. (2010), *Esiste la tutela della privacy nel diritto del lavoro?*, in Tullini P. (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 171.

Bellocchi P. (2011), *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, relazione presentata alle Giornate di Studio AIDLASS di Copanello, 24-25 giugno 2011, dattiloscritto.

Biagi M. (2002), *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. Rel. Ind.*

Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*

Caruso B. (2001), *Federalismo e struttura della contrattazione collettiva: appunti di metodo*, in *Lav. Dir.*, 437.

D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 63.

D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 665,

De Luca Tamajo R. (2010), *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I.

De Luca Tamajo R. (2011), *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2001*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 13 settembre 2011.

Ferraro G. (2010), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

Franza G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano.

Garofalo M. G. (2002), *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 401. Lassandari A. (2011), *La contrattazione collettiva: prove di de-strutturazione di un sistema*, in *Lav. Dir.*, 321.

- Magnani M. (2011), *La manovra di ferragosto e il diritto del lavoro*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.
- Marazza M. (2011), *Prime riflessioni tecniche sull'art. 8 della manovra*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 13 settembre 2011.
- Maresca A. (2011), *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011*, n. 138, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.
- Mariucci L. (1988), *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino. Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, I, 148,
- Pessi R. (2011), *Art. 8 della manovra d'estate e stabilità reale: molto rumore per nulla*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.
- Roccella M. (2001), *Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*, in *Lav. Dir.*, 501.
- Romagnoli U. (2011), *La balcanizzazione delle relazioni industriali*, in www.egualianzaeliberata.it.
- Romei R. (2011), *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in www.nelmerito.com.
- Rusciano M. (2011), *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in www.egualianzaeliberata.it.
- Scarpelli F. (2011 a), *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, in www.nelmerito.com.
- Scarpelli F. (2011 b), *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 127/2011.
- Smuraglia C. (1958), *La Costituzione e il sistema di diritto del lavoro: lineamenti di una teoria generale*, Feltrinelli, Milano.
- Treu T. (2011), *La contrattazione di prossimità nella manovra di Ferragosto*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, n. 10/2011.
- Vallebona A. (2011), *Stato sociale e principio di responsabilità*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.
- Vardaro G. (1984), *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli.
- Zoli C. (2010), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in Tullini P. (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 153.

L'EFFICACIA DEROGATORIA DEI CONTRATTI AZIENDALI O TERRITORIALI: SI SGRETOLA L'IDOLO DELL'UNIFORMITÀ OPPRESSIVA

Antonio Vallebona
Università di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. Stato sociale e principio di responsabilità. - 2. Pregi e difetti della norma inderogabile. - 3. La tecnica di attenuazione dell'inderogabilità per evitare l'uniformità oppressiva. - 4. La derogabilità della legge da parte dei contratti aziendali o territoriali. - 5. La derogabilità del contratto nazionale da parte dei contratti aziendali o territoriali. - 6. L'efficacia generale dei contratti aziendali o territoriali. - 7. L'ambito di applicazione e le materie oggetto della nuova disciplina.

1. Stato sociale e principio di responsabilità.

L'aspetto più importante della c.d. manovra d'agosto 2011 (d.l. n. 138/2011 conv. legge n. 148/2011) è il deciso rafforzamento del principio di responsabilità nello stato sociale. In Italia la giustizia sociale è stata realizzata essenzialmente mediante il diritto del lavoro e il diritto tributario. Con il primo è stata riequilibrata la posizione delle parti del contratto individuale di lavoro, sottoposto a norme inderogabili di fonte legale e collettiva di tutela del dipendente. Con il secondo sono stati reperiti i mezzi per assicurare anche ai meno abbienti istruzione, sanità e assistenza.

Le criticità del sistema così realizzato sono note. Quanto al diritto del lavoro: esasperazione della conflittualità, a livello collettivo e individuale, che secondo l'insegnamento di Buddha "turba la mente", come risulta anche dall'etimologia della parola diavolo (gettare in mezzo, dividere) contrapposta alla parola unità, che identifica il bene sin dalle origini della Sapienza; corrispondente accantonamento del principio costituzionale di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese; rigidità e incertezza del modello fondato sul binomio norma generale astratta inderogabile - giudice; spersonalizzazione dei rapporti di lavoro e della previdenza, con induzione di mortifera passività e indecorosi abusi (falsi invalidi, falsi assistenti di parenti invalidi, falsi malati, falsi disoccupati, falsi occupati, falsi indigenti, falsi coniugi, ecc.). Quanto al diritto tributario e finanziario: sperpero del denaro pubblico per assistenza passiva, clientelismo elettorale e collusioni illecite; spese superiori alle entrate con creazione di un enorme debito pubblico; distinzione tra amministrazione prelevante e amministrazione erogante così deresponsabilizzata; evasione

fiscale diffusa a causa di dichiarazioni analitiche controllabili solo in piccola parte entro il termine di prescrizione.

I rimedi sono assai semplici. Quanto al diritto del lavoro: tecniche di regolamentazione del caso concreto, intrinsecamente idonee ad escludere le incertezze, le rigidità e i conflitti della norma generica; sostegno della bilateralità e di istituti partecipativi; eliminazione di privilegi inconcepibili, come quelli che consentono un periodo di vita attiva più breve di quello di vita inattiva; legislazione antifraudolenta contro i profittatori dello stato sociale. Quanto al diritto tributario e finanziario: divieto costituzionale di spese superiori alle entrate; esposizione al giudizio elettorale delle amministrazioni che spendono costringendole al corrispondente prelievo; sostituzione al sistema di dichiarazione analitica con controllo successivo di un sistema di concordato preventivo tra ciascun contribuente ed esperti di settore forniti di informazioni adeguate sul contribuente medesimo che nella maggior parte dei casi sono universalmente note, specie a livello comunale come era una volta, essendo nei miei ricordi di bambino la efficacissima frase del funzionario a mio nonno "Don Ninu, se ssignuria paghi cusì picca all'addri ci nde dicu".

Questi rimedi sono stati ignorati a lungo per idolatria ideologica del diabolico conflitto e per clientelismo consociativo, specie quando i patti di Yalta impedivano un governo dei comunisti, la cui vittoria elettorale, al pari di una insurrezione non a caso temuta dallo stesso Togliatti ("non fate sciocchezze"), avrebbe svelato il limite della democrazia italiana rendendo necessario un golpe USA simile ai carri armati sovietici in Ungheria e Cecoslovacchia.

Ma la storia è andata avanti e finalmente i rimedi contro le degenerazioni dello stato sociale cominciano ad essere attuati.

Già nel Collegato lavoro 2010 sono contenute importanti norme antiabuso (termine di decadenza per l'introduzione del giudizio), antincertezza (indennità forfettaria per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale dell'illegittimità del termine) e anticonflitto (arbitrato irrituale per la rapida risoluzione delle controversie).

Ora nella manovra di agosto 2011 è affermato con decisione il principio di responsabilità nello stato sociale.

Quanto al diritto del lavoro, le disposizioni dell'art. 8 consentono ai contratti collettivi aziendali e territoriali di derogare la legge e i contratti nazionali nell'interesse comune alla conservazione e alla espansione dell'impresa e dell'occupazione. E non a caso tra le finalità indicate compare espressamente anche l' "adozione di forme di partecipazione dei lavoratori".

E' finita la dannosissima illusione del salario variabile indipendente e della occupazione indifferente alla stratificazione di tutele oppressive nella loro rigida uniformità. Ora i sindacati valuteranno responsabilmente le forme ed i limiti delle tutele compatibili non solo con la dignità del lavoratore, ma anche con il mantenimento e la crescita dell'occupazione regolare in ciascuna azienda. Per dirla con una sorta di slogan: responsabilità per l'occupazione e il proporzionamento delle tutele.

Quanto al diritto tributario e finanziario, la disposizione dell'art. 1, comma 12 bis, eleva al 100 per cento la quota spettante ai comuni sui tributi statali evasi e recuperati mediante l'intervento dei comuni stessi.

E così non solo l'ordinamento si muove verso l'accertamento per fatto notorio, che è possibile solo nelle comunità più ristrette, ma compensa la riduzione del trasferimento statale ai comuni incentivando proprio la loro "partecipazione all'accertamento tributario".

Anche qui si afferma un sano principio di responsabilità, per cui il governo locale che vuole spendere deve concorrere al prelievo, esponendosi davanti ai propri elettori. Che sono in tanti ad essere evasori, compreso un gran numero di lavoratori dipendenti, dal secondo lavoro anche autonomo dei pubblici impiegati fino al lavoro nero non sempre obbligato ma spesso scelto per convenienza fiscale anche da pensionati troppo giovani. Ricorrendo ad un altro slogan può dirsi: responsabilità per educare governanti e governati.

2. Pregi e difetti della norma inderogabile.

La norma inderogabile con efficacia sostitutiva costituisce la tecnica fondamentale del diritto del lavoro per la protezione della parte debole contro la dittatura contrattuale della parte forte, superando le strettoie e i limiti dell'istituto civilistico della rescissione. In questo sistema la protezione minimale economica e normativa del lavoratore deriva da fonti esterne al contratto individuale: la legge e i contratti collettivi.

Si tratta di una tecnica efficacissima di massima invasione dell'autonomia privata individuale, i cui prodotti difformi dalle norme inderogabili non sono solo eliminati, ma anche automaticamente sostituiti dal contenuto del precetto violato, con conseguente conservazione del contratto anche se ne sono travolte clausole essenziali.

L'inderogabilità va oltre la fase acquisitiva dei diritti proiettandosi anche nella fase di disposizione dei diritti già sorti, che possono essere sottratti all'accertamento giurisdizionale, oltre che dall'inerzia del titolare fino al compimento della decadenza o della prescrizione, solo mediante rinunzie e transazioni in sede assistita o non impugnate nel termine stabilito oppure mediante arbitrato irrituale liberamente scelto.

Questo consolidato sistema di tutela del lavoratore presenta, però, un difetto gravissimo allorché, come è avvenuto in Italia, le norme inderogabili si moltiplicano fino a costituire una pesante coltre che copre ossessivamente tutti gli aspetti del rapporto.

L'encomiabile aspirazione ad impedire qualsiasi pregiudizio della persona del lavoratore anche nella sua realizzazione extraprofessionale si trasforma, così, in una maledizione diabolica. Sia a causa della oppressiva uniformità di norme comuni troppo ampie, in sé per definizione inadeguate a disciplinare adeguatamente la variabilità del reale. Sia a causa della esiziale incertezza di norme inderogabili a precetto generico e dei conseguenti conflitti applicativi rimessi a procedimenti giurisdizionali che si concludono definitivamente solo dopo molti anni.

Si verifica, così, una fortissima disincentivazione alla allocazione delle imprese, che, nella concorrenza internazionale, non possono rinunciare ad un sistema di regole adeguate e certe. Ed anche le organizzazioni erogatrici di servizi legati al territorio hanno la stessa esigenza per accrescere una produttività intollerabilmente bassa.

Pertanto sussiste un forte interesse comune di imprese, lavoratori, utenti e contribuenti a modificare profondamente un diritto del lavoro troppo a lungo rimasto inalterato nei suoi snodi essenziali per uno stupido conservatorismo ideologico, quasi che fosse una variabile indipendente intoccabile.

3. La tecnica di attenuazione dell'inderogabilità per evitare l'uniformità oppressiva.

Al di là della pur necessaria riformulazione di alcune tutele legali sproporzionate, la tecnica per realizzare questo bene comune è una sola.

Si tratta, come vado dicendo da molti anni, della previsione di procedimenti che consentano di fissare preventivamente la regola specifica e certa del caso concreto, con potere di discostarsi all'uopo dalle norme inderogabili di più ampia dimensione.

Questi procedimenti possono essere affidati all'autorità amministrativa, a enti bilaterali, all'autonomia collettiva o all'autonomia individuale assistita. Non si intendono qui approfondire vantaggi e costi di ciascuna di queste variabili, indicando i casi in cui l'una si può far preferire all'altra. Quel che conta è la loro natura di norme sulla produzione giuridica secondo la classica distinzione dalle norme di azione.

Le disfunzioni della tecnica della norma inderogabile con efficacia sostitutiva possono essere fronteggiate solo con un'altra tecnica dello stesso tipo. Quella che, appunto,

trasforma la norma imperativa in norma semimperativa, cioè derogabile da un'altra fonte espressamente indicata.

Questa tecnica è finalmente riconosciuta nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, in cui si prevedono contratti aziendali con efficacia generale derogatori del contratto nazionale per "una politica di sviluppo adeguata alle differenti necessità produttive" mediante discipline aderenti "alle esigenze degli specifici contesti produttivi", e ciò anche in mancanza delle relative procedure rimesse al contratto nazionale se occorre "al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa".

La medesima tecnica è definitivamente sancita dall'art. 8 del d. l. n. 138/2011 conv. legge n. 148/2011, che consente a contratti aziendali o territoriali anche con efficacia generale di derogare la disciplina legale e quella collettiva nazionale di fondamentali materie "con specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività".

Sia l'accordo interconfederale che la legge scelgono come fonte derogatoria l'autonomia collettiva a livello aziendale (e la legge anche a livello territoriale), affidando così alla responsabilità sindacale il proporzionamento delle tutele a specifici contesti per favorire lo sviluppo e l'occupazione.

Si tratta di una svolta epocale, poiché finora l'autonomia collettiva era stata chiamata dalla legge a collaborare soprattutto per il superamento delle crisi di impresa e per l'emersione del lavoro irregolare (integrazione salariale, licenziamenti collettivi, trasferimento di aziende in crisi, solidarietà, riallineamento), ma senza l'ampissimo potere di derogare tante tutele legali ora riconosciuto per finalità assai più ampie. Sicché solo da ora i sindacati, se e nei limiti in cui lo riterranno necessario per il bene comune, potranno di volta in volta adeguare gran parte della disciplina del lavoro nelle forme più utili in ciascuna azienda o in ciascun territorio.

Stavolta la tecnica è quella giusta. Al contrario della certificazione, almeno fino a quando non sarà trasformata in un procedimento derogatorio di tutele.

4. La derogabilità della legge da parte dei contratti aziendali o territoriali.

Il potere di derogare la legge può venire solo dalla legge, come nella specie dall'espressa disposizione dell'art. 8, comma 2 bis, d.l. cit. ("anche in deroga alle disposizioni di legge").

La fonte così abilitata alla deroga sono "i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale".

Ma con una condizione relativa alla qualità dei soggetti stipulanti, di cui si dirà subito, ed un limite relativo all'oggetto della deroga, di cui si dirà nel punto 7 che segue.

Sono previste anche le finalità della deroga, di cui si è detto nel punto 3 che precede, ma con formulazioni così generali e ampie che difficilmente se ne potrà affermare l'insussistenza con la conseguente nullità dell'accordo.

I soggetti abilitati alla stipulazione in deroga, altrimenti nulla, sono individuati solo con riferimento alla parte sindacale, trattandosi di accordi ablativi che esigono l'affidabilità di chi dispone delle tutele.

Innanzitutto sono abilitate le "associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale". La disgiuntiva "o" comporta la sufficienza di tale rappresentatività sull'uno o sull'altro piano alternativamente. L'espressione sottoscritti "da" (e non "dalle") consente la stipula anche da parte di una sola di tali associazioni.

In alternativa i contratti aziendali, e non anche quelli territoriali, possono essere stipulati dalle rappresentanze sindacali in azienda delle suddette associazioni comparativamente più rappresentative, come risulta dall'aggettivo "loro". Si aggiunge l'espresso richiamo agli "accordi interconfederali vigenti" al fine della individuazione delle "rappresentanze sindacali operanti in azienda", dovendosi, dunque, considerare legittimata anche la RSU ove esistente. Anche qui, come per le associazioni esterne, basta una sola rappresentanza sindacale, essendo prevista la necessità di "un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali" ai soli fini della eventuale efficacia generale dell'accordo, di cui si dirà nel punto 6 che segue.

In conclusione il legislatore ha individuato ragionevolmente i soggetti legittimati a sottoscrivere un accordo derogatorio con efficacia limitata ai soli lavoratori rappresentati dagli stipulanti o che abbiano fatto rinvio, espressamente o tacitamente, all'attività negoziale di questi.

5. La derogabilità del contratto nazionale da parte dei contratti aziendali o territoriali.

Il problema della deroga anche *in peius* del contratto collettivo nazionale da parte dei contratti territoriali o aziendali è completamente diverso.

Si tratta, infatti, di fonti paritetiche tutte negoziali privatistiche, sicché non esiste tra loro una gerarchia (Cass. nn. 3092/1996, SU 1614/1989, 4758/1987, 7847/2003, 9784/2003, 10762/2004, 9052/2006, 13544/2008) ed è applicabile il principio generale di diritto comune relativo alla successione di più contratti tra le stesse parti nel senso della prevalenza dell'ultima pattuizione ex art. 1372, c. 1, cod. civ. Sicché il sopravvenuto contratto aziendale o territoriale, ovviamente nei limiti della sua efficacia soggettiva, può liberamente prevedere una disciplina diversa anche peggiorativa rispetto a quella del precedente contratto nazionale con salvezza dei soli diritti già maturati (Cass. nn. 1403/1990, 931/1996, 3092/1996, 8296/2001, 9784/2003, 19351/2007).

In questo quadro sia l'accordo interconfederale 28 giugno 2011, sia l'art. 8 d. l. cit. rilevano non tanto per l'espresso riconoscimento ai contratti aziendali o territoriali di un potere derogatorio già esistente in base al ricordato principio generale, quanto per l'efficacia generale assegnata alla deroga di cui si dirà nel punto 6 che segue.

Qui occorre precisare che solo la legge si riferisce anche ai contratti territoriali e che la selezione dei soggetti stipulanti e le regole procedimentali previste dall'accordo interconfederale sono imposte solo ai fini dell'efficacia generale del contratto aziendale, altrimenti operante con la consueta limitata efficacia soggettiva.

6. L'efficacia generale del contratto aziendale o territoriale.

- A. I contratti collettivi possono avere efficacia generale solo se stipulati nel rispetto della disciplina dell'art. 39, comma 4, Cost., con conseguente incostituzionalità: *a)* di una legislazione a tappeto che recepisca il contenuto dei contratti collettivi così rendendolo generalmente vincolante (Corte cost. n. 106/1962); *b)* di un rinvio legale in bianco all'autonomia collettiva, le cui determinazioni andrebbero sistematicamente a riempire il precetto legale contenitore con conseguente efficacia generale (Corte cost. n. 10/1957); *c)* della attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi stipulanti dai sindacati maggiormente o comparativamente più rappresentativi, in contrasto con il ben diverso principio della rappresentanza proporzionale sancito nella Costituzione, che esige una verifica della effettiva consistenza numerica di ciascun sindacato nella categoria alla quale il contratto si riferisce (Corte cost. n. 334/1988). Per i contratti aziendali ablativi o gestionali il problema si è riproposto in considerazione della innegabile esigenza di una disciplina unitaria. Ma le tesi avanzate per aggirare il vincolo costituzionale non sono condivisibili o sono di limitata utilità: *a)* quella

per cui avrebbe efficacia generale il contratto collettivo aziendale approvato dalla maggioranza di lavoratori partecipanti all'assemblea (Cass. nn. 298/1992, 4295/1994), perché sconta una volontà del singolo partecipante di vincolarsi al principio maggioritario che andrebbe comprovata in concreto e, comunque, non risolve il problema nei confronti dei non partecipanti; *b*) quella per cui avrebbe efficacia generale il contratto collettivo aziendale stipulato da un soggetto eletto dai lavoratori, non solo perché richiede il conferimento espresso di fonte legale o negoziale del potere di stipulare per tutti, ma soprattutto perché contrasta con il dettato costituzionale qualunque riserva di quote a favore di alcuni sindacati come quella prevista per le RSU (Corte cost. n. 244/1996); *c*) quella per cui avrebbe efficacia generale il contratto collettivo relativo a interessi indivisibili (Cass. nn. 3607/1990, 1438/1993, 19351/2007), perché confonde l'esigenza con lo strumento giuridico per soddisfarla che deve rispettare la Costituzione; *d*) quella per cui esulerebbero dal vincolo costituzionale i contratti collettivi non normativi (Corte cost. nn. 268/1994, 344/1996; Cass. n. 11634/2004), perché non risolve il problema generale, che riguarda proprio i contratti collettivi normativi; *e*) quella per cui il contratto collettivo costituirebbe una fonte di diritto *extra ordinem* cui la legge potrebbe delegare funzioni di produzione normativa con efficacia generale (Corte cost. n. 344/1996), perché il rinvio legale in bianco all'autonomia collettiva le attribuisce efficacia generale con un sistema diverso da quello costituzionale fondato sul principio maggioritario con partecipazione delle minoranze alla unitaria rappresentanza negoziale. In questo quadro non meraviglia che buona parte della giurisprudenza continui correttamente ad escludere l'efficacia generale del contratto aziendale (Cass. nn. 1403/1990, 1102/1993, 4802/1993, 4295/1994, 10353/2004).

- B. Ora l'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e l'art. 8 del d.l. 138/2011 conv. legge n. 148/2011 prevedono espressamente contratti collettivi aziendali e territoriali con efficacia generale. L'accordo attribuisce al contratto aziendale tale efficacia nei confronti di "tutto il personale in forza" e di "tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale". Ma le eventuali clausole di tregua sindacale vincolano solo tali associazioni e le rappresentanze sindacali, con espressa esclusione dei singoli lavoratori. L'efficacia generale è prevista dall'accordo solo "se" il contratto aziendale è stipulato dalla RSU a maggioranza dei suoi componenti oppure "se" è approvato dalle rsa costituite

da sindacati che rappresentano la maggioranza dei lavoratori sindacalizzati dell'azienda conteggiati mediante il numero di deleghe per i contributi sindacali. Solo in questa seconda ipotesi è previsto, ove richiesto da uno dei sindacati firmatari dell'accordo interconfederale oppure dal 30% dei lavoratori dell'impresa, un referendum non per l'approvazione, ma per il rigetto del contratto, che si verifica con la partecipazione alla consultazione di più della metà degli aventi diritto e con la maggioranza semplice dei votanti. Questo sistema di efficacia generale è di fonte negoziale, sicché valgono le regole privatistiche. Pertanto opera per i sindacati stipulanti l'accordo interconfederale e i loro iscritti, poiché per costoro il vincolo è voluto e non imposto. Invece i sindacati estranei all'accordo interconfederale sono vincolati dal contratto aziendale stipulato dalla RSU solo se sottoscrittori del relativo accordo istitutivo o comunque rappresentati nella stessa, mentre il contratto aziendale stipulato da rsa ad essi estranee non li può mai vincolare neppure per il tramite del referendum.

- C. L'art. 8, c. 1, d.l. cit. attribuisce efficacia generale ai contratti aziendali o territoriali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale oppure dalle loro rappresentanze aziendali, purché sottoscritti "sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali". In sostanza, a prescindere dalla stipulazione da parte di sindacati esterni o da parte delle loro rappresentanze aziendali, quello che conta per il legislatore è il rispetto di un criterio maggioritario riferito all'ambito aziendale. E, quindi, sia il contratto territoriale sia quello aziendale si applicano a tutti i lavoratori di una determinata azienda se i soggetti stipulanti, siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentano la maggioranza dei lavoratori dell'azienda medesima. E per il conteggio dovrebbe valere il riferimento al numero delle deleghe per i contributi sancito dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011, non a caso espressamente richiamato nel medesimo comma 1 dell'art. 8. Questo sistema di efficacia generale è di fonte legale, sicché qui conta solo la valutazione di legittimità costituzionale. Che è positiva solo se alla trattativa e alla stipulazione a maggioranza nel senso suddetto possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati. Sicché i contratti con valida efficacia generale potrebbero essere quelli stipulati dalla RSU oppure da un gruppo di rsa o di sindacati esterni aperto alla partecipazione di tutti i sindacati

e/o da loro rappresentanze aventi in azienda un numero ragionevole di iscritti, che la Corte costituzionale potrebbe individuare ad esempio nel 5% del personale. Ovviamente se i sindacati intendono anche qui applicare le regole procedurali dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 secondo quanto concordato il 21 settembre 2011, non sorge alcun problema, purché sia rispettato il predetto vincolo di costituzionalità. L'eventuale esclusione della efficacia generale di un contratto aziendale o territoriale non toccherebbe, ovviamente, il potere di derogare la legge e il contratto nazionale con riferimento ai soli lavoratori rappresentati dai soggetti stipulanti o che abbiano, espressamente o tacitamente, fatto rinvio alla attività negoziale di questi, come si è visto nei punti 4 e 5 che precedono.

- D. Il comma 3 dell'art. 8 prevede l'efficacia generale anche per i contratti aziendali sottoscritti prima dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011, purché approvati "con votazione a maggioranza dei lavoratori". E' palese l'intenzione del legislatore di incidere sulle note vicende di Pomigliano e di Mirafiori. Ma il tentativo appare incostituzionale, perché, come si è già detto, per l'efficacia generale occorre una rappresentanza trattante aperta a tutti con stipulazione a maggioranza in proporzione agli iscritti. Condizioni che non possono essere sostituite dal diverso criterio della maggioranza referendaria, qui indicato così precisamente da impedire quella interpretazione conservativa invece possibile per la diversa norma a regime.

7. L'ambito di applicazione e le materie oggetto della nuova disciplina.

Il lavoro pubblico anche privatizzato è escluso sia dall'accordo interconfederale in esame, stipulato da Confindustria, sia dell'art. 8 d.l. cit., le cui disposizioni sono chiaramente riferite al solo settore privato.

La intese aziendali "modificative" del contratto nazionale previste nel punto 7 dell'accordo interconfederale possono riguardare qualsiasi materia e non solo quelle delegate, secondo il precedente punto 3, dal contratto nazionale, cui peraltro spetta fissare "limiti" e "procedure" per tali intese, che, nelle more, possono comunque derogare la disciplina del contratto nazionale concernente "la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro".

I contratti aziendali e territoriali previsti dall'art. 8 d.l. cit. possono derogare la legge e i contratti nazionali, sempre nel rispetto della Costituzione, del diritto comunitario e

internazionale, solo per le materie espressamente elencate nel comma 2. Il che, se per la deroga alla legge costituisce una grande apertura, per la deroga al contratto nazionale costituisce una limitazione del principio generale di illimitata derogabilità.

Le materie indicate dal legislatore sono numerose ed importanti. Si segnalano: le mansioni e la classificazione del personale, con la facoltà del contratto di indicare le mansioni tra loro equivalenti oppure di fissare una penale sostitutiva del risarcimento per le ipotesi di demansionamento oppure di escludere la promozione automatica o di allungare il termine per la produzione di questo effetto; il lavoro a termine, con la facoltà del contratto di prevedere specifiche ipotesi di legittimazione del termine oppure di escludere la c.d. conversione in determinati casi come ad esempio per il primo isolato contratto; il regime di solidarietà negli appalti, che il contratto potrà escludere o limitare; i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro, che il contratto potrà liberamente individuare; la disciplina dell'orario di lavoro, che il contratto potrà opportunamente flessibilizzare; le modalità di assunzione, ad esempio con il prolungamento del limite massimo della prova; il lavoro parasubordinato anche a progetto e il lavoro autonomo, con la possibilità per il contratto di escludere la necessità di un progetto o la trasformazione automatica in lavoro subordinato per mancanza di progetto; il licenziamento, con la possibilità di elevare la soglia numerica per l'applicazione della tutela reale incrementando l'indennità alternativa alla riassunzione o di escludere la tutela reale per le imprese minori che superino la soglia con nuove assunzioni o di sopprimere l'indennità sostitutiva di reintegrazione o di escludere il risarcimento per il *medio tempore* dopo un certo periodo o di onerare il lavoratore della prova della disoccupazione.

ACCORDO 28 GIUGNO 2011 E ART. 8 L. 148/2011: IN PARTICOLARE IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE.

Gaetano Zilio Grandi
Università Ca' Foscari di Venezia

Le presenti, e brevi, osservazioni traggono spunto da una discussa norma contenuta nella c.d. Manovra di ferragosto, ovvero dal d.l. n. 138/2011, poi conv. nella l. 14 settembre 2011, n. 148, ma anche dalle innovazioni apportate da recenti accordi interconfederali, più o meno condivisi.

Tuttavia, e preliminarmente, sia lasciato spazio ad una serie di considerazioni in qualche misura propedeutiche, che provino a spiegare il momento storico delle nostre Relazioni industriali e dunque anche il “senso” della norma commentata (e contestata).

1. Una premessa: alcuni perché dell'addio (o arrivederci) di Fiat a Confindustria.

Con una lettera indirizzata alla Presidente di Confindustria Sergio Marchionne ha ufficializzato l'uscita di Fiat dal sistema Confindustriale. Quali le conseguenze? La più immediata, ma forse non del tutto scontata alla luce di talune prese di posizione da parte della dottrina e dei possibili profili di incostituzionalità, è che, non risultando più associata, Fiat non risulterebbe più obbligata ad applicare i contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni imprenditoriali. Per meglio dire, non li dovrebbe applicare per quanto attiene alla parte c.d. normativa, posto che il limite della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost., e di regola ravvisabile nelle previsioni di cui al Ccnl di riferimento se non direttamente applicato, rimane, a nostro modo di vedere, intatto; anche se, è bene dirlo subito, spostando l'asse della disciplina contrattuale a valle, ovvero verso un contratto in questa ipotesi di Gruppo, sarebbe quest'ultimo a fungere da parametro di riferimento, una volta vista la luce, anche per quel che attiene alla retribuzione *ex art. 36 Cost*; e fermi restando possibili interventi “ripristinatori” da parte della giurisprudenza.

Come appena detto Fiat dovrebbe risultare perciò libera di creare *ex novo* un sistema di relazioni sindacali dedicato al settore dell'auto, posto che essa detiene in Italia una sorta di monopolio produttivo, e potrà inoltre muoversi senza l'assillo dei ricorsi giudiziari da parte

delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, Fiom-Cgil *in primis* (come è invece avvenuto a Pomigliano, Mirafiori, Grugliasco)¹.

Ma quali sono i motivi che spingono uno dei più rilevanti gruppi industriali del nostro paese a dare scacco al sistema sindacale vigente?

Lo scrive, con chiarezza, lo stesso manager di Fiat: “guido un gruppo con 181 siti in 30 paesi che ha bisogno di certezze circa la situazione giuridico-sindacale”. Nella sua lettera a Confindustria Marchionne riconosce che in Italia sono state prese due importanti decisioni per il rilancio del sistema economico: l'accordo interconfederale del 28 giugno in materia di decentramento aziendale e territoriale della contrattazione collettiva e l'approvazione dell'articolo 8 nella manovra straordinaria di ferragosto, che apre la possibilità per i contratti aziendali di derogare alle previsioni del contratto collettivo nazionale e, con alcune condizioni, alla stessa legge. Ebbene, secondo l'amministratore delegato di Fiat tali importanti novità potrebbero venir meno con i più recenti accordi fra Confindustria e sindacato, o meglio con la formalizzazione dell'accordo del 28 luglio, che reca in aggiunta una clausola per la quale “le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti”².

La scelta di Fiat porterebbe dunque ad una conseguenza precisa: la creazione di un “sistema aziendale” di relazioni sindacali all'interno del gruppo torinese. Ciò significa sottrarsi alle regole imposte da altri livelli di contrattazione e limitarsi solo a quelle condivise dalle parti presenti nella specifica realtà produttiva, regole dunque “specializzate” per settore e imprese coinvolte. Di modo che i contratti collettivi sarebbero così guidati dall'esclusivo interesse dei soggetti coinvolti – impresa e lavoratori, e per riflesso l'economia nazionale – piuttosto che dalle logiche delle organizzazioni sindacali, da una parte e dall'altra.

Tuttavia, ai lavoratori, e ai cittadini, si dice, con una certa dose di approssimazione, che l'art. 8 della nuova legge elimina dalla scena normativa l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, norma simbolo di un diritto del lavoro in grave crisi regolativa e che la lettera inviata dalla Bce

¹ Su cui da ultimo F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP Centro studi Massimo D'Antona, 2011. Non è questa la sede per citare la già ampia dottrina espressasi sulla pur recente norma: oltre agli Autori citati espressamente sia consentito rinviare alla ampia bibliografia, anche over art. 8 l. n. 148/2011, riportata nello scritto di Speciale e Perulli, cit. alla nota successiva. Andrebbe anche aperta, ma non è questa la sede, una discussione sulla stessa rappresentatività della maggiore associazione imprenditoriale, soprattutto nei confronti di imprese non massicciamente partecipate dallo Stato e, loro sì, inserite nel difficile contesto della concorrenza globale.

² Sul punto v. già V. SPEZIALE e A. PERULLI, L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “Rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro, in WP Centro studi Massimo D'Antona, 2011; L. MARIUCCI, Un accordo e una legge contro l'accordo, in LD, n. 3/2011.

al Governo italiano invita a superare³. In cambio di queste nuove forme di flessibilità, in verità solo potenziali dipendendo da successivi accordi collettivi, si promette, invece, la garanzia dell'occupazione e si prospettano investimenti per far crescere l'impresa *de qua* anche in una situazione di oggettiva difficoltà di mercato; inoltre, si avanza la possibilità di condividere la maggiore produttività con retribuzioni più alte, differenziate per settori e imprese: ciò che acuta dottrina imputa al conosciuto meccanismo della monetizzazione dei diritti⁴.

Si è detto e tuttora si sostiene che la norma voluta dal Ministro Sacconi e dagli stessi ambienti industriali sia lesiva dei diritti delle organizzazioni sindacali oltre che dei lavoratori⁵. Appare utile ricordare tuttavia, e prima ancora di ulteriori considerazioni meno generiche non possibili in questa sede, che l'art. 39 della Costituzione, sulla libertà sindacale, vale anche per gli imprenditori e le loro associazioni, così come per i lavoratori dalla Fiom; e che dunque se ben si può opinare sulla norma in termini di illegittimità ovvero incostituzionalità (ma non anticostituzionalità!), il comportamento della società torinese deve – certo a nostro modesto giudizio - essere valutato, almeno dai giuristi, in modo meno semplicistico e soprattutto per quello che è: una scelta sindacale, di per sé legittima.

Cosicché – con lo stesso metro utilizzato dai detrattori di tale scelta – può anche anticiparsi, circa la ritenuta sussistenza di un "ricatto" da parte di Fiat e di Marchionne, che l'economia globale in verità non ricatta, ma agisce direttamente. Ed era inevitabile che in Italia qualcuno di “maggiormente rappresentativo” di un singolo o più studiosi lo sostenesse così apertamente.

2. La discussa norma di cui all'art. 8, l. n. 148/2011 e la somministrazione.

Tale norma, oltre a porre in essere un meccanismo di “derogabilità” delle norme del contratto nazionale e di legge da parte di contratti collettivi aziendali o territoriali stipulati secondo determinate modalità e requisiti di rappresentatività, sulle quali non è qui possibile soffermarsi, rinviando alle conclusioni alcune personali considerazioni, pone le premesse per una ulteriore *deregulation* della materia in oggetto.

³ Ma per una serrata critica alle ragioni che hanno spinto la Bce, e anche sulla legittimità ed opportunità delle richieste in essa poste, v. per tutti e dettagliatamente V. SPEZIALE e A. PERULLI, cit., p. 1-3.

⁴ Ampie critiche di metodo e di merito al provvedimento, seppure con la consapevolezza di dover comunque agire, certo sul piano delle regole della contrattazione collettiva, per superare precedenti *impasse*, B. CARUSO, in RIDL, 3, III, 2011; e in qualche misura a conclusioni negative sull'art. 8 ma aperte soprattutto a una soluzione dell'ormai “cronico” problema dell'art. 39, c. 2 e ss., Cost., che impedisce il nuovo e compromette il vecchio, F. CARINCI, op. ult. cit.

⁵ In particolare v. l'ampio e approfondito saggio di V. SPEZIALE e A. PERULLI, cit., spec. par. 9, con riguardo al comma 2 bis dell'art. 8.

A dire il vero, già la più recente giurisprudenza in materia aveva allargato i confini dell'utilizzo del contratto di somministrazione, ovviamente con riguardo a quella a tempo determinato: si può in proposito richiamare la decisione del Tribunale di Treviso (Trib. Treviso, n. 374 del 27 luglio 2011) che ha escluso "l'esistenza di un obbligo di indicazione in materia specifica dei motivi di ricorso alla somministrazione di manodopera, osservando che l'art. 20, c. 4, del D.L.vo n. 276/2003, non pone alcun vincolo in merito alla apposizione delle causali".

Ciò significa che la causale, sulla quale ad esempio si sono sempre soffermate con accuratezza le più attente commissioni di certificazione, alla fine non rileva, nel senso che, almeno stando al giudice veneto, basta la presenza di una qualsivoglia e legittima causale, ovvero riconducibile al c.d. causalone di cui già alla legislazione sui contratti a termine.

Su questo impianto normativo, e sulla menzionata interpretazione, già sufficientemente lata, incide infine l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, come modificato in sede di conversione dalla citata legge n. 148, per la quale "I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale (...) possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività".

Ma soprattutto, per quel che qui interessa, tali "specifiche intese (...) possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento" (tra gli altri) "ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro" (c.n.).

"Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate (...) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro".

In altre e più semplici parole i contratti collettivi aziendali, come disciplinati dall'art. 8 cit., e pur in presenza di un precedente accordo interconfederale, datato 28 giugno 2011, ma siglato il 21 settembre 2011, con il quale si ritiene "sterilizzato" *de futuro* l'utilizzo della norma di legge *de qua*⁶, potrebbero dettare una disciplina in proposito, integrativa e altresì derogatoria rispetto

⁶ A dire il vero nel citato accordo, di mera formalizzazione del precedente, nulla si dice espressamente con riguardo alla norma contenuta nella Manovra: "Confindustria, Cgil, Cisl e Uil concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente, Confindustria, Cgil, Cisl

a quella, contrattuale e legale, a tutt'oggi vigente. E ancora, si prevede che le eventuali deroghe dovranno arrestarsi alle soglie dei limiti derivanti dalla Costituzione italiana, dalla normativa comunitaria e dalle convenzioni internazionali su lavoro⁷. Sul punto, come anticipato, si sono subito scontrati due orientamenti: l'uno teso a enfatizzare le possibilità, per la contrattazione aziendale e territoriale, di derogare alla legge e ai contratti nazionali soprattutto laddove non risulti presente, appunto, una "copertura" costituzionale o comunitaria⁸, che tuttavia, alla luce del comma 2 bis introdotto dalla legge di conversione all'originario decreto, anche per gli Aa. appena citati, risulta fortemente limitativa del potere dell'autonomia collettiva; ed altri che, tutto sommato, ritengono che l'art. 8 non incida così significativamente né sul Diritto del lavoro vigente e tradizionale né, soprattutto, sulle prerogative dei lavoratori, posto che essi risultano garantiti dalla presenza, in definitiva e ad ogni livello, della organizzazione sindacale⁹.

Quali sono, dunque, questi limiti? E ancora, e soprattutto, su quali *aspetti* i contratti collettivi aziendali possono derogare ai contratti nazionali e alla legge?

E d'altro canto perché laddove la contrattazione aziendale ha superato le soglie percentuali previste dai Ccnl non ha suscitato analoghi dubbi? Non è questa la dimostrazione della possibile legittimità dei contratti aziendali, sebbene stipulati in deroga ex art. 8 l.148/2011?

Rinviando in generale al citato contributo di Valerio Speziale e Adalberto Perulli, nonché a quello, ancor più recente, di Franco Carinci, ove vengono individuati soprattutto i limiti "comunitari"¹⁰, ma soprattutto si ribadisce come tutto il Diritto¹¹ del lavoro italiano sia fondato su principi costituzionali altresì affermati a livello comunitario, occorre dunque

e Uil si impegnano ad attenersi all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto Accordo Interconfederale".

⁷ Sul tema di recente v. E. GHERA, A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009; e R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, Esi, 2006.

⁸ Cfr. V. SPEZIALE e A. PERULLI, L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "Rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro, in WP Centro studi Massimo D'Antona, 2011, che menzionano in proposito i temi delle mansioni, della classificazione e dell'inquadramento del personale e soprattutto ritengono quale obiettivo finale del legislatore l'art. 18 St. lav. sino ad arrivare a "stravolgere il Diritto del lavoro vigente!"; ivi ampi e numerosi riferimenti cui deve sin d'ora aggiungersi F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, dattiloscritto.

⁹ M. TIRABOSCHI, *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in Bollettino Adapt, 12 settembre 2011.

¹⁰ Art. 30 Carta di Nizza per quanto attiene al recesso; Direttiva 99/70/CE per i contratti a termine reiterati e ove venga prevista una ridottissima indennità sostitutiva ovvero una durata totale (superiore ai 36 mesi); le decisioni di Corte costituzionale e Corte di Giustizia in tema di qualificazione del rapporto e forme di controllo "occulto" dei lavoratori; la Direttiva 03/08/CE sull'orario di lavoro e sul riposo minimo; l'art. 36 Cost. con riguardo ad una retribuzione sufficiente e così via.

¹¹ Si accoglie in questo contributo l'adozione della maiuscola per richiamare il Diritto del lavoro, quale forma di rispetto per una materia che attraversa un indubbio momento di difficoltà, sul quale la dottrina ha soffermato la propria attenzione ormai da anni e in corrispondenza con l'avvento di mercati economici sempre più ampi e infine globali; per tutti, e in anticipo sugli altri, si v. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, Cedam, 1999.

cercare di ricostruire una sorta di *puzzle* tra accordi sindacali e previsioni di legge, alla luce dei quali la dottrina ritiene del tutto contraria ai principi costituzionali e comunitari la previsione legislativa. Si giunge per esempio ad ipotizzare, ciò su cui non siamo personalmente d'accordo, la violazione di un obbligo concertativo fondato su una Raccomandazione ILO del 1960 (!): insomma una sorta di procedimentalizzazione dei comportamenti normativi nazionali, con particolare riguardo a quella che viene definita manovra economica a sua volta determinata da una volontà di livello europeo, concretatasi nella ormai nota lettera della Bce al nostro Governo¹².

E in ogni caso, si sostiene correttamente, ciò non potrà che rimettere al giudice, specie con riguardo ai limiti comunitari, per definizione fondati su principi non dettagliati (e dettagliabili), la definizione degli stessi¹³.

Ma tornando agli *aspetti* sui quali i contratti collettivi aziendali possono derogare ai contratti nazionali e alla legge, e dunque alla materia assegnataci in questa sede, vi è da considerare inoltre come non casuale la lettera stessa dell'art. 8: si parla infatti di “*casi di ricorso alla somministrazione*”; *id est* ciò che attiene, specificamente, alle causali di utilizzo dell'istituto, da intendersi genericamente nelle due fattispecie, di diverso significato politico-sindacale, ma anche giuridico, della somministrazione a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*).

Ora, non vi è dubbio che con riguardo a quest'ultima tipologia contrattuale una prima interpretazione porterebbe ad autorizzare i contratti aziendali a prevedere ulteriori casi, rispetto a quelli prefissati in modo tassativo dall'art. 20, c. 3, d.lgs. n. 276/2003 e succ. modif.

Ma già in questo caso si porrebbe la questione di una deroga ad un principio, quello di tassatività delle ipotesi legittime di somministrazione a tempo indeterminato, che sembra trovare una propria e significativa fonte nello stesso dato costituzionale, ed in particolare, a nostro avviso, nell'art. 41, c. 2, laddove è tutelata la dignità del lavoratore innanzi alla libertà di iniziativa economica privata. L'uso libero e dunque potenzialmente “sconsiderato” della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato – e la conseguente deresponsabilizzazione del reale utilizzatore della prestazione lavorativa stessa - troverebbe così un limite. E tuttavia, è lo stesso art. 20 c. 3, lett. i), d.lgs. n. 276/2011 che smentisce *expressis verbis* tale benevola (per la parte debole del rapporto) interpretazione, laddove consente la somministrazione a tempo indeterminato “in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o

¹² *Amplius* sul punto V. SPEZIALE E A. PERULLI, cit.

¹³ In questo senso i commenti di Roberto Romei e Olivia Bonardi, cit. da V. SPEZIALE E A. PERULLI, cit., che inoltre opportunamente inseriscono quale ulteriore variabile limitativa della contrattazione collettiva “di prossimità” le (spesso dimenticate) Convenzioni internazionali e dunque al diritto internazionale del lavoro.

territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi”.

Se è vero che il vituperato art. 8, d.l. n. 138/2011 parla in proposito di “contratti collettivi sottoscritti a livello aziendale o territoriale”, è anche vero che il medesimo, come modificato in sede di conversione, precisa quali debbono essere i soggetti firmatari (Associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale e Rsa assistite dalle stesse *ab externo*) e prevede un non precisamente determinato "percorso democratico di approvazione degli accordi" sulla base di "legittime finalità"¹⁴.

Cosa dicono in proposito le norme comunitarie e internazionali? Consentono cioè, almeno in ipotesi, al contratto aziendale di derogare nei termini sopra descritti, con riguardo cioè ad ulteriori ipotesi di utilizzo della tipologia a tempo indeterminato di somministrazione?

Partendo dalla Direttiva 2002/72 del 19 novembre 2008, intitolata appunto al “lavoro tramite agenzia interinale”, va immediatamente sottolineato come essa, al considerando n. 11, affermi che “il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti”.

Tale considerazione permette *in apicibus* di affermare la sostanziale legittimità, in chiave comunitaria, delle diverse fattispecie introdotte nei diversi paesi e accomunabili sotto la dizione di lavoro interinale, anche se la stessa Direttiva pone un forte vincolo a trattamenti analoghi a quelli garantiti ai lavoratori “comuni” (Considerando n. 13 ss.). Peraltro il successivo considerando n. 18 precisa anche che le “restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia possono essere giustificati soltanto da ragioni di interesse generale...”.

Ma, ciò che più rileva ai nostri fini, riguarda la possibilità degli Stati, di cui al Considerando n. 17, di “poter derogare, sulla base di un accordo concluso dalle parti sociali a livello nazionale, entro dei limiti, al principio della parità di trattamento, purché sia previsto un livello di tutela adeguato”. Si tratta, a ben vedere, di una fattispecie che ricalca quanto in qualche misura avvenuto nel nostro ordinamento, laddove un accordo collettivo nazionale (28 giugno

¹⁴ Si propende dunque per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel provvedimento *de quo*, che verrà senz'altro sollevata ed anzi è già stata paventata abbondantemente da una parte della dottrina: v. ad es. chiaramente M. RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in www.eguaglianzaeliberta.it; V. SPEZIALE E A. PERULLI, cit.; L. MARIUCCI, *contra* invece e per tutti A. MARESCA, *Prime interpretazioni del decreto*, in www.ildiariodellavoro.it; e M. TIRABOSCHI, *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in www.adapt.it, 30 agosto 2011. Peraltro anche altri Autori si sono allarmati, in specie con riguardo alla prima versione della norma: v. ad es. l'appello firmato da ACCORNERO e altri, in www.cgil.it. Altro tema di scontro è quello relativo al rapporto tra accordo del 28 giugno e art. 8: per alcuni infatti l'art. 8, specie nella sua più recente versione, non contrasta con quanto determinato (così alcuni esponenti delle sigle firmatarie dell'accordo medesimo), altri (ad esempio i firmatari dell'appello citato) ritengono ultroneo e inopportuno il provvedimento preso, in quanto in buona misura in contrasto con l'accordo, pur sottoscritto da tutte le grandi confederazioni.

2011) ha previsto la possibilità di derogare, da parte del livello aziendale, a norme del contratto nazionale di categoria relative ad istituti relativi alla prestazione lavorativa, agli orari e all'organizzazione del lavoro.

Certo meno di quanto a sua volta disposto nella norma di cui si discute, e in particolare l'art. 8, c. 2bis, l. n. 148/2011. Ove sono appunto previste deroghe in via di contrattazione collettiva aziendale o territoriale anche a disposizioni di legge che disciplinano, per quel che ci riguarda, i "casi di ricorso alla somministrazione di lavoro". Ma in un certo senso anche di più, giacché ai sensi dell'accordo del 28 giugno 2011 comunque le regole a livello aziendale potranno derogare, in genere, e non solo con riguardo alle "causali" della somministrazione, alla disciplina dettata dal contratto collettivo nazionale.

La quali, come detto, costituiscono il fulcro e a dire il vero l'*esclusivo* ambito di intervento possibile ai sensi dell'art. 8 in tema di somministrazione.

In definitiva, pare a noi che l'art. 8, l. n. 148/2011, ed in particolare il combinato disposto dei cc. 2 e 2bis, possano al più portare ad una dilatazione dei casi consentiti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Ovviamente questo comporterebbe una deroga a livello aziendale o territoriale a quanto stabilito nell'art. 20, c. 4, d.lgs. n. 276/2011 più che a quanto *non* disposto nel Ccnl per le Agenzie per il lavoro, da ultimo nel 2008. Ma troverebbe una evidente ragione nell'utilizzo, in tal senso, di un istituto utile a creare occasioni di lavoro e in ogni caso a muovere un mercato ingessato e sino ad oggi non pienamente utilizzato dalle imprese, alle quali potrebbe essere comodo altresì l'istituto della certificazione di cui agli art. 75 e ss. del d.lgs., n. 276/2003, rimodellato dal c.d. Collegato lavoro, di cui non a caso è evidenziato un maggiore interesse nella prassi delle medesime Commissioni di certificazione, a loro volte spesso ritenute strumento non utile per gli interessi dei lavoratori.

3. Conclusioni.

Dunque, non pare che l'art. 8 possa seriamente incidere sui diritti dei lavoratori coinvolti dall'istituto considerato. Ma siano permesse alcune considerazioni generali sul "clima", non certo disteso, che si rinviene nell'arena italiana delle relazioni industriali.

E d'altro canto certamente esso, se non dichiarato rapidamente incostituzionale, darà la stura a nuovi interventi della dottrina, in attesa di capire se, e quanto, la "tregua" siglata con la firma e la citata clausola aggiunta dalle rispettive confederazioni possa reggere per quel che concerne l'inapplicabilità di questa discussa norma.,

Si è già evidenziato come la dottrina assolutamente maggioritaria, e dunque non solo quella che Bruno Caruso chiama "dottrina di sinistra", abbia accolto con profondo fastidio

l'intervento del legislatore, specie in quanto immediatamente successivo ad un accordo ritenuto, tanto per cambiare, storico, relativo proprio alle nuove "regole del gioco" sottoscritto anche dalla recalcitrante confederazione più rappresentativa.

Così, in attesa di verificare su tutt'altro piano, appunto quello delle verifiche previste dall'accordo del 28 luglio della rappresentatività delle organizzazioni sindacali, se e quale spazio di manovra residuerà alla norma in commento, occorrerà, come da qualcuno già rilevato, attendere il giudizio di costituzionalità e ancor prima quello relativo alla fondatezza della questione di legittimità costituzionale; ed altresì capire se e quale norma, a giudizio della Corte, sarà ritenuta lesa.

Perché, pare scontato, nel caso di tratti di una qualche parte dell'art. 39, ricominceranno le discussioni, questa volta, sulla persistente tenuta della norma costituzionale, in specie nel suo profilo "paralizzante". Ora è vero che il Ministro ha fatto proprio un detto sul tempo¹⁵, ma riteniamo che non ci si possa ancora baloccare con sterili dibattiti, specie se spesso, come qualcuno scriveva con riguardo ad altre ipotesi, con lo sguardo rivolto all'indietro, senza voler così accogliere supinamente frettolose conclusioni da altri raggiunte. Ma, mutuando un titolo musicale, "la crisi è adesso": e i protagonisti responsabili sui tre versanti delle vecchie e care relazioni industriali debbono, come si usa dire, battere un colpo; il primo è stato battuto il 28 giugno; il secondo con l'art. 8 poi rimaneggiato; il terzo non ci si può che augurare sia quello di una virtuosa "sintesi" di aristotelica memoria.

¹⁵ F. CARINCI, op. ult. cit.

I POTERI DI DEROGA DELLA CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ. UN INVENTARIO CRITICO

Alberto Russo

Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sui criteri soggettivi degli accordi di prossimità. – 3. Sui requisiti oggettivi della efficacia *erga omnes* – 4. La imprescindibile connessione tra potere di deroga ed efficacia generale. – 5. Vincoli di scopo e controllo di idoneità. – 6. Le deroghe al contratto collettivo nazionale. – 7. Le deroghe alla legge: il rispetto della Costituzione e i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro. – 8. Gli spazi deroga alla legge – 8.1. Le deroghe in materia di impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie. – 8.2. Le deroghe in materia di mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale. – 8.3. Le deroghe in materia di contratti atipici. – 8.3.1. Sul contratto di lavoro a termine. 8.3.2. Sui casi di ricorso alla somministrazione. – 8.3.3. Sui contratti ad orario ridotto. 8.3.4. Sul lavoro a progetto. – 8.4. Le deroghe in materia di orario. – 8.5. Le deroghe alle modalità di assunzione. – 8.6. Le deroghe in materia di disciplina del rapporto di lavoro. – 8.6.1. Le deroghe in materia di trasferimento e distacco. – 8.7 le deroghe alle conseguenze del recesso. – 8.8. Le deroghe al regime della solidarietà negli appalti.

1. Premessa

Anche solo da una prospettiva di analisi tecnica e di mera ricostruzione del dato normativo, senza considerazioni di politica del diritto, l'articolo 8 della legge n. 148/2011 pone rilevanti problemi interpretativi che rendono ardua una credibile ricostruzione dei suoi limiti funzionali. Basta considerare le difficoltà, oggettive, di decifrare la portata della potestà derogatoria nella sua generica quanto stringente connessione con i limiti costituzionali e comunitari e di veicolare siffatto potere all'interno di un sistema coerente di regole, posto che, il rapporto stesso tra i diversi livelli di contrattazione rischia di complicarsi in una sorta di sistema ternario diviso tra criterio di specialità ex art. 8, criterio di diritto comune e criterio endosindacale. D'altro canto, l'indagine ermeneutica non può prescindere dalla valorizzazione del dato letterale, pur nel tentativo di trovare in esso una soluzione interpretativa idonea a declinare la riforma all'interno di un equilibrato rapporto tra legge ed autonomia collettiva.

Così premesso, questo lavoro mira a dare un contributo alla soluzione di alcuni dei problemi interpretativi che la norma pone, astenendomi, quanto più possibile, da qualsiasi valutazione sul merito delle scelte operate dal legislatore. Solo qualche brevissimo cenno, in via incidentale, sul complesso rapporto fra l'art. 8 e l'accordo del 28 giugno 2011 e sulle generali problematiche di costituzionalità della contrattazione decentrata ad efficacia generale e in deroga alla legge. Nessun cenno al comma 3, né alla vicenda Fiat. Tutti profili sui quali il dibattito appare già in uno stadio alquanto avanzato.

Mi soffermerò invece sui criteri e limiti di efficacia degli accordi di prossimità, concentrando in particolare l'indagine sulla disamina degli spazi di deroga individuati dal legislatore, nella imprescindibile connessione con i vincoli di scopo e nel rispetto dei limiti costituzionali e comunitari.

2. Sui criteri soggettivi degli accordi di prossimità

Una prima incertezza riguarda l'individuazione degli agenti contrattuali. Dalla lettura del comma 1 si individuano, secondo le ordinarie regole di sintassi, tre distinti presupposti di operatività della norma e precisamente: a) il livello aziendale o territoriale degli accordi; b)

la necessaria sottoscrizione degli stessi da parte di associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze operanti in azienda, richiamandosi sul punto il rispetto delle norme di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo del 28 giugno; c) la sottoscrizione degli accordi sulla base di un non individuato criterio maggioritario.

Quanto al primo presupposto, il legislatore non precisa la delimitazione territoriale degli accordi, potendo astrattamente variare dall'ambito comunale fino a comprendere anche l'intero territorio nazionale, anche se poi una siffatta opzione interpretativa si scontrerebbe inevitabilmente con il "muro" dell'art. 39 Cost; muro che, peraltro, in linea di diritto, potrebbe ergersi anche con riferimento alla generalità degli accordi territoriali¹. Imprecisato è

¹ Da evidenziare che il livello territoriale della contrattazione non è servito a distogliere la scure della Corte Costituzionale, laddove si è pronunciata per la illegittimità dei decreti presidenziali emanati in attuazione della legge 1027/1960 e che recepivano contratti integrativi provinciali (v. in particolare Corte cost. n. 19/1976). In dottrina vedi in particolare T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2001 e oltre*, in *DRI*, n. 3, 2011, secondo cui "gli argomenti utilizzati per giustificare l'efficacia erga omnes non sono estendibili ai contratti territoriali". Ancora più tranchant F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it* – 133/2011, secondo il quale "non pare possibile supportare la legittimità di un'efficacia erga omnes riconosciuta ad una contrattazione territoriale (interregionale, regionale, provinciale, comunale), estesa urbi et orbi, a tutti i datori ricompresivi, vista la sua indiscutibile contiguità logica e sindacale con quella nazionale di cui all'art. 39, comma 4 Cost.". Lo stesso A, peraltro, sembra suggerire – sia pure non esattamente nei termini che segue – una *interpretatio secundum constitutionem*, sul presupposto che l'articolo 8 prevede l'efficacia degli accordi con esclusivo riferimento a "tutti i lavoratori interessati", dovendo intendersi per "interessati" solo quei lavoratori dipendenti di aziende aderenti alle associazioni datoriali stipulanti.

anche il rapporto tra i diversi livelli di contrattazione decentrata². Tuttavia, il carattere di “prossimità” della contrazione collettiva³ dovrebbe agevolmente determinare la prevalenza, in caso di conflitto, della regolazione più prossima e quindi del livello aziendale su quello territoriale. Lo stesso concetto di prossimità sembra inoltre legittimare la stipulazione di accordi territoriali riferiti ad una categoria contrattuale o ad un settore merceologico⁴.

Ancora più problematica è la ricostruzione dei presupposti della rappresentatività sindacale. Si consideri in particolare come il (terzo) presupposto relativo al criterio maggioritario non venga declinato neppure in relazione alle sue possibili fonti di regolamentazione. Unico elemento certo si individua nella volontà di “ancorare” la riforma all’accordo del 28 giugno. Ciò tuttavia all’interno di una logica rispondente più a ragioni di *realpolitik*, volte a fornire una base giuridica all’immediata operatività della norma, che a ragioni di reale coordinamento con le risultanze dell’autonomia collettiva. Il rinvio alla accordo sembra, infatti, doversi intendere come rinvio materiale esteso *ex lege* a tutti i settori e non quindi al solo settore industriale originario. Non condivisibile è del resto la tesi⁵ che esclude una simile opzione interpretativa sulla base di un presumibile conflitto con l’art. 39 Cost., in assenza sul punto di una riserva costituzionale a favore dell’autonomia collettiva.

Senza contare che il dato letterale non pare escludere la possibilità che una ulteriore regolamentazione interconfederale si affianchi interamente o parzialmente all’accordo del 28 giugno. Vero è, tuttavia, che il quadro normativo che ne deriva risulta disomogeneo e fonte di incertezza interpretativa. Occorre però distinguere tra livello aziendale e livello territoriale. Riguardo al primo, i profili di criticità, almeno con riferimento ai contratti stipulati dalle rappresentanze aziendali, sono decisamente minori, in quanto i criteri individuati dall’accordo del 28 giugno sembrano bene conformarsi ai presupposti di efficacia di cui al comma 1 dell’articolo 8, nonché ai criteri di democraticità sindacale che “si debbono considerare operanti anche al di fuori delle forme vincolate della seconda parte dell’art. 39 Cost.”⁶. Per contro, l’accordo interconfederale individua, quali agenti contrattuali, le RSU

² Si noti che il legislatore non si preoccupa nemmeno di coordinare l’attività negoziale a livello aziendale, alternativamente attribuita ai sindacati esterni comparativamente più rappresentativi e alle rappresentanze sindacali aziendali.

³ Così come definita nella rubrica all’articolo 8.

⁴ Individua invece un limite in tal senso A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’art. 8, D.L. 13 agosto 2011, n. 138*, in www.cuorecritica.it.

⁵ Cfr in particolare F. CARINCI, op. cit., 34. Lo stesso A., tuttavia, sembra implicitamente affermare il carattere materiale del rinvio all’accordo del 28 giugno, laddove precisa, correttamente, che l’accordo applicativo del 21 settembre 2011, teso sostanzialmente ad evitare che siano stipulati accordi di prossimità in deroga alla legge, produce effetti in termini politico sindacali, ma non sul piano strettamente giuridico. In questo senso vedi anche I. SENATORI, *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, in QFS “Marco Biagi” n. 2.I./2011.

⁶ Così M. D’ANTONA 1998 citato da I. SENATORI, op. cit., 5, con riferimento alla tenuta costituzionale dei criteri di selezione degli agenti negoziali legittimati alla deroga. Da evidenziare peraltro che un possibile

elette e, in assenza, le RSA costituite ex art. 19, lett. b) dello Statuto dei lavoratori, laddove il dato legislativo si riferisce al criterio della maggiore rappresentanza comparativa. Una lettura aderente al menzionato criterio di democraticità suggerisce una interpretazione che consideri tali criteri meramente alternativi. Diversamente, la legittimazione a contrarre non sarebbe garantita neppure alle rappresentanze aziendali emanazione dei tre sindacati storici (cgil, cisl e uil), qualora questi non abbiano sottoscritto alcun contratto applicato nell'unità produttiva. Una siffatta sottoscrizione non sarebbe, per converso, sufficiente nel caso in cui le rappresentanze aziendali, pur maggioritarie all'interno dell'azienda, non appartengano (*rectius* si riferiscano) ad associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale⁷.

Ancor più rilevanti sono le criticità sottese alla contrattazione territoriale, in quanto le lacune della disciplina legale e le disomogeneità con i contenuti dell'intesa del 28 giugno ne sembrano di fatto neutralizzare l'efficacia generale e derogatoria.

Se con riferimento alla selezione degli agenti contrattuali, si potrebbe in linea teorica ricorrere agli indicatori di rappresentatività (nazionale) dell'accordo del 28 giugno⁸, l'assenza nel predetto accordo di un criterio maggioritario renderà però verosimilmente indispensabile una ulteriore, quanto improbabile, intesa sindacale. Intesa che, indipendentemente dal dubbio sulla sua (necessaria) natura di accordo interconfederale⁹, dovrà coinvolgere tutti i soggetti richiamati dal comma 1 dell'art. 8 e quindi, per primi, i tre sindacati storici. Appare del resto improbabile un intervento dei giudici in funzione suppletiva. Implicherebbe una complicatissima operazione di ponderazione - in senso relativo - della rilevanza di tutte le associazioni sindacali in gioco: un'operazione ben diversa dalla mera individuazione della rappresentatività comparativamente maggioritaria¹⁰. Tutt'al più, potranno essere ritenuti efficaci, ex art. 8, gli accordi sottoscritti da tutti i sindacati comparativamente più

profilo di criticità riguarda l'attuale modalità di composizione delle RSU. Sul punto si veda in particolare F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-127/2011, secondo cui "una decisa attuazione del principio maggioritario potrebbe (...) incontrare un elemento di contraddizione (...) nella regola del "terzo riservato" posta negli accordi del 1993".

⁷ Vedi però F. CARINCI, *op. cit.*, 29, il quale sembra completamente svalutare il dato letterale, ritenendo necessario esclusivamente il requisito di cui all'art. 19 St.lav.

⁸ Si veda però T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2001 e oltre*, in DRI, n. 3, 2011, secondo cui "il richiamo all'accordo del 2011 è operato solo con riferimento alle rappresentanze sindacali operanti in azienda (...) una sfasatura interna la norma non facilmente correggibile in via interpretativa". In questo senso vedi anche I. SENATORI, *op. cit.*, 6 il quale ritiene inapplicabile *per relationem* il criterio di rappresentatività nazionale previsto dall'accordo del 28 giugno anche alle organizzazioni territoriali

⁹ Su un possibile pluralità dei criteri maggioritari si veda però A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la rivoluzione di agosto del Diritto del lavoro*, in W.P. Massimo D'Antona, 2011.

¹⁰ Non sembra quindi condivisibile A. MARESCA, *op. cit.*, laddove palesa il rischio che l'iter applicativo dell'art. 8 - con riferimento all'efficacia generale degli accordi territoriali - possa essere portato a termine sulla base di indici presuntivi elaborati dai giudici.

rappresentativi sulla base degli indici presuntivi elaborati dalla giurisprudenza. Potrebbe quindi verificarsi l'effetto paradossale, almeno rispetto alle intenzioni del legislatore, di una promozione dell'unità sindacale a livello territoriale.

3. Sui requisiti oggettivi della efficacia *erga omnes*

Il criterio soggettivo non esaurisce le condizioni di efficacia generale degli accordi, dovendo questi anche rispondere agli obiettivi di cui al comma 1 e ai limiti *ratione materiae* di cui al comma 2. Tale ultimo presupposto, in particolare, secondo autorevole dottrina¹¹, si raccorderebbe con la regola endosindacale, secondo cui, il contratto aziendale può riguardare solo materie delegate dal ccnl o dalla legge. Avrebbe quindi l'effetto di sbloccare la contrattazione di secondo livello dai vincoli autorizzatori del CCNL, incidendo così sul sistema delle relazioni collettive.

Se così fosse, saremmo di fronte ad un esempio di "ipocrisia legislativa". Si giustificherebbe la competenza *ratione materiae* degli accordi di prossimità nell'ambito delle tradizionali regole dell'ordinamento intersindacale, all'interno però di una riforma che ne vuole destrutturare le fondamenta.

Le ragioni sembrano quindi altre. Del resto, l'assenza di qualsiasi volontà di coordinamento è evidente ove si consideri che, in base alla lettera della legge, la sussistenza di una specifica delega del CCNL alla contrattazione aziendale non sarebbe di per sé idonea a produrre l'efficacia generale dell'accordo, qualora riguardi materie non comprese nel comma 2 dell'articolo 8. A meno che non si voglia "a tutti i costi" individuare una volontà di raccordo, interpretando il comma 2 come condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'efficacia *erga omnes* degli accordi aziendali, dovendo questi in ogni caso agire su materie espressamente delegate dalla contrattazione nazionale.

Più banalmente, ma anche più verosimilmente, la scelta potrebbe invece trovare spiegazione nell'esito di una sorta di osmosi legislativa, quale propagazione della precisa volontà di condizionare il poter derogatorio della contrattazione di prossimità alla sua efficacia *erga omnes*. Il legislatore, in altri termini, avrebbe regolato l'efficacia generale del contratto aziendale, essendo "condizionato" dalle potenzialità derogatorie da esso stesso individuate.

¹¹ Vedi A. MARESCA, op. cit. Secondo lo stesso A. l'individuazione delle deleghe di legge non avrebbe nessuna pregnanza dal punto di vista legale, non avendo la contrattazione collettiva "alcun bisogno di particolari titoli di legittimazione per dispiegare i propri interventi a livello aziendale o territoriale". Considerazione questa, a mio avviso, certamente vera sul piano della validità degli accordi, ma non su quello della efficacia generale degli stessi.

Un'altra spiegazione, non necessariamente alternativa, è ravvisabile nel tentativo di sottrarre la norma dai rischi di censure di incostituzionalità ex art. 39 Cost.. In questo senso, la finalizzazione degli accordi agli obiettivi di cui al comma 1 e l'individuazione di una specifica, sia pur ampia, delega di cui al comma 2 costituirebbero criteri volti ad escludere la configurabilità di uno strumento sostitutivo di quello previsto dalla Costituzione. Sarebbe cioè riproposto uno schema già elaborato da alcune sentenze per giustificare l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale, laddove si combinava la maggiore rappresentatività del soggetto stipulante con la considerazione della indivisibilità dell'interesse collettivo¹².

Indipendentemente da ogni ipotesi ricostruttiva, il risultato che ne deriva, difetta di "eccesso precauzionale", traducendosi in una – a mio avviso – inutile restrizione della efficacia degli accordi aziendali su profili, anche ampiamente condivisi, non implicanti deroghe a norme di legge e/o di contratto di categoria. Basti solo pensare che, tra le materie oggetto di possibile regolazione, non è così certo che rientri il profilo retributivo, soprattutto laddove non espressamente connesso con aspetti organizzativi e produttivi¹³. Da cui una incertezza sulla efficacia generale di accordi aziendali che, in presenza di una crisi, abbiano come oggetto la riduzione/azzeramento di un superminimo collettivo (configurante ad esempio un uso aziendale).

Resta una ultima considerazione sulla influenza che la disciplina in esame potrà avere sulle elaborazioni giurisprudenziali riguardo l'efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali, in assenza dei requisiti di cui all'articolo 8. La questione non sembra di facile soluzione e meriterebbe un approfondimento, non possibile in questa sede. Sembra però innegabile che si individua un rilevante elemento interpretativo *a contrario*, rendendo certamente più complicata la sostenibilità di quelle tesi basate su argomenti di carattere meramente oggettivo. Il riferimento è soprattutto a quelle tesi fondate sulla indivisibilità dell'interesse collettivo aziendale¹⁴.

4. La imprescindibile connessione tra potere di deroga ed efficacia generale

Dalla lettura della norma si evince la scelta del legislatore di collegare, imprescindibilmente, il potere derogatorio alla legge alla efficacia generale degli accordi

¹² Vedi in particolare Trib. Milano 28 febbraio 1987, in *RIDL* 1987, II, pp. 270 ss..

¹³ V. *Infra* § 8.6.

¹⁴ Cfr. in particolare Cass. 2 maggio 1990, n. 3607, in *MGL.*, 1990, p. 384, secondo la quale "il contratto aziendale vincola indipendentemente dall'iscrizione ai sindacati stipulanti tutti i lavoratori dell'azienda, stante la natura sostanzialmente *erga omnes* del contratto aziendale che regola unitariamente indivisibili interessi collettivi aziendali dei lavoratori". In dottrina per una approfondita ricostruzione sulle tesi oggettivistiche, vedi F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, Relazione Aidlass, 2010.

aziendali/territoriali. Si consideri in questo senso lo specifico richiamo nel comma 2bis alle intese di cui al comma 1e, cioè, alle intese “*con efficacia nei confronti di tutti lavoratori interessati?*”.

Non è quindi condivisibile la tesi, secondo cui, l'eventuale esclusione dell'efficacia generale non pregiudicherebbe la possibilità del contratto aziendale o territoriale di derogare la legge con riferimento ai soli lavoratori rappresentati dai soggetti stipulanti o che abbiano, espressamente o tacitamente, fatto rinvio alla attività negoziale di questi¹⁵. Si è sostenuto, al riguardo, che nel comma 1 l'efficacia *erga omnes* “è condizionata” e ciò potrebbe lasciare intendere che si tratta di un effetto meramente accidentale del contratto, dunque eventuale e non necessariamente qualificante della fattispecie¹⁶. Tale opzione interpretativa è peraltro da rigettare solo se si considera che, in questo modo, il riferimento “*alle intese di cui al comma 1*” contenuto nel comma 2 bis assumerebbe un diverso significato rispetto al medesimo richiamo previsto nel comma 2. Salvo volere affermare che il legislatore abbia voluto prevedere un limite *ratione materiae* alla contrattazione collettiva decentrata, in palese violazione al principio costituzionale di libertà sindacale.

Senza contare che un effetto così dirompente avrebbe reso necessaria una stesura del dato legale ben diversa, con la conseguenza che, anche qualora sussistesse effettivamente un profilo di incertezza nel dato letterale, non sarebbe comunque “credibile”¹⁷ una opzione interpretativa che ammettesse una deroga alla legge non estesa a tutti i lavoratori interessati.

5. Vincoli di scopo e controllo di idoneità

Il legislatore individua un vincolo teleologico degli accordi di prossimità, prevedendo che le “specifiche intese” siano “finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività”.

L'elenco, alquanto generico, si presta ad una molteplicità di letture che non rendono agevole una previsione circa la reale portata del suddetto vincolo.

Tra i primi commentatori, quasi tutti individuano, nella genericità e nell'ampiezza degli obiettivi, un depotenziamento del criterio finalistico, sia pure sulla base di differenti argomentazioni. Alcuni¹⁸ rilevano che una formulazione così ampia difficilmente potrebbe

¹⁵ Così apoditticamente A. VALLEBONA, L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretoia l'idolo della uniformità oppressiva, in QFS “Marco Biagi”, n. 2.II/2011.

¹⁶ In questo senso vedi M. MARAZZA, *Prime osservazioni tecniche sull'art.8 della Manovra*, in www.cuore&critica.it, il quale, tuttavia, afferma che si tratta di “una questione interpretativa evidentemente aperta”.

¹⁷ In questo senso vedi F. CARINCI, op. cit., 31

¹⁸ Cfr in particolare A. VALLEBONA, op.cit.

comportare una valutazione giudiziale di insussistenza (del requisito finalistico) con conseguente nullità dell'accordo. Altri giungono ad ipotizzare che l'indicazione degli obiettivi ex comma 1 abbia il valore di mera generica premessa, non essendo "possibile attribuirvi il valore di condizione necessaria per riconoscere ai contratti in questione il potere di regolare le materie di cui al comma 2"¹⁹. Altri ancora²⁰, pur non escludendo la possibilità di un penetrante controllo giudiziale sulla adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini, affermano poi che la genericità e l'indeterminatezza dei concetti utilizzati potrebbero indurre il giudice a non esercitare alcun sindacato.

A mio avviso, la questione deve affrontarsi alla luce del dato letterale. Da questa prospettiva si osserva che le finalità di cui al comma 1 costituiscono parte integrante della intesa sindacale.

La valutazione giudiziale, conseguentemente, non si limiterà a rilevare la materiale sussistenza di uno tra gli obiettivi indicati dal legislatore, ma si indirizzerà prioritariamente a verificare che, nell'ambito della trattativa tra le parti, la regolamentazione prevista sia stata oggetto di mediazione sindacale in relazione al raggiungimento di specifici obiettivi.

Due i corollari di una simile impostazione.

Il primo riguarda la presumibile valenza formalistica – e non solo sostanziale – delle finalità di cui al comma 1, potendo quindi il giudice rilevare la nullità della intesa per il solo fatto della assenza delle predette finalità nel testo dell'accordo²¹. In alternativa, i giudici potrebbero optare per una soluzione più conservativa, ponendo a carico del datore l'onere di provare che gli agenti contrattuali abbiano specificamente considerato le finalità sottese alla regolamentazione predisposta, in una prospettiva, quindi, di valutazione del criterio finalistico *ex ante*, al momento della intesa, e non *ex post*, al momento della concreta applicazione delle disposizioni collettive.

Il secondo corollario attiene invece ad una necessaria selezione degli obiettivi. L'intesa, cioè, non potrebbe riferirsi genericamente alle finalità di cui al comma 1, finalità del resto eterogenee e in molti casi inconciliabili, dovendo invece individuare uno specifico scopo, al fine di consentire un adeguato controllo sulla congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati.

¹⁹Così T. TREU, op. cit., 635

²⁰Vedi in particolare A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 42.

²¹ In questo senso sembra F. CARINCI, op. cit, laddove afferma che le specifiche finalità "debbono essere esplicitate a premessa delle stesse intese".

E' solo quindi a tali condizioni che il giudice potrà ultimare la verifica dei presupposti di legittimità delle disposizioni in deroga, procedendo ad un controllo di razionalità sugli atti della autonomia collettiva.

Autorevole dottrina, al riguardo, ha ravvisato il rischio che una funzionalizzazione dell'autonomia collettiva apra "un fronte molto complesso, di difficile valutazione, che, laddove condotto fino in fondo, potrà avere esiti aperti che incrementeranno le incertezze del sistema"²².

Tale rilievo non sembra del tutto condivisibile, soprattutto là dove si paventa la possibilità di un controllo razionalità in senso stretto, con un possibile sconfinamento verso un controllo di merito.

Verrebbe infatti a configurarsi una situazione per certi versi paradossale se si considera che, con riferimento alla applicazione datoriale di disposizioni di legge a contenuto generico, senza alcuna mediazione sindacale, il legislatore ex art. 30, l. n. 183/2010, limita il controllo giudiziale esclusivamente all'accertamento dei presupposti di legittimità, escludendo espressamente una estensione al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive²³.

Senza contare che, nella esperienza giurisprudenziale della Corte costituzionale, il controllo di ragionevolezza sugli atti collettivi sembra assumere un significato al quanto limitato²⁴, volto principalmente ad impedire che il potere di iniziativa dell'imprenditore possa esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio²⁵. Da cui la necessità che le "specifiche intese" provvedano a regolamentare puntualmente e dettagliatamente le ipotesi di deroga alla legge. Lo stesso riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 268/1994, quale esempio portato dalla citata dottrina per evidenziare il rischio di un controllo di razionalità in senso stretto, risulta fuorviante. Predetta sentenza, infatti, si riferisce a casi in cui l'autonomia collettiva è chiamata a risolvere conflitti di interessi tra lavoratori²⁶ e, quindi, in funzione esclusiva di tale conflitto, non esprimendo quindi la Corte alcuna preoccupazione che il contratto collettivo non realizzi una effettiva tutela degli interessi dei lavoratori in relazione ai contrapposti interessi aziendali.

²² Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 33.

²³ Il legislatore, del resto, non ha fatto altro che "trasportare" in un ambito di valutazione generale, una massima ricorrente con grande frequenza nella giurisprudenza di legittimità in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento o di trasferimento. Per una impostazione fortemente critica sul significato della massima giurisprudenziale, vedi però P. ICHINO, Il contratto di lavoro, III, 2003, 435 ss..

²⁴ In questo senso, in dottrina vedi in particolare M. PERSIANI, Diritto del lavoro e razionalità, in ADL, 1995, 1ss..

²⁵ Vedi in particolare Corte Cost. n. 103/1989.

²⁶ Il riferimento infatti riguarda il contratto collettivo che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. n. 223/1991 definisce i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità.

E' vero invece che il controllo giudiziale, vertendo su deroghe a disposizioni di legge, non potrà limitarsi ad un giudizio di mera compatibilità tra mezzi e fini, coinvolgendo necessariamente un giudizio di adeguatezza degli strumenti individuati, senza però che ciò possa tradursi in una valutazione di rigorosa necessità del mezzo utilizzato. Si ritiene quindi da escludersi che il giudice possa sindacare la scelta collettiva anche laddove sia ipotizzabile il raggiungimento del medesimo obiettivo senza una riduzione delle tutele. Il criterio di ragionevolezza potrà invece invalidare le disposizioni delle “*specifiche intese*”, qualora l'obiettivo individuato sia insoddisfacente e/o sproporzionato rispetto al sacrificio imposto al lavoratore.

Si consideri, del resto, come sia lo stesso articolo 8 ad evidenziare implicitamente una differenziazione tra il concetto di mera compatibilità rispetto a quello di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini. Se si scorre l'elenco delle finalità di cui al comma 1, si osserva come gli *incrementi di produttività* configurino obiettivi ontologicamente compatibili con qualsiasi strumento di flessibilità organizzativa. Il legislatore sembra accorgersi di ciò, congiungendo espressamente i suddetti incrementi con gli *incrementi salariali*, da cui una presunzione legislativa di inadeguatezza rispetto a disposizioni collettive che non prevedano un compenso aggiuntivo in caso di introduzione di strumenti di flessibilità, salvo la sussistenza di finalità diverse, quali per esempio la gestione di una crisi aziendale.

Altro profilo degno di riflessione riguarda il contemperamento degli interessi in gioco.

Si tratta cioè di sottolineare che il potere derogatorio attribuito alla contrattazione di prossimità, pur potendo trovare spiegazione in una valutazione legislativa di equivalenza degli interessi collettivi rispetto a quelli pubblici, non sembra modificare la natura “di parte” degli interessi sindacali, a maggior ragione in un ambito di negoziazione aziendale. In questi termini, gli accordi non potranno, a mio avviso, derogare a norme di legge sulla base di un mero bilanciamento tra esigenze aziendali ed interesse pubblico. Ciò non significa, ovviamente, che detti accordi non possano perseguire interessi generali, in linea del resto con alcune specifiche finalità di cui al comma 1; significa invece, più semplicemente, che i sindacati non potranno equiparare, ai fini di bilanciamento degli interessi in gioco, la forza lavoro occupata nell'azienda con quella non occupata.

Da questa prospettiva, sarebbe, per esempio, di dubbia legittimità una regolamentazione che, per rendere più flessibile il mercato del lavoro ed incrementare i livelli occupazionali, prevedesse una deroga alla tutela reale ex art. 18 St. lav. con riferimento a tutta la compagine aziendale. Deroga invece certamente legittima se riferita ai lavoratori nuovi assunti.

Così come, non si potrebbe ridurre il trattamento economico normativo di tutti i lavoratori dell'azienda per favorire l'emersione di lavoratori irregolari. Si potrebbe invece,

per un periodo transitorio, individuare una deroga ai predetti trattamenti con riferimento solo ai quei lavoratori “convertiti” in un rapporto regolare.

Ultima osservazione concerne lo specifico riferimento alla *gestione delle crisi aziendali*, obiettivo che rispetto ad altri non sembra, né qualificarsi in relazione alla regolamentazione adottata²⁷, né basarsi su un presupposto di carattere puramente oggettivo²⁸.

Nessun problema si pone quando l'intesa riguardi la gestione di una crisi aziendale in essere, in quanto è lo stesso riconoscimento sindacale della crisi a configurare il presupposto di legittimità della disciplina derogatoria. Si consideri, in questo senso, la consolidata giurisprudenza sul principio di insindacabilità delle ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo, nell'ambito della procedura sindacale di cui alla l. n. 223/1991²⁹.

Desterebbe, invece, qualche perplessità una regolamentazione in deroga condizionata ad una possibile e futura crisi aziendale. Soprattutto nel caso in cui l'intesa attribuisca al datore la possibilità di applicare le deroghe, sulla base di una valutazione della crisi di provenienza prettamente endoaziendale: per esempio, una decisione del consiglio di amministrazione.

Di dubbia legittimità sarebbe infatti il ricorso allo schema individuato dal legislatore con riferimento al regolamento di cooperativa, ex art. 6, comma 2 d.lgs n. 142/2001. Si consideri, in questo senso, come lo strumento di autoregolamentazione sia individuato in una delibera della assemblea, organo di rappresentanza di tutti i soci lavoratori, secondo quindi un modello non ripetibile per la “normale” impresa.

L'accordo di prossimità dovrebbe conseguentemente condizionare l'applicabilità delle deroghe, o ad un accertamento dello stato di crisi di natura amministrativa, sulla base quindi dei criteri ministeriali per l'accesso ai trattamenti integrativi, ovvero ad una espressa ulteriore autorizzazione sindacale.

6. Le deroghe al contratto collettivo nazionale

La possibilità del contratto aziendale di derogare alle disposizioni del CCNL trova già pieno riconoscimento nel “diritto vivente”, avendo la giurisprudenza³⁰, già da tempo, abbandonato quelle tesi volte ad individuare una gerarchia tra i livelli contrattuali e risolvendo il relativo conflitto alla stregua della effettiva volontà delle parti contraenti.

²⁷Si pensi, per esempio, alle deroghe finalizzate agli incrementi di produttività, alla qualità dei contratti di lavoro o all'adozione di forme di partecipazione.

²⁸ Si pensi, per esempio, al riferimento alle nuove attività.

²⁹ Cfr in particolare Cass. 23 maggio 2008, n. 13381

³⁰ Cfr. Cass. 18 maggio 2010, n. 12098; Cass. 6 ottobre 2000, n. 13300.

In questi termini, l'effetto della legge n. 148/2011 è certamente meno dirimpente, avendo però l'importante funzione di risolvere ogni possibile conflittualità nella applicazione delle disposizioni in deroga, attraverso l'efficacia generale degli accordi di prossimità.

Parte della dottrina ha però sollevato il dubbio che la derogabilità *erga omnes* al contratto di categoria sia stata prevista dal legislatore ai soli fini di "garantire la possibilità di deroga della legge da parte dei contratti aziendali, evitando la possibilità che il CCNL, recependo la regolamentazione legale derogabile ex art. 8, secondo comma, possa fungere da scudo interdittivo all'operatività della deroga prevista dal comma 2-bis"³¹.

Dubbio derivato da una attenta analisi della lettera norma, ma, a mio avviso, non risolvibile sulla base della stessa lettera, in quanto, secondo le regole sintattiche, l'aggettivo "*relative*" può contemporaneamente riferirsi sia alle "*disposizioni di legge*", sia "*alle materie richiamate dal co. 2*". Nell'incertezza, sembra quindi preferibile l'interpretazione più aderente allo spirito della legge³², tenuto anche conto che il "*sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*" (in rubrica dell'art. 8) sembra razionalmente comprendere anche la possibilità di derogare ai contratti nazionali.

7. Le deroghe alla legge: il rispetto della Costituzione e i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro

Il legislatore, con una scelta non certo consueta, condiziona espressamente il potere di deroga della contrattazione di prossimità al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro. Tale riferimento, che nei confronti dell'interprete (*rectius*: il giudice) risulta, almeno riguardo ai principi costituzionali e comunitari, del tutto scontato ed ineludibile³³, acquista una valenza di criterio precauzionale, se indirizzato agli agenti contrattuali e cioè coloro che materialmente dovranno predisporre la regolamentazione in deroga.

Leggendo i vari commenti, si nota una vera e propria rincorsa nel sottolineare il quadro di insanabile incertezza che deriverebbe dall'applicazione dell'art. 8, sul presupposto di una sostanziale impossibilità ad individuare percorsi al riparo da interventi demolitori da parte della giurisprudenza. Si è in particolare evidenziata la difficoltà ad enucleare una regolamentazione in grado di soddisfare con certezza un sistema "multilivello" di produzione

³¹ Così A. MARESCA, op. cit., 3

³² Sul punto vedi F. CARINCI, op. cit, secondo il quale: "pensare diversamente non avrebbe senso alcuno, perchè, da un lato, il testo perderebbe ogni collegamento con l'accordo interconfederale, che riguarda ovviamente solo la deroga alla contrattazione di categoria; dall'altro, suonerebbe inutile, dato che non occorre affatto precisare che una deroga alla legge lo è anche alla contrattazione di categoria che la presuppone".

³³ Così A. MARESCA, op. cit., 3.

sovra legislativa³⁴, sistema in cui le singole fonti interagiscono sulla base di criteri non affatto consolidati ed in continua evoluzione. Non è in questo senso mancato il ricorso a metafore colorite. Si legga, per esempio, quella dottrina secondo cui, “costituisce un’impresa improba cercare di individuare limiti e vincoli norma per norma, confrontandoli con testi che, così come richiamati, complessivamente e genericamente, risultano, come altrettanti cellule staminali, totopotenti, cioè capaci di produrre diverse interpretazioni con in più complessi e delicati problemi del coordinamento fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno”³⁵. Non sono mancate nemmeno considerazioni, la cui perentorietà lascia quanto meno meravigliati. Si pensi a quegli Autori, secondo cui, l’art. 8 esprimerebbe, “essendo pressoché tutto il sistema giuslavoristico formato da norme di derivazione costituzionale (...), una contraddizione logico-giuridica insanabile”³⁶.

Non si vuole certamente negare che l’esercizio del potere di deroga ex art. 8 condurrebbe ad uno scenario di incertezza giuridica, sia per i lavoratori che per le imprese; ma non posso però non rilevare un eccesso di critica da parte di molti Autori.

A mio avviso, infatti, il profilo di maggior rischio, ai fini della tenuta delle regolamentazioni in deroga, si individua in una possibile lesione del principio di uguaglianza/ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., e non invece nell’interrelazione con il sistema multilivello delle fonti, costituito da Costituzione, diritto comunitario e convenzioni internazionali.

Due in particolare i motivi a sostegno delle mie affermazioni.

Il primo è che uno dei maggiori profili di incertezza nel rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento europeo, quale è il necessario rispetto della clausola di non regresso, potrebbe trovare, anche da parte dei giudici nazionali, una importante svalutazione. Ciò in considerazione della natura stessa della deroga in esame, ontologicamente incompatibile con una finalità di mera attuazione della normativa comunitaria.

Il secondo motivo è che la miriade di convenzioni ILO non sembrano dilatare in misura significativa l’area della inderogabilità³⁷, essendo le relative disposizioni sostanzialmente sovrapponibili con le tutele già previste dalla Costituzione e dallo stesso diritto comunitario, soprattutto a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Da evidenziare, tuttavia, un profilo di incertezza, proprio nel riferimento del legislatore alle *convenzioni internazionali di lavoro*. Si è infatti rilevato che dalla dizione letterale della legge

³⁴ Espressione utilizzata da L. GALANTINO, L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale, in corso di pubblicazione, in QFS “Marco Biagi” - 2011

³⁵ Così F. CARINCI, op. cit.,

³⁶ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 50.

³⁷ Per un esempio però di restrizione della possibilità derogatoria degli accordi di prossimità, derivante dalle Convenzioni Ilo, vedi *Infra* § 8.4

“parrebbe emergere un obbligo della contrattazione di prossimità a rispettare l'intero blocco delle convenzioni, benché non ratificate dall'Italia”³⁸.

Il dubbio è certamente lecito. Non sono invece del tutto condivisibili le ragioni addotte a sostegno dello stesso. E cioè che “una contraria interpretazione, volta a limitare l'obbligo di rispettare le sole convenzioni ratificate, fornirebbe al disposto un significato del tutto inutile, posto che l'autonomia collettiva non può certo derogare a norme di diritto internazionale vigenti nel nostro ordinamento interno”³⁹.

Occorre infatti rilevare che, secondo l'orientamento dottrinale prevalente⁴⁰, la ratifica di una convenzione ILO, il cui rispetto è tutelato dall'art. 35 Cost., non comporterebbe, diversamente dai vincoli di uniformazione agli obblighi internazionali di cui all'art. 10

Cost., la illegittimità costituzionale di una norma che contrasti il contenuto di una (ratificata) convenzione internazionale. In assenza della precisazione legislativa non sarebbe quindi scontato che una simile deroga della contrattazione collettiva (autorizzata ex lege) sia giudicata incostituzionale.

In ogni caso, una eventuale estensione alle convenzioni non ratificate non drammatizzerebbe la questione, anche perché, se si dà valore alla dizione letterale, il riferimento dovrebbe riguardare solo le convenzioni e non le raccomandazioni, i cui contenuti, proprio perché privi di forza vincolante, sono generalmente più minuziosi e rigorosi e quindi potenzialmente molto più insidiosi delle convenzioni stesse⁴¹.

Da ultimo, una considerazione sulla possibilità di ricorrere all'istituto della certificazione, quale ausilio nell'individuazione di aree di derogabilità sottratte ai vincoli costituzionali, comunitari ed internazionali. Si potrebbe, in questo senso, provvedere a certificare direttamente l'accordo collettivo, in quanto contratto in cui è dedotta indirettamente una e più prestazioni di lavoro (art. 75, d.lgs n. 276/2003 come modificato dall'art. 30, comma 4, N. 183/2010), ovvero a certificare i singoli contratti in relazione alle singole clausole in deroga alla legge.

8. Gli spazi di deroga alla legge

E' giunto il momento di avventurarsi in una disamina tecnica sugli spazi di deroga potenzialmente percorribili dalla contrattazione di prossimità. Operazione non affatto

³⁸ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 51.

³⁹ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 51.

⁴⁰ Cfr, in particolare M. OFFEDDU, *Art. 35 Cost (terzo e quarto comma)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1979, 53 ss.. Vedi anche F.M. CIRILLO, *Costituzione. Art. 35*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A.MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Vol. I, Giuffrè, 2004.

⁴¹ Sul carattere delle Convenzioni e delle Raccomandazioni ILO, si veda G. PERONE, *Le fonti internazionali*, in M. Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, Vol. I, 236 ss.

agevole, non solo perché il (presumibile) criterio di tassatività⁴² trova un rilevante elemento di contraddizione nella individuazione di riferimenti a contenuto indeterminato e tendenzialmente omnicomprensivo, ma anche perché le stesse ipotesi di deroga devono poi confrontarsi, sia con i vincoli di scopo di cui al comma 1, sia con le garanzie previste a livello costituzionale, comunitario e internazionale, riferimento tra l'altro quest'ultimo, di dubbia decifrabilità⁴³.

Insomma, una fatica improba. Meglio quindi cominciare da quello che sicuramente le *specifiche intese* non potranno fare, in quanto concernenti materie o non incluse nell'elenco di cui al comma 2, o coperte completamente da tutela costituzionale o comunitaria, o semplicemente attinenti ad un profilo esclusivamente individuale.

Non si potranno quindi individuare deroghe in materia di diritto sindacale e diritto di sciopero, in materia di sicurezza sul lavoro, in materia di collocamento ordinario e obbligatorio. Non si potrà inoltre intervenire sui profili previdenziali e tributari, sui profili attinenti alla regolazione degli strumenti di *outsourcing* (salvo il regime di solidarietà nell'appalto e l'ampliamento dei casi di ricorso alla somministrazione), sui congedi di maternità e di malattia, sulle causali di licenziamento, sul regime delle invenzioni del lavoratore, sulla disciplina del patto di concorrenza, sul regime di rinunce e transazioni ex art. 2113 cod. civ.

Come si dice, scusate se ho dimenticato qualcuno, ma queste dovrebbero essere grosso modo le materie costituenti la *black list*. Tutto il resto entra nella gamma del possibile.

Nelle prossime pagine si cercherà di contribuire a dipanare la matassa, delimitando gli spazi di deroga concretamente percorribili dalla contrattazione di prossimità, con l'(ovvia) avvertenza che la vastità⁴⁴ dell'oggetto di indagine non consentirà di affrontare tutti i possibili profili di criticità.

8.1. Le deroghe in materia di impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie

La formulazione, in linea teorica, si presta bene ad una interpretazione estensiva, potendo comprendere tutti quei profili – si pensi innanzitutto alle regole in materia di salute e sicurezza – attinenti alla gestione degli strumenti tecnologici nei luoghi di lavoro.

In questa ampia prospettiva, qualche dubbio potrebbe semmai sorgere su quale significato attribuire alla perifrasi “introduzione di nuove tecnologie“, non escludendosi a priori,

⁴² Sul carattere di tassatività delle ipotesi la dottrina è sostanzialmente unanime. Vedi in particolare A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 43; F. CARINCI, op. cit., 39..

⁴³ Vedi Supra § 7

⁴⁴ Secondo F. CARINCI, op. cit., 38, l'elencazione di cui al comma 2 “finisce per coprire un buon 50-60% di quello che viene insegnato in un corso universitario come diritto del rapporto individuale di lavoro”.

quale opzione interpretativa, l'impossibilità di regolamentazione aziendale, ai sensi e agli effetti della legge n. 148, in assenza di un cambiamento tecnologico all'interno dell'azienda. Decisamente più plausibile, tuttavia, è che il legislatore abbia voluto, più semplicemente, riferirsi al sempre più frequente utilizzo della c.d. *information technology* nell'ambito delle modalità di produzione ed organizzazione del lavoro. Ma se così è, leggendo congiuntamente la locuzione "nuove tecnologie" con la nozione, invero più specifica, di "impianti audiovisivi" ne scaturisce un evidente restringimento dell'iniziale ipotesi interpretativa, riducendosi il riferimento in esame alla "sola" regolamentazione del ricorso ad apparecchiature e/o strumentazioni aventi implicazioni di controllo a distanza dell'attività di lavoro, in sostanziale sovrapposizione con la materia disciplinata dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Si è così paventato, tra le tante minacce dell'articolo 8, il rischio specifico che una determinata intesa possa, in deroga al menzionato articolo 4, prevedere che il lavoratore sia "in ogni suo movimento (...) controllato istante per istante da un impianto audiovisivo"⁴⁵.

Un simile rischio non sembra però sussistere. Non tanto in virtù di una apodittica fiducia nel sindacato, ma in quanto è lo stesso legislatore a ricordare espressamente il limite del rispetto delle garanzie costituzionali, non essendovi alcun dubbio che l'ipotesi sopra prospettata si configurerebbe in palese violazione dei principi di dignità umana e di libertà personale di cui agli articoli 2 e 13 della Costituzione, espressamente sovraordinati, ex art. 41, comma 2 Cost., al principio di libertà di iniziativa economica⁴⁶.

Se, infatti, in linea teorica, può condividersi l'opinione secondo cui la verifica della correttezza dell'adempimento della prestazione non è in sé lesiva della dignità del lavoratore⁴⁷, una tale affermazione non può invece reggere se riferita ad un controllo continuativo ed ininterrotto. Senza contare che, in questo caso, emergerebbero anche rilevanti profili di tutela della riservatezza.

Si noti del resto che nella delega legislativa di cui al comma 2 non è ravvisabile l'attribuzione di un potere diretto alla autonomia collettiva in materia di privacy, la cui regolamentazione è peraltro di stretta derivazione comunitaria⁴⁸, ma solo la possibilità di individuare e conseguentemente regolamentare i profili di organizzazione aziendale compatibili con i suddetti principi costituzionali.

Si osservi in questo senso l'assenza di soluzione di continuità con la disciplina dello

⁴⁵ Così L. GALLINO, *La minaccia dell'articolo 8*, in *La Repubblica* del 15 settembre 2011.

⁴⁶ Sul punto vedi in particolare R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 71/2008.

⁴⁷ Cfr. in particolare G. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *NDI*, IV, Utet, 1982, p. 896 ss

⁴⁸ Vedi in particolare direttiva, n. 2002/58/CE e direttiva n. 95/46/CE

Statuto dei lavoratori. Se si confronta la struttura delle due norme si constata che i presupposti dell'intervento sindacale sono sostanzialmente interscambiabili, non trovandosi significative differenze tra il generale concetto di esigenze organizzative e produttive di cui all'art. 4, comma 2 St.lav. e le finalità di cui al comma 1 dell'art 8 decreto 138/2011, senza contare che è lo stesso comma 2 dell'articolo 8 a riferire la delega legislativa alle esigenze della l'organizzazione del lavoro e della produzione.

Quali allora le (possibili) differenze?

Nessuna sul piano dell'efficacia della regolamentazione aziendale, in quanto gli accordi ex art. 4 comma 2 St.lav, sono stati inquadrati dalla pressoché unanime giurisprudenza nella categoria dei contratti gestionali, applicabili quindi a tutti i lavoratori indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale. Una differenza, se non altro in una prospettiva di certezza del diritto, si individua però in relazione ai criteri di formazione dell'accordo, prevedendo l'articolo 8 la sufficienza del criterio maggioritario, laddove invece l'art. 4 dello Statuto non chiarisce se il riferimento al "*previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali*" implichi o meno l'unanime consenso di tutte le RSA⁴⁹.

Sul piano dei contenuti, l'articolo 8 potrebbe comportare un parziale allentamento delle rigidità del sistema. Non sembrano però condivisibili le generiche affermazioni, secondo le quali, gli accordi di prossimità "potrebbero consentire forme di controllo occulto"⁵⁰. Non si comprende invero, quale possa essere l'oggetto di un siffatto controllo. Da escludere, infatti, che esso possa tradursi in una qualsiasi forma di intercettazione – ambientale, telefonica o telematica – delle comunicazioni del prestatore all'interno del luogo di lavoro, e ciò, non solo ai fini della verifica dell'esatto adempimento, ma anche ai fini dell'accertamento di condotte illecite del lavoratore.

Uno spazio potrebbe però individuarsi proprio con riferimento ai suddetti controlli difensivi. Attualmente, l'unanime giurisprudenza riconosce la legittimità dei controlli diretti solo alla tutela di beni estranei al rapporto lavorativo⁵¹. Si pensi in particolare ai sistemi di controllo sull'accesso ad aree riservate o agli strumenti di rilevazione di telefonate ingiustificate. L'accordo aziendale potrebbe valorizzare una nozione estesa di controllo

⁴⁹ L'opinione prevalente sembra comunque orientarsi sulla necessità del consenso unanime. Cfr in particolare FRENI, GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, 11; CATAUDELLA, *Sub art. 4*, in Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, 83. Contra vedi PERA, *Sub art. 4*, in Assanti e Pera (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 30.

⁵⁰ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 46. Gli stessi A., peraltro, evidenziano la sussistenza di un possibile contrasto con la tutela della "privacy" sancita in Direttive europee e nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁵¹ Vedi da ultimo Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375

difensivo, sull'onda di quanto già affermato da alcune sentenze di merito⁵², al fine di impedire, non solo l'uso di strumenti vietati, ma anche l'abuso di strumenti di per sé consentiti. Si potrebbero quindi legittimare sistemi di rilevazione, non solo dei numeri telefonici chiamati, ma anche della durata delle relative telefonate, ovvero legittimare sistemi in grado di quantificare la durata degli accessi a internet. Tuttavia, al fine di evitare un utilizzo distorto e lesivo dei principi di dignità del lavoratore, l'accordo dovrebbe consentire la verifica sulla base di criteri predefiniti dalla stessa intesa sindacale, sull'esempio di quanto già previsto dal legislatore in materia di visite personali di controllo ex art. 6 St. Lav..

L'accordo aziendale potrebbe inoltre estendere il dettato dell'art. 4, comma 2, consentendo l'utilizzo delle informazioni – sempre che non riguardino dati sensibili – che il datore di lavoro abbia acquisito accidentalmente e con modalità non lesive dei diritti primari del lavoratore (i c.d. controlli preterintenzionali)⁵³

Si ritiene, tuttavia, improbabile che gli accordi di prossimità interverranno in funzione modernizzatrice della disciplina statutaria, sia pure nei ristretti limiti di cui sopra. Ciò per una ragione di tecnica del diritto. L'articolo 8 infatti, pur consentendo di derogare all'art. 4 st. lav., ne conserva interamente l'applicabilità, con la conseguenza che la parte datoriale, invece di ricercare una difficile soluzione di equilibrio con il sindacato, preferirà continuare ad applicare il meccanismo autorizzatorio di cui al comma 3 dell'art. 4 St. lav., sfruttando l'inerzia dell'autorità amministrativa preposta alla verifica del rispetto delle norme⁵⁴.

8.2. Le deroghe in materia di mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale

Il riferimento in esame, da leggersi in stretta connessione con l'ampia possibilità derogatoria in materia di disciplina del rapporto di lavoro di cui alla lett. e) del comma 2, individua due possibili aree di intervento. La prima relativa alla possibilità di integrare la nozione legale di equivalenza, la seconda concernente l'individuazione di specifiche ipotesi di deroga al generale divieto di cui al comma 2 dell'art. 2103 c.c.. Riguardo al primo profilo, gli accordi di prossimità potrebbero autoqualificarsi come fonte integrativa del dettato

⁵² Si veda in particolare Trib. Torino 9 gennaio 2004, in *Giur. Piem.*, 2004, 131 e, analogamente, Trib. Milano 31 marzo 2004, in *OGL*, 2004, 108.

⁵³ Non sembra infatti che gli accordi aziendali ex art. 4 comma 2 St.lav. possano consentire un siffatto utilizzo, avendo il legislatore dello Statuto "ricostruito quello del lavoratore a non essere controllato a distanza, in termini di diritto soggettivo che non si affievolisce alla presenza delle condizioni di cui al seconda comma" (così C. ZOLI, Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art.4, L. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma, in *RIDL*, 2009, 485. Cfr. in questo senso A. BELLAVISTA, Il controllo sui lavoratori, Giappichelli, 1995, 76 ss.; E. GRAGNOLI, L'informazione nel rapporto di lavoro, Giappichelli, 1996, 160).

⁵⁴ Sul punto vedi in particolare V. FERRANTE, Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo statuto, in *RIDL*, 2011, n. 1, 73.

legislativo e definitoria dei limiti di esigibilità delle mansioni considerate equivalenti. Si tratterebbe quindi di “portare” nel privato e, a livello esclusivamente aziendale e/o territoriale, il concetto di equivalenza convenzionale utilizzato dal legislatore ex art. 52, d.lgs n. 151/2001 in materia di pubblico impiego. Lo stesso articolo 52 sembra costituire un valido riferimento per una valutazione prognostica di legittimità di una siffatta regolamentazione collettiva ex art. 8. La differenziazione di disciplina non sembra infatti trovare giustificazione nella necessità di conformarsi ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost., diversamente da quanto previsto in materia di (consolidamento delle) mansioni superiori.

Da una diversa prospettiva, si tratterebbe di valorizzare, in funzione di certezza di diritto, gli orientamenti giurisprudenziali⁵⁵ volti a validare clausole collettive di fungibilità delle mansioni in presenza di specifiche esigenze aziendali, sottraendo al giudice la possibilità di valutare in concreto la nozione di equivalenza con riferimento cioè alla tutela del patrimonio di nozioni, esperienze ed abilità maturate ed allo sviluppo professionale del lavoratore, se non nei limiti di un sindacato di ragionevolezza delle scelte collettive.

Un fattore di criticità è però ravvisabile nel raffronto con i minimi tabellari del contratto nazionale, nella misura in cui essi costituiscono, nella tradizionale esperienza giurisprudenziale, il parametro principale di riferimento, ai fini del rispetto del principio di giusta retribuzione di cui all'art. 36 Cost.. Si consideri del resto come anche la più innovativa giurisprudenza⁵⁶, nel prevedere la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni anche di livello diverso, specifica che si deve trattare, in ogni caso, di mansioni collocate nella stessa qualifica.

E' possibile, tuttavia, individuare almeno due valide argomentazioni a favore di una ampia autonomia degli accordi di prossimità in materia di inquadramento, entrambe basate sulla neutralità del dettato costituzionale, rispetto al livello contrattuale necessario per soddisfare i criteri di proporzionalità e sufficienza.

La prima trae direttamente origine dalla lettura del dato normativo. L'art. 8, infatti, attribuendo uno specifico potere di intervento della contrattazione aziendale in materia di mansioni, anche in deroga alle disposizioni di legge e di contratto di categoria, sembra configurare una presunzione legislativa di conformità dell'inquadramento aziendale ai criteri di cui al primo comma dell'art. 36 Cost., non potendo quindi il sindacato giudiziale limitarsi a rilevare una eventuale differenziazione di trattamento rispetto ai minimi tabellari nazionali, dovendo invece verificare che l'eventuale raggruppamento di compiti appartenenti

⁵⁵ Vedi in particolare Cass., Sez. Unite, 24 novembre 2006, n. 25033.

⁵⁶ Vedi Cass., n. 25033/2006, cit.

a differenti qualifiche individui una figura professionale comunque coerente con le ragioni aziendali dichiarate nell'accordo collettivo.

La seconda argomentazione si fonda, invece, su una osservazione di carattere più logico deduttivo che tecnico giuridico, consistente nella elevata probabilità - parafrasando autorevole dottrina⁵⁷ - che un aumento di peso della contrattazione aziendale rispetto a quella di livello nazionale nel governo delle retribuzioni si traduca in una svalutazione degli standard retributivi che oggi vengono assunti dalla giurisprudenza come parametri per la determinazione della giusta retribuzione, determinando quindi un ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale fino ad oggi ampiamente prevalente.

Un simile potere regolatorio potrebbe inoltre, forse, consentire – ma il condizionale è d'obbligo – strutturazioni del salario particolarmente ardite, basate per esempio su una differenziazione tra salario di ruolo riferito a quello che il lavoratore “fa” e un salario professionale riferito a quello che il lavoratore “è in grado di fare o ha fatto in passato”⁵⁸.

Ma veniamo ora al secondo profilo di analisi, relativo alla derogabilità *in peius* delle disposizioni di cui all'art. 2103 cod. civ

Una prima ipotesi riguarda la possibilità di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori..

E' subito da evidenziare che, in linea teorica, l'articolo 8 sembra consentire una flessibilità orizzontale della prestazione lavorativa, senza la necessità che l'accordo aziendale definisca, nei termini di cui sopra, un inquadramento contrattuale basato su una elaborazione convenzionale del concetto di equivalenza. Sarebbe a tal fine sufficiente prevedere, in relazione a specifiche esigenze aziendali, una espressa deroga alla regola dell'equivalenza.

Tuttavia, il potere regolatorio che ne deriverebbe sarebbe alquanto limitato, poiché l'assenza di una mediazione sindacale sul concetto di equivalenza ne farebbe riemergere la nozione più tradizionale e più rigida. Vi sarebbe quindi il concreto rischio che ogni assegnazione a mansioni appartenenti ad un diverso livello rispetto a quella di assunzione sia ritenuto lesivo del diritto del lavoratore alla salvaguardia della propria professionalità (art. 4 Cost), da cui la validità della regolamentazione solo nel caso in cui il contrapposto interesse sia giudicato costituzionalmente prevalente.

Una regolamentazione razionale sembra quindi esigere che la flessibilità orizzontale (o “paraorizzontale”) sia garantita, prioritariamente, mediante la previsione di uno specifico

⁵⁷ Vedi P. ICHINO, La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della costituzione, in RIDL, 2010, 04, 719

⁵⁸ Al riguardo vedi M. CRIPPA, Valorizzazione delle competenze e flessibilità contrattuale: verso il superamento dei sistemi rigidi di classificazione contrattuale dei lavoratori, in DRI, 2008, n. 4, 1127 ss..

sistema di inquadramento, ricorrendo invece al (diretto) potere di deroga esclusivamente nei casi in cui vi sia una effettiva riduzione del livello di professionalità.

Sul punto, peraltro, le ipotesi prospettabili sembrano ridursi a quelle finalizzate alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, essendo tali finalità le uniche idonee, tra quelle indicate nel comma 1 dell'art. 8, a prevalere sui principi di tutela della professionalità.

Potrebbe, quindi, trovare legittimazione una assegnazione a mansioni inferiori, in presenza di un concreto rischio occupazionale, senza la necessità di ricorrere ad una procedura di mobilità, come invece attualmente previsto ex art. 4, comma 11, l. n.223/1991⁵⁹.

Un ulteriore spazio potrebbe forse individuarsi nell'ambito "dell'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori"⁶⁰. Si potrebbe in particolare valorizzare, tramite l'accordo di prossimità, la nozione di prestazione accessoria o complementare, richiedendo al lavoratore, per un periodo di tempo relativamente breve, attività corrispondenti a mansioni inferiori, in presenza di determinate e contingenti esigenze aziendali.

Decisamente più ampi sono gli spazi di intervento in materia di mansioni superiori.

Si potrebbe innanzitutto incidere sulla natura stessa della variazione *in melius*, integrando così, in funzione di certezza del diritto, un dato legale alquanto lacunoso. Più precisamente, si tratterebbe di recepire, attraverso la mediazione sindacale, una delle possibili interpretazioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Interpretazioni che sostanzialmente si riducono a due opzioni ricostruttive. La prima basata sulla natura consensuale della variazione⁶¹, la seconda sulla individuazione di uno *ius variandi* nell'ambito del potere direttivo e/o organizzativo del datore di lavoro. L'accordo aziendale potrebbe anche percorrere una soluzione intermedia, limitandosi a riconoscere lo *ius variandi* – sull'esempio di quanto affermate da alcune sentenze⁶²– solo in relazione a modifiche temporanee, prevedendo invece la necessità di un espresso consenso per il consolidamento della attribuzione, qualora vengano superati i termini per la c.d. promozione automatica.

Tale ultima soluzione sembra del resto la più praticabile, anche in considerazione del pericolo che il datore utilizzi il potere di variazione *in melius* al solo fini di preconstituirsì una giustificazione del licenziamento. Si potrebbe peraltro evitare questo rischio, mediante la definizione di uno specifico percorso di mobilità verticale e, su queste basi, precisare

⁵⁹ Da evidenziare che in questa direzione sembra andare alcune pronunce dei giudici di legittimità. Vedi in particolare Cass. n. 8596/2007, laddove si attribuisce espressamente rilievo alle esigenze d'impresa quale elemento determinante al fine di perseguire l'interesse alla stabilità occupazionale, anche con sacrificio, seppur momentaneo, della professionalità del lavoratore.

⁶⁰ Finalità prevista nel comma 1 dell'articolo 8, d.l. n. 138/2011

⁶¹ Ritiene preferibile la soluzione interpretativa "paraconsensualistica" C. PISANI, *L'oggetto e il luogo della prestazione*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, I, 2009, 497.

⁶² Cfr. Cass. 13 giugno 1991, n. 6657 e più recentemente Trib. Milano 5 agosto 2003, in *OGL*, 2003, I, 499. In dottrina vedi in particolare F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 200.

l'ambito di applicazione del potere di variazione, riferendolo, per esempio, esclusivamente alle mansioni appartenenti ad un livello immediatamente superiore. Si valorizzerebbe in questo senso quell'orientamento giurisprudenziale già ora favorevole alla possibilità che la contrattazione collettiva regolamenti le modalità di esercizio dello *ius variandi* nei limiti derivanti dall'esigenza di tutela della professionalità del lavoratore⁶³.

Entro tali limiti, si potrebbe anche derogare all'art. 30. d.lgs n. 276/2003 laddove si prevede il necessario consenso del lavoratore in caso di un distacco che comporti un mutamento di mansioni⁶⁴, a condizione però che l'adibizione a mansioni superiori sia stata preventivamente concordata con il distaccante. Diversamente, il distaccatario avrebbe la possibilità di gestire con amplissimi margini di "manovra" la mansione del lavoratore distaccato, senza che operino i limiti al potere di *ius variandi* individuati dall'accordo aziendale di prossimità.

Non si esclude inoltre la legittimità di una regolamentazione che deroghi alla disposizione di cui comma 1, secondo periodo dell'art. 2103 cod. civ. relativo al "*diritto del lavoratore al trattamento corrispondente all'attività svolta*" nel caso di assegnazione a mansioni superiori. Risultano preziose al riguardo le ricostruzioni dottrinali elaborate con riferimento al potere attribuito alla autonomia collettiva ex art. 52, comma 6 d.lgs n. 165/2001, trovando infatti piena operatività, anche nel settore del lavoro pubblico, i principi costituzionali di proporzionalità e sufficienza espressi dall'art. 36 Cost.⁶⁵.

Il riferimento va in particolare a quella dottrina⁶⁶ che, indagando sull'incidenza del contratto collettivo in relazione agli "effetti" retributivi derivanti dall'assegnazione a mansioni superiori, ha affermato la legittimità di una regolamentazione che stabilisca una retribuzione inferiore rispetto a quanto previsto per tali mansioni, limitatamente però ad un periodo iniziale di adibizione. In tale ipotesi, infatti, non sussisterebbe contrasto con l'art.36 Cost., in quanto "il contratto collettivo in tal modo creerebbe una modalità nuova di determinazione del valore della prestazione, predeterminando, in sostanza, un altro livello, intermedio, di inquadramento"⁶⁷, la cui ragionevolezza, si fonderebbe su una non ancora completa acquisizione della nuova professionalità.

⁶³ Cfr Cass. 29 agosto 1987, n. 7142 e più recentemente Cass. 4 marzo 2004, n.4463.

⁶⁴ Sul significato di mutamento di mansioni di cui all'art. 30, d.lgs n. 276/003, vedi in particolare C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003, in DRI, 2004, n.2, 360. V. PUTRIGNANO, Il distacco dei lavoratori, in DRI, 2009, 03, 680.

⁶⁵ Sulla diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego dei principi dettati dall'art. 36 Cost. vedi Corte Cost. 23 febbraio 1989 n. 57 e Corte Cost ord. 26 luglio 1988 n. 908.

⁶⁶ Vedi In particolare C. PISANI, op. cit. 570.

⁶⁷ Così C. PISANI, op. cit. 570.

Tesi che sembra del resto trovare accoglimento, sia pure implicitamente, nella giurisprudenza di legittimità ove si è affermato - in materia di pubblico impiego privatizzato - che “la diretta applicazione del canone costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 cost., non deve necessariamente tradursi in un rigido automatismo di spettanza del trattamento economico esattamente corrispondente alle mansioni superiori espletate, ben potendo risultare osservato il precetto costituzionale mediante la corresponsione di un compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione della qualifica di appartenenza”⁶⁸.

Ultimo profilo individuato concerne la durata dell’assegnazione ai fini della definitiva acquisizione del livello superiore. Il contratto aziendale, in particolare, potrebbe fissare un periodo più lungo rispetto a quello legale, come già previsto in via generale per i dirigenti e i quadri dall’art. 6. l. 13 maggio 1985, n. 90. Si potrebbe anche precisare, in funzione di certezza del diritto, se il periodo di svolgimento debba essere continuativo o no, regolamentando in tale caso il cumulo dei singoli periodi - anche tramite una ponderazione degli stessi⁶⁹ - ovvero se siano compresi nel periodo utile anche le assenze giustificate o le sospensioni del rapporto⁷⁰.

8.3. Le deroghe in materia di contratti atipici

Si evidenzia una non felicissima formulazione della norma, da cui alcuni profili di criticità interpretativa. Il legislatore, infatti, per un verso, individua specificatamente un potere di deroga in materia di contratti a termine e di contratti a orario ridotto, modulato o flessibile (comma 2, lett. c), per altro verso, afferma una generica derogabilità in materia di rapporto di lavoro, comprendendo espressamente in tale nozione anche le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA (comma 2, lett. e).

Da cui un’incertezza con riferimento a quei contratti di lavoro non standard non compresi nell’elenco di cui alla lett. c del comma 2, ma rientranti nell’ampia nozione di cui alla lett. e) comma 2. Si pensi innanzitutto all’apprendistato e al contratto di inserimento.

Dubbi concernono anche l’applicabilità dell’articolo 8 alle co.co.co. di cui all’art. 61, comma 2 e comma 3 d.lgs n. 276/2003, e cioè a quelle collaborazioni non necessariamente ricondotte

⁶⁸ Cass. 14 giugno 2007 n. 13877. In questo stesso senso vedi anche Cass. 2 ottobre 2006 n. 21280; Cass. 25 ottobre 2003 n. 16078.

⁶⁹ Per esempio, tramite una ponderazione dei periodi basata su un rapporto 2 a 1.

⁷⁰ Sebbene infatti l’orientamento prevalente escluda dal computo i giorni di assenza e i periodi di ferie e malattia (vedi in particolare Cass. 18 novembre, n. 12809; Cass. 4 ottobre 1990, n. 9799), si registrano tuttavia pronunce di segno contrario (vedi in particolare Cass. 13 dicembre 2001, n.15766); da cui l’utilità di un intervento della contrattazione di prossimità in funzione di integrazione del dato legale.

ad un progetto. Certamente fuori dalla riforma sono invece il lavoro accessorio e il contratto d'opera occasionale⁷¹.

Così premesso, proviamo ad individuare gli spazi di derogabilità percorribili, iniziando dalla disciplina sul lavoro a tempo determinato.

8.3.1. Sul contratto di lavoro a termine

La prima questione, non solo per ragioni di ordine logico, concerne la possibilità di intervento sulle c.d. causali di legittima apposizione del termine.

Da evidenziare che il legislatore del 2001 si è spinto ben oltre al minimo richiesto dalla normativa comunitaria. La Direttiva n. 1999/70/ce, infatti, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato, individuandosi un siffatto obbligo - peraltro alternativo agli strumenti di cui alla clausola 5, punto 1 dell'Accordo - unicamente con riferimento al rinnovo dei contratti a termine stipulati in successione⁷². Ne consegue che un accordo collettivo ex art. 8 potrebbe certamente intervenire sui requisiti di legittimazione del primo contratto: o in funzione di certezza del diritto, prevedendo espressamente la sufficienza di ragioni oggettive non connesse ad esigenze temporanee⁷³, o addirittura introducendo un regime di acausalità del termine.

Dubbi peraltro, sulla possibilità di introdurre causali soggettive, per un presumibile contrasto con la normativa comunitaria in materia di discriminazione. La sussistenza nel nostro ordinamento di una specifica disciplina in materia di contratti di inserimento di soggetti svantaggiati comporterebbe il concreto rischio che una qualsiasi ipotesi di apposizione del termine basata su criteri soggettivi sia valutata in violazione del principio di proporzionalità, principio che richiede che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito⁷⁴.

⁷¹ Il legislatore infatti (menzionando espressamente le partite iva) sembra comprendere nella riforma solo quei contratti d'opera caratterizzati dalla presenza dei requisiti di abitualità e professionalità della prestazione autonoma

⁷² Vedi C. cost. 4 marzo 2008, n. 44, che, riprendendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (in particolare la sentenza 22 novembre 2005 nella causa 144/04, *Mangold*), precisa che la direttiva "è circoscritta alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato".

⁷³ Consentendo quindi all'azienda di bypassare sul punto il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità. Vedi da ultimo Cass. 27 aprile 2010, n. 10033.

⁷⁴ In questo senso, cfr in particolare Corte Giust. 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*. Vedi anche Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*.

Diversa è invece la questione con riferimento ai rinnovi contrattuali. La giurisprudenza comunitaria sul punto non è univoca. Alcune sentenze⁷⁵ sembrano individuare un contenuto di protezione minima nella sussistenza di ragioni oggettive relative a precise e concrete circostanze che caratterizzano una certa attività. Altre, più recenti, sentenze⁷⁶ affermano invece che una simile lettura equivarrebbe ad istituire una gerarchia tra le diverse misure di cui alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, mentre i termini stessi di tale disposizione indicano senza equivoco che le diverse misure prese in considerazione sono concepite come equivalenti. Resterebbe però il rischio di una violazione del diritto comunitario, qualora le restanti misure non siano considerate sufficientemente efficaci ai fini della prevenzione degli abusi.

Analoghe considerazioni sottendono alla possibilità di derogare ai quei profili di disciplina presi espressamente in considerazione dalla menzionata clausola 5. Il riferimento è in particolare al regime della proroga di cui all'art. 4. d.lgs n. 368/2001 o alla disciplina delle successioni di cui all'art. 5 del medesimo decreto.

Riguardo il limite triennale della proroga, i profili di criticità non sembrano, peraltro, particolarmente rilevanti, raffigurandosi un potere di intervento della contrattazione aziendale non molto diverso da quello già previsto dal legislatore in relazione al superamento del limite dei 36 mesi in materia di successione dei contratti ex art. 5, comma 4 bis. Si tratterebbe solo di contenere, in termine ragionevoli, l'estensione della durata complessiva del contratto.

Diversa invece è la questione, qualora l'accordo di prossimità voglia incidere più profondamente sul vigente sistema di prevenzione degli abusi.

Critica sarebbe per esempio una regolamentazione che eliminasse *in toto* la durata massima dei rapporti di lavoro successivi. Si dovrebbe, quanto meno, in alternativa, individuare un numero massimo dei rinnovi dei suddetti rapporti, ovvero, paradossalmente, ritornare al sistema della vecchia l. 230/1962, laddove non vi era alcun limite alla reiterazione di contratti a termine tra le stesse parti - salvo l'intervallo tra un contratto a termine e quello successivo- , "per l'evidente motivo che l'utilizzo del lavoro a termine derivava esclusivamente dalla rigorosa selezione delle causali di ammissibilità"⁷⁷.

Meno problematica si prospetta invece la possibilità, in caso di abuso derivante dall'utilizzo del contratto a termine, di sostituire la sanzione della conversione in un rapporto di lavoro a tempo determinato con l'obbligo datoriale di indennizzare il prestatore con un

⁷⁵Vedi in particolare Corte Giust., 4 luglio 2004, C-212/04, *Adeneler*.

⁷⁶ Vedi in particolare Corte Giust. 15 aprile 2008, C- 268/08, *Impact*.

⁷⁷ Così A. MARESCA, Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d. lgs. n. 368/2001, in RIDL, 2008, 03, 287

congruo risarcimento. Sul punto la Corte di giustizia⁷⁸, sia pure con riferimento alla speciale disciplina del pubblico impiego, ha più volte chiarito che la clausola 5.1 dell'accordo-quadro non contiene un obbligo di conversione in caso di abuso, ma solo un obbligo di individuare misure sanzionatorie effettive. La questione si sposterebbe, in questi termini, sull'ammontare del risarcimento previsto dalla contrattazione di prossimità⁷⁹. Ammontare che dovrebbe tenere conto anche delle diverse conseguenze che la conversione avrebbe avuto in termini di flessibilità di uscita, con riferimento cioè al regime di tutela - reale od obbligatoria concretamente applicabile. Da cui un concreto rischio che sia valutata insufficiente, ai fini di prevenzione degli abusi, una indennità parametrata all'indennizzo di cui alla l. n. 604/1966 – soluzione peraltro adottata dal legislatore nella disposizione transitoria di cui all'art. 4 bis, dg,ls n. 368/2001⁸⁰ – con riferimento ad aziende operanti in regime di tutela reale ex art. 18, l. n. 300/1970⁸¹.

Un profilo di criticità potrebbe anche individuarsi nella oggettiva difficoltà a motivare una tale deroga con riferimento alle finalità di cui al comma 1 dell'art. 8⁸². Solo infatti la gestione di una crisi aziendale sembra giustificare l'effetto della mancata trasformazione del rapporto.

Ultima osservazione riguarda la possibilità di deroga all'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, laddove si affida esclusivamente al contratto di categoria la individuazione di limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a termine. Le *specifiche intese* potranno non solo derogare alle clausole di contingentamento stabilite a livello nazionale, ma comprendere nei limiti percentuali – eventualmente individuati *ex novo* dagli stessi accordi di prossimità – anche le ipotesi di esenzione espressamente previste dal legislatore⁸³. Le intese potranno altresì, colmando sul punto un vuoto legislativo, disciplinare gli effetti sanzionatori in caso di violazione delle clausole di contingentamento⁸⁴.

⁷⁸ Vedi in particolare Corte Giust. 7 settembre 2006, n. 53. Da ultimo vedi anche Corte Giust. 1 ottobre 2010, n. 3.

⁷⁹ Sulla necessità che il risarcimento sia congruo vedi A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit.

⁸⁰ Op.cit

⁸¹ Sui profili di criticità connessi ad una sanzione parametrata esclusivamente sui criteri di cui all'art. 8, l. n.604, vedi la recente sentenza della Corte CCost. n. 303/2011.

⁸² Parzialmente condivisibili in questo senso sono le perplessità di A. BRIGNONE, *Contrattazione di prossimità e deroghe per contratto a termine e somministrazione*, in GL, 2011, n. 40, 12, secondo cui “l'intesa di prossimità che si limiti a non prevedere tale effetto di trasformazione ben difficilmente potrebbe considerarsi legittima alla luce dei principi a cui il sistema prefigurato dal legislatore deve ispirarsi, ossia quelli di prevedere le deroghe per finalità di crescita o di difesa del lavoro”.

⁸³ La contrattazione aziendale, in particolare, aumentando i limiti percentuali del CCNL e, contestualmente, comprendendo nei suddetti limiti le ipotesi di esclusione di cui all'art. 10, d.lgs n. 368/2001, assumerebbe una funzione di riequilibrio rispetto ad una disciplina sul punto non affatto coerente e che ha dato adito a dubbi di legittimità costituzionale. Vedi in dottrina S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in RGL, 2002, I, spec. 509 ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in DLRI, 2001, spec. 384 ss..

⁸⁴ Anche in deroga alla eventuale disciplina sanzionatoria prevista dal CCNL.

8.3.2. Sui casi di ricorso alla somministrazione

Con riferimento alla somministrazione di lavoro, gli spazi di deroga riguardano esclusivamente i casi di ricorso. In questi termini, l'unico reale profilo di novità è ravvisabile nella possibilità di intervenire sulle causali di ricorso alla somministrazione a tempo determinato di cui all'art. 20, comma 4, d.lgs n. 27672003. Considerato che, in relazione al c.d. *staff leasing*, la legge 23 dicembre 1009 n. 191, modificando l'art. 20, comma 3, aveva già provveduto ad estendere alla contrattazione aziendale la possibilità di ampliare la casistica tassativamente prevista dal menzionato articolo 20, comma 3⁸⁵. Salvo individuare un elemento di differenziazione nella possibilità della contrattazione di prossimità di liberalizzare *in toto* il ricorso alla somministrazione. Ipotesi peraltro del tutto improbabile e razionalmente sostenibile solo se accompagnata dall'individuazione di specifici limiti quantitativi di utilizzazione.

Tornando invece alla somministrazione a tempo determinato, si potrà o autorizzarne l'uso per ragioni oggettive non connesse ad esigenze temporanee, ovvero introdurre un regime di acausalità, consentendone quindi l'uso per motivi di mero risparmio dei costi gestionali. Salvo rilevare, in questo secondo caso, un lieve profilo di incertezza, perché si andrebbe a modificare il contenuto del contratto commerciale in relazione all'obbligo, ex art. 21, comma 1, di specificare espressamente le ragioni oggettive. Obbligo tra l'altro tutelato con una sanzione amministrativa ex art. 18. In via precauzionale, si dovrebbe quindi mantenere il suddetto requisito che avrebbe quindi un mero significato di adempimento formale e non invece propedeutico a consentire un sindacato giudiziale sulla oggettività delle ragioni.

Dubbi riguardano inoltre la possibilità di derogare alle clausole di contingentamento stabilite a livello nazionale. La locuzione "*casi di ricorso*" potrebbe infatti suggerire il riferimento alle sole ipotesi ontologiche di ricorso alla somministrazione. Non si esclude però una differente opzione interpretativa. Si consideri, del resto, in senso sistematico, che sarebbe difficilmente spiegabile una differenziazione di trattamento rispetto al contratto di lavoro a tempo determinato.

Una ultima riflessione riguarda la disciplina di lavoro.

L'art. 8, comma 2, riferendosi ai soli casi di ricorso, pone, almeno *in prima facie*, un dubbio interpretativo sulla possibilità di estendere ai lavoratori somministrati le deroghe individuate in materia di flessibilità organizzativa (orario, mansioni). Un dubbio che viene,

⁸⁵ Non sono in questo senso condivisibili i rilievi di novità ravvisati con riferimento alla somministrazione a tempo indeterminato da G. ZILIO GRANDI, *Accordo 28 giugno 2011 e art. 8 l. 148/2011: in particolare il contratto di somministrazione*, in *Q.F.S. "Marco Biagi"* – n. 2.III/2011.

per certi versi, alimentato dal fatto che il principio comunitario di parità di trattamento è stato declinato dal legislatore ex art. 23, d.lgs n. 276/2003, come diritto “a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte”.

Secondo una linea interpretativa, di massima valorizzazione del dato letterale, si potrebbe ritenere che suddetta disposizione, avendo una esclusiva funzione di tutela, non consenta di estendere ai somministrati una regolamentazione in deroga, stabilita da un accordo aziendale non vincolante nei confronti dei terzi.

Tale interpretazione è però da rigettare in radice, in quanto determinerebbe conseguenze paradossali, costituendo un rilevantisimo ostacolo al ricorso alla somministrazione, in palese violazione all'art. 4 della direttiva n. 2008/104/Ce, ove si specifica che le restrizioni possono essere giustificate soltanto da ragioni d'interesse generale.

In questa prospettiva, la scelta del legislatore di riferirsi solamente ai *casi di ricorso* deve univocamente interpretarsi come impossibilità della contrattazione di prossimità a derogare al principio di parità di trattamento⁸⁶, al regime di corresponsabilità tra somministratore ed utilizzatore e, in generale, alla specifica disciplina di cui agli art. 20 e ss. del d.lgs n. 276/2003.

8.3.3. Sui contratti ad orario ridotto

Difficile individuare un effettivo spazio di intervento degli accordi di prossimità in materia di *part-time*. Due in particolare i motivi. Il primo, perché il decreto legislativo n. 61/2000, più volte modificato nell'ultimo decennio, offre già una amplissima apertura di credito alla contrattazione collettiva con riferimento ad una gestione flessibile ed elastica del tempo di lavoro del *part-timer*. Il secondo, perché le disposizioni sottratte espressamente dal predetto decreto alla disponibilità collettiva sembrano imprescindibilmente connesse ad una tutela minima della programmazione del tempo di non lavoro, tutela che trova nel principio di sufficienza del retribuzione ex art. 36 Cost. il proprio riferimento costituzionale.

Non sembrano in questo senso poter essere superate le osservazioni della Corte Costituzionale con la sentenza n. 210 /1992⁸⁷, contraddistinta peraltro da un approccio certamente non alieno alle esigenze di flessibilità aziendale e, quindi, non affatto in contraddizione con la successiva direttiva comunitaria, 97/81/Ce⁸⁸.

⁸⁶ Possibilità, sia pure entro limiti ristretti, attribuita dal legislatore comunitario alla sola contrattazione nazionale (vedi clausola 5.4, direttiva n. 2008/104/Ce).

⁸⁷ Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210. In dottrina, per un esauriente commento, vedi in particolare, M. D'ANTONA, *Il part-time dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 210/1992*, in *Toscana Lav. Giur.*, n. 4, 1992, 21 ss.

⁸⁸ Non sembra del resto che la clausola 5 n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale del 6 giugno 1997 (attuato con dir. 97/81), che prevede la possibilità per gli Stati di eliminare gli ostacoli di natura

Sarebbe quindi di dubbia legittimità una intesa ex art. 8 che attribuisca al datore di lavoro il potere di variare unilateralmente la durata e la collocazione temporale della prestazione, senza una contestuale previsione delle relative condizioni e delle modalità di esercizio. Non esente da profili di criticità sarebbe anche una regolamentazione collettiva che prescinderebbe da un espresso e formale accordo tra le parti ex art. 3, comma 9, d.lgs n. 61/2000. Entro stringenti limiti, si potrebbe forse individuare, con riferimento al solo part-time orizzontale, delle fasce orarie entro cui poter modificare la collocazione temporale, senza la necessità del predetto consenso. Non si configurerebbe infatti una situazione così difforme da ciò che il legislatore già ora consente in termini di lavoro supplementare ex art.3, comma 3, senza tra l'altro la garanzia di un compenso aggiuntivo.

Ancor più incerta sarebbe la legittimità di una disposizione che non prevedesse, in caso di prestazioni elastiche o flessibili, il diritto ad una maggiorazione retributiva, in quanto ciò determinerebbe che la disponibilità richiesta ai fini della flessibilità non sarebbe compensata, con evidente violazione dei principi di giusta retribuzione ex art. 36 Cost.⁸⁹.

Così come sarebbe illegittima una clausola collettiva che elimini *in toto* il diritto del lavoratore ad un preavviso. In questo senso, peraltro, l'accordo di prossimità potrebbe avere una sua utilità in funzione di certezza del diritto, consentendo al datore di ridurre il preavviso – individuato dal legislatore in 5 giorni lavorativi – senza la necessità di una specifica pattuizione individuale, superando quindi l'ambiguo riferimento legislativo alle “*intese fra le parti*”⁹⁰.

Uno spazio potrebbe, inoltre, individuarsi, valorizzando le stesse aperture individuate dalla citata sentenza costituzionale. L'accordo di prossimità potrebbe cioè autorizzare il datore a chiedere una variazione della prestazione senza preavviso e senza maggiorazione, ovvero al di fuori dei limiti previsti dallo stesso accordo, sulla base di un espresso consenso del lavoratore, consenso quindi che andrebbe ad aggiungersi a quello preventivo di cui all'art.3, comma 8, d.lgs n. 61/2000.

giuridica che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale, possa in alcun modo incidere sulla tutela del tempo di non lavoro, così come definita dalla Corte costituzionale.

⁸⁹ Da evidenziare che alcuni autori individuano sul punto dei profili di incostituzionalità della attuale disciplina, laddove si prevede il diritto del lavoratore – in caso di svolgimento di prestazioni flessibili o elastiche – a “*specifiche compensazioni nella misura ovvero nelle forme fissate dai contratti collettivi*” (art. 3, comma 8), lasciando così trasparire la possibilità che i suddetti contratti collettivi possano prevedere forme di compensazione alternativa alla maggiorazione retributiva. Cfr in questo senso S. BELLOMO, *Le innovazioni del d.lgs 10 settembre 2003, n. 276, in materia di flessibilità del part-time*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, tomo II, 2005, 948-949, il quale propone un'interpretazione costituzionalmente adeguata nella necessità che il lavoratore mantenga “in ogni caso la libertà di optare tra la maggiorazione retributiva e l'eventuale trattamento alternativo e che il contratto collettivo non può imporre in nessun caso l'obbligatorietà della seconda soluzione”.

⁹⁰ Vedi il comma 8 dell'art. 3. d.lgs n. 61/2000.

Si tratterebbe in sostanza di applicare al *part-time* – con riferimento alle sole prestazioni elastiche e/o flessibili - lo schema del contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta⁹¹. Con l'importanza differenza, però, che la prestazione variabile accederebbe ad un rapporto di lavoro già in essere, potendo ciò tradursi in un elemento di coartazione non presente invece nel lavoro a chiamata. L'accordo collettivo dovrebbe quindi prevedere una specifica tutela per il *part-timer*, per esempio, precisando espressamente che il rifiuto non integra in alcun modo gli estremi di un provvedimento disciplinare, neanche di carattere conservativo.

Con riferimento al trattamento normativo, pressoché inderogabile è l'art. 4, d.lgs n.61/2000, in quanto diretta applicazione del principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo europeo. Un limitato spazio di intervento è peraltro previsto dalla stessa normativa europea (clausola 4.1 e 4.3) laddove si consente ai contratti collettivi di individuare “*un trattamento differente*” qualora “*sia giustificato da ragioni oggettive*”. Possibilità, tuttavia, interpretata in senso alquanto rigido dalla giurisprudenza comunitaria⁹².

Dubbi, infine, sulla legittimità una disposizione che consenta di trasformare il rapporto da *full-time* a *part-time* senza un accordo con i lavoratori, operando sul punto la specifica tutela di cui alla clausola 5.2 dell'accordo quadro europeo. Salvo naturalmente che la riduzione sia giustificata da ragioni di tutela della occupazione. Ma in questo caso non sarebbe necessaria la “cogenza” di un accordo di prossimità, potendosi utilizzare i più utili strumenti di integrazione salariale quali la Cig e il contratto di solidarietà.

Con riferimento al lavoro intermittente, gli unici elementi di novità sembrano individuarsi nella possibilità di prevederne il ricorso in relazione a finalità di emersione di lavoro irregolare o di maggiore occupazione, anche per prestazioni di carattere non discontinuo, ampliando i requisiti soggettivi di cui all'art. 34, comma 2, d.lgs n. 276/2003.

Per il resto, non sembrano ravvisarsi nuovi spazi di intervento, essendo da escludersi una eventuale riduzione dell'indennità di disponibilità, al di sotto del suo ammontare

⁹¹ Una opzione condivisa dalla stessa giurisprudenza comunitaria. Vedi in particolare Corte Giust. 12 ottobre 2004, n. 313, in *GI*, 2005, 1377 (con nota di BIAGIANTI), in cui si afferma che: “nè i principi espressi dall'ordinamento comunitario che impongono la parità di trattamento dei lavoratori senza discriminazioni fondate sul sesso, nè il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno, nè la direttiva n. 93/104 Ce sull'orario di lavoro, devono essere interpretati nel senso di escludere l'esistenza di un contratto di lavoro a tempo parziale in forza del quale la durata del lavoro settimanale e l'organizzazione dell'orario di lavoro non siano fisse, bensì siano correlate al fabbisogno di lavoro, determinato caso per caso, restando il lavoratore libero di scegliere se accettare o rifiutare al lavoro offerto. E ciò anche se tutti i contratti di lavoro degli altri dipendenti dell'impresa fissano la durata del lavoro settimanale e l'organizzazione dell'orario di lavoro”.

⁹² Vedi in particolare Corte Giust., 10 marzo 2005, n.196.

minimo⁹³. Riguardo infine al lavoro ripartito, si osservi che l'attuale disciplina (artt. 41 e ss., d.lgs n.276/2003) già ora attribuisce alla contrattazione collettiva (anche aziendale) una amplissima possibilità di intervento, non individuandosi spazi ulteriori a disposizione degli accordi di prossimità. Si potrebbe però intervenire sulla stessa nozione di *job sharing*, prevedendosi che una identica obbligazione lavorativa sia assunta in solido anche da più di due lavoratori. In questa direzione, l'accordo di prossimità potrebbe anche valorizzare, in funzione di certezza del diritto, organizzazioni del lavoro in cui più obbligazioni lavorative (2, 3, 4, ecc.) siano gestite da un gruppo lavoratori in numero superiore alle obbligazioni da coprire. Non si tratterebbe necessariamente di instaurare una complessa obbligazione solidale tra i prestatori, ma più semplicemente di consentire al debitore originario di nominare nell'ambito del suddetto gruppo, un sostituto.

8.3.4. Sul lavoro a progetto e le partite iva

Non di facile lettura è l'estensione del potere di deroga su profili estranei all'area del lavoro subordinato. Si è infatti palesato il rischio che le regole in tema di co.co.co. e di co.co.pro possano essere radicalmente mutate in senso sfavorevole al lavoratore da parte di sindacati che rappresentano lavoratori subordinati e non quelli autonomi⁹⁴.

Si aprirebbe però in questo senso un *vulnus* insanabile sul significato stesso di rappresentatività. Tale da escludere in radice una simile opzione.

Quale senso dare allora al riferimento in esame? Due le possibilità.

La prima è che la legge abbia semplicemente attribuito agli accordi collettivi decentrati la possibilità di regolamentare dal punto di vista organizzativo la interrelazione tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi presenti in azienda. Da questa prospettiva, il potere di deroga si configurerebbe come remota eventualità, condizionata comunque dall'aver risolto il problema della rappresentanza sindacale dei lavoratori autonomi.

La seconda, non necessariamente alternativa alla prima, è che il legislatore abbia attribuito un potere di deroga non sulla disciplina, ma sulle modalità organizzative del lavoro autonomo. In questo senso, l'azienda potrebbe contrattare con i sindacati una riduzione nell'utilizzo di forme di lavoro atipico, in cambio di un riconoscimento della sussistenza di un valido progetto in relazione a specifiche attività, con l'effetto quindi di neutralizzare la presunzione - sia essa relativa o assoluta - di cui all'art. 69, comma 1, d.lgs n. 276/2003.

⁹³ Il decreto ministeriale 10 Marzo 2004 ha quantificato l'indennità di disponibilità nel 20% della retribuzione prevista dal CCNL applicato.

⁹⁴ Da evidenziare che la prestazione del sostituto non escluderebbe la personalità della prestazione se a venire retribuito sia comunque colui che la effettua in concreto. In questo senso vedi Cass. 24 maggio 1999, n. 5045.

Vedi A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 46.

Resta infine da evidenziare che, nell'elenco di cui al comma 2, è compresa anche *la trasformazione e conversione dei rapporti di lavoro*. Gli accordi di prossimità potrebbero quindi derogare al comma 2 del menzionato art. 69, evitando la trasformazione in un rapporto di lavoro subordinato, mediante la previsione di un congruo indennizzo.

8.4. Le deroghe in materia di orario

In materia di orario, il d.lgs n. 66/2003 aveva già individuato ampi spazi di deroga a favore dell'autonomia collettiva, costituendo ad oggi (*rectius*: fino a ieri) l'esempio più significativo di "flessibilità controllata" o di "flessibilità contrattata". Nel menzionato decreto del 2003, infatti, quasi tutto lo spazio derogatorio individuato dalla normativa comunitaria è stato "assorbito" dal legislatore, mediante l'attribuzione di una ampia delega a favore della contrattazione nazionale ed integrativa, riconoscendosi solo in via residuale un potere di deroga per via amministrativa con riferimento a determinati ambiti di attività⁹⁵.

Non si tratta peraltro di ripercorrere le aree di derogabilità e le sottese criticità evidenziate con il decreto legislativo n. 66/2003⁹⁶, salvo sottolineare che, in questi casi, la contrattazione di prossimità ex art. 8 avrà comunque l'effetto di garantire efficacia *erga omnes* alla relativa regolamentazione.

L'obbiettivo è invece di enucleare, dal raffronto tra le due normative, gli ulteriori spazi di derogabilità. Due, in questo senso, sono i piani di indagine individuabili. Il primo relativo alla estensione del potere regolativo della contrattazione aziendale nell'ambito però di un potere di deroga già attribuito dal legislatore alla autonomia collettiva. Il secondo concernente l'individuazione di spazi di derogabilità non previsti dal legislatore del 2003 e non coperti dalla tutela costituzionale e/o comunitaria.

Con riferimento al primo, occorre rilevare che il legislatore - nel decidere di implementare attraverso un generico e incondizionato rinvio al contratto collettivo gli spazi di deroga previsti dalla normativa europea in materia di riposo giornaliero, pause e durata del lavoro notturno - si è dovuto conformare alla regola di cui all'art. 18 della vigente direttiva n. 88/2003/CE, secondo cui le suddette deroghe possono essere attuate mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a livello nazionale o regionale o, conformemente alle regole fissate da dette parti sociali, mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali ad un livello inferiore. La contrattazione aziendale sarebbe quindi legittimata ad intervenire in chiave derogatorie solo in attuazione di regole poste dalle parti

⁹⁵ Vedi art. 17, comma 2 d.lgs n. 66/2003

⁹⁶ Sul punto vedi per tutti V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro: la normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*: D. lgs. n. 66/2003, come modificato dal D. lgs. n. 213/2004, Ipsa, 2004.

sociali a livello nazionale o regionale⁹⁷. Si è evidenziato in questo senso un possibile profilo di criticità nello stessa formulazione dell'articolo 17, comma 1 del decreto legislativo n. 66/2003, così come modificato dal dl n. 112/2008, laddove si prevede la possibilità derogatoria dell'accordo aziendale in assenza di disposizioni nei contratti collettivi nazionali. Salvo poter interpretare il dato comunitario come necessità per gli Stati di definire criteri di attribuzione della legittimazione negoziale, che garantiscano un coordinamento tra sindacato aziendale e sindacato nazionale, condizione questa soddisfatta dal criterio della maggiore rappresentatività comparativa a livello nazionale⁹⁸.

Resta comunque il fatto che, in presenza di una specifica regolamentazione del contratto di collettivo di categoria (applicato), l'accordo aziendale non potrebbe derogare alle relative disposizioni se non autorizzato dallo stesso CCNL.

Tale *impasse* sembra superabile, attraverso il ricorso ad accordi di prossimità ex art. 8. Si potrebbero infatti sfruttare gli spazi derogatori di cui all'art. 17. commi 2, 3 e 4 della direttiva n. 88/2003/CE non percorsi dal legislatore del 2003 e, conseguentemente, non direttamente applicabili⁹⁹. Si tratterebbe sostanzialmente di prevedere un potere di intervento del contratto aziendale, in materia di riposo giornaliero, pause e durata del lavoro notturno, con riferimento a quegli stessi ambiti di attività concernenti le deroghe per via amministrativa, sul presupposto che, sul punto, la normativa europea, nell'attribuire un potere derogatorio alla contrattazione collettiva, non individua alcun specifico livello negoziale.

Analogo discorso vale per le deroghe in materia al riposo settimanale, con la precisazione però che in questo caso gli accordi di prossimità agirebbero in funzione di certezza del diritto, in quanto l'articolo 9, comma 2, lett. d), d.lgs. 66/2003, riferendosi genericamente ai "contratti collettivi", non sembra individuare alcuna limitazione di livello¹⁰⁰.

⁹⁷ Non sembra però concordare M. TIRABOSCHI, *L'organizzazione degli orari di lavoro tra produttività e formalismi giuridici*, in *GL*, 2007, n. 49, 17, secondo il quale "è vero che, sul punto, la norma ricalca la corrispondente disposizione comunitaria, dimenticandosi però di considerare che è lo stesso legislatore comunitario ad autorizzare deroghe ad un livello adeguato, e quindi anche aziendale, qualora la devoluzione di competenze normative ai livelli inferiori espressamente prevista nella direttiva, e non invece nella legge di trasposizione, non sia garantita da apposite leggi".

⁹⁸ Cfr in particolare in questo senso S. BELLOMO, *Orario di lavoro: Le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *MGL*, 2008, n.11, 830 ss.

⁹⁹ Si veda in questo senso Corte Giust., 21 ottobre 2010, n. 227, secondo cui "le deroghe facoltative previste dall'art. 17 direttiva 93/104 (e 93/104 come modificata dalla direttiva 2000/34 nonché, eventualmente, dagli art. 17 e/o 18 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003 n. 2003/88/Ce), non possono essere invocate contro singoli come i ricorrenti nella causa principale, perché prive di efficacia diretta. Di conseguenza, fino a quando la disciplina comunitaria non venga attuata nell'ordinamento nazionale l'applicabilità dei contratti collettivi in materia dipende dal diritto interno".

¹⁰⁰ Rilevano sul punto un profilo di contrasto con la normativa comunitaria U. CARABELLI, V. LECCESE, *Il d.lgs n. 66/2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in V. LECCESE (a cura di), op. cit, 10.

Con riferimento al secondo piano di indagine, un immediato pensiero va alla possibilità di deroga ai limiti di durata normale di lavoro di cui all'art. 3 d.lgs n. 66/2003. I contratti di prossimità potrebbero in particolare, o estendere le ipotesi di esclusione di cui all'art. 16, o individuare un regime di orario normale superiore alle 40 ore per tutti i lavoratori, fermo restando il limite comunitario delle 48 ore comprensive dello straordinario. Tale possibilità sarebbe del resto suffragata dall'assenza di una specifica sanzione amministrativa a presidio del regime dell'orario normale, non potendosi quindi in alcun modo individuare una presunzione di assoluta indisponibilità dell'interesse protetto. Un profilo di criticità potrebbe invero configurarsi con riferimento alle stesse finalità di cui al comma 1 dell'art. 8.

L'aumento della durata normale di lavoro sembra infatti trovare la propria destinazione naturale all'interno di una strategia aziendale di incremento di competitività. Da cui la presumibile necessità, ai fini della tenuta dell'accordo derogatorio, di un contestuale incremento di salario¹⁰¹.

Sarebbe invece più problematico che un accordo possa ottenere un simile risultato mediante un forfetizzazione dello straordinario, che non tenga in considerazione le effettive ore aggiuntive prestate dal lavoratore. Non tanto perché si ravvisi un impedimento costituzionale. Sul punto il Giudice delle leggi ha infatti più volte ribadito come la particolare garanzia apprestata dall'art. 36 Cost. a tutela del lavoratore subordinato non si riferisca ai singoli elementi retributivi, bensì al trattamento economico globale, comprensivo della retribuzione per lavoro straordinario¹⁰². La maggiore criticità si individuerebbe invece nella previsione di una apposita sanzione amministrativa in caso di violazione delle disposizioni di cui al comma 5 dell'art. 5 d.lgs n. 66/2003. Il legislatore avrebbe cioè qualificato in termini di "interesse pubblico" i criteri individuati dal predetto comma 5, impedendo quindi alla contrattazione collettiva di "uscire" dalla alternativa tra maggiorazione retributiva e riposo compensativo delle singole ore di lavoro straordinario. Senza considerare che la Carta sociale europea del 1996¹⁰³, ratificata dall'Italia con la legge n. 30/1999, riconosce espressamente il diritto dei lavoratori ad un tasso retributivo maggiorato per le ore di lavoro straordinario: riconoscimento che potrebbe assumere rilevanza decisiva, soprattutto qualora il riferimento alle convenzioni internazionali, di cui al comma 2 bis dell'art. 8, venisse interpretato come mero rinvio materiale, non individuandosi quindi la necessità di un coordinamento con i principi costituzionali.

¹⁰¹ Incremento da considerarsi aggiuntivo rispetto a quello automaticamente derivante dal maggior numero di ore lavorate. Sulla necessaria correlazione tra incremento di competitività e incremento salariale vedi *Supra* §5.

¹⁰² Vedi in particolare sentenza Corte cost. n. 470 del 2002

¹⁰³ Revisione della Carta del 1961.

Si ritiene inoltre escluso che un accordo aziendale ex art. 8 possa ridefinire il tempo di lavoro, attraverso meccanismi di equivalenze o di calcolo ponderato, tali da conferire un giusto peso ai periodi di mera disponibilità della prestazione, consentendo quindi il superamento del limite massimo delle 48 ore. Sul punto, infatti, pur registrandosi il favore della Commissione e una rilevante apertura di credito dell'Avvocatura generale¹⁰⁴, la Corte di giustizia è unanime nell'escludere qualsiasi modulazione dell'orario, anche con riferimento a quelle fasi in cui il lavoratore non presta effettivamente la sua attività¹⁰⁵.

Con riferimento infine alle disciplina delle ferie, non si ravvisano spazi significativi di intervento. Per un verso il limite delle 4 settimane è di diretta derivazione comunitaria. Per altro verso, la possibilità di derogare, da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, ai criteri di godimento delle ferie è già prevista dalla attuale disciplina (art. 10, comma 1, d.lgs n. 276/20039). Anzi, qualora si interpreti rigidamente il riferimento alle convenzioni ILO di cui comma 2 bis dell'art. 8, si individuerrebbe paradossalmente una restrizione del potere derogatori degli accordi di prossimità (rispetto ai normali contratti aziendali), non potendo infatti intervenire sul principio secondo cui, almeno due settimane ininterrotte devono essere godute nell'anno di maturazione. Deroga infatti che, a norma dell'art. 3, comma 3 della convenzione n. 132/1970 ILO, è condizionata alla sussistenza di un accordo individuale e non collettivo.

8.5. Le deroghe alle modalità di assunzione

Il riferimento non è affatto chiaro. E' escluso che riguardi la disciplina del collocamento

¹⁰⁴ Si veda in particolare le Conclusioni dell'Avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer, 12 luglio 2005, che aveva suggerito di «salvare» il regime francese delle equivalenze e del calcolo ponderato dei periodi inattivi durante la disponibilità.

¹⁰⁵ Si osservi come per la Corte di giustizia le nozioni di orario e riposo siano nozioni di diritto comunitario che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alle finalità della direttiva n.

104 e non in funzione delle diverse prescrizioni nazionali, essendo impedito agli Stati membri - proprio per il rispetto di quelle finalità - sia di definire unilateralmente la portata della nozione di orario, sia di subordinare a qualsivoglia condizione il diritto dei lavoratori a che i periodi di lavoro e, correlativamente, quelli di riposo siano tenuti in debito conto. Fortemente critico rispetto alla posizione della Corte è M. FERRARESI,

Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro, in RIDL, 2008, n. 1, 93. L'A. rileva che l'insanabile dicotomia tra lavoro e riposo, invero, non può radicarsi nel testo della direttiva, la quale pone alcune definizioni unicamente finalizzate a chiarire la portata dei termini di un testo normativo che persegue l'obiettivo della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, ma certo non intende impedire alle legislazioni nazionali di regolare i profili e i dettagli di un tertium genus. Tale sembra anche l'opinione espressa dal Comitato delle Regioni, Parere in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, 14 aprile 2005. Non va dimenticato infatti che la direttiva concerne solo «taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro», la cui disciplina a livello comunitario si rende opportuna ai fini della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Diversamente, si priverebbe di significato l'inciso, presente nella disposizione sulla nozione di orario di lavoro, «conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali»: espressione, questa, che deve interpretarsi nel senso di consentire agli Stati di completare nell'ordinamento interno la cornice definitoria comunitaria?.

ordinario (ove peraltro l'assunzione è diretta) e tanto meno la speciale disciplina in materia di collocamento dei disabili e degli extracomunitari. Forse, potrebbe comprendere la

possibilità degli accordi di individuare, sul modello ex 1322, comma 2 cod. civ., “contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi

meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”. Fermo restando, riguardo la distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, il principio costituzionale di indisponibilità del tipo¹⁰⁶.

Più verosimilmente, il riferimento potrebbe concernere la costituzione del rapporto di lavoro. Ma anche in questo caso i dubbi sarebbero molti, soprattutto in relazione alle procedure di selezione del personale e agli adempimenti connessi all'assunzione. Non si potrebbe infatti derogare ai divieti di cui agli art. 5 e 8 dello Statuto dei lavoratori, in quanto di rilevanza strettamente costituzionale, e nemmeno agli obblighi di informazione sul contenuto del contratto, in quanto di specifica derivazione comunitaria¹⁰⁷. Dubbi riguardano anche la possibilità di derogare alla durata massima del periodo di prova (6 mesi).

Due in particolare i profili di incertezza. Il primo attiene al fatto che il legislatore, limitando il potere di deroga degli accordi di prossimità *alle conseguenze del recesso*, sembra escludere la possibilità di intervenire sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali.

Ed è chiaro che un prolungamento del periodo di prova (contraddistinto dal principio di libera recedibilità delle parti) oltre il limite legale inciderebbe sull'ambito di applicazione della normativa vincolistica. Il secondo profilo riguarda invece l'estensione di detto prolungamento. Anche qualora si ritenessero superate le obiezioni di cui sopra, un periodo di prova eccessivamente lungo potrebbe contrastare con il principio di necessaria giustificazione del licenziamento di cui all'art. 30 della Carta di Nizza.

8.6. Le deroghe in materia di disciplina del rapporto di lavoro

La locuzione “*disciplina del rapporto di lavoro*” è di per sé riferibile all'intero trattamento economico normativo del rapporto di lavoro. Tuttavia, la diretta congiunzione con “*le modalità di assunzione*” sembra suggerire, più verosimilmente, una nozione limitata alla fase di svolgimento del rapporto, secondo la tradizionale tripartizione: costituzione, svolgimento, cessazione.

¹⁰⁶ Vedi Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121; Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115. Principio più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr in particolare Cass. 9 gennaio 2004, n. 166, Cass. 25 ottobre 2004, n. 20669.

¹⁰⁷ Vedi direttiva n. 91/533/Ce

Anche da questa prospettiva, i problemi interpretativi non sono però finiti, non essendo affatto agevole definire con esattezza le materie che compongono la nozione in esame, anche nel suo significato ridotto. Si consideri del resto che “i giudici adotteranno un’interpretazione restrittiva dell’ambito di applicazione della derogabilità, trattandosi di un’eccezione ad un principio (quello della prevalenza della legge sulla contrattazione di secondo livello) che resta generale”¹⁰⁸. Da cui la necessità di una metodologia di indagine basata sulla ricerca di un minimo comune denominatore tra tutti i possibili significati.

Nel caso in questione, tale minimo denominatore sembra potersi individuare nelle modalità organizzative di gestione della prestazione di lavoro, comprendendo quindi la materia delle mansioni, dell’orario e del luogo del lavoro, finanche la disciplina dei permessi e dei congedi.

Si osservi però che, per un verso, le mansioni e la disciplina dell’orario sono già specificamente e separatamente prese in considerazione dal legislatore, per altro verso, la disciplina dei permessi e dei congedi, almeno nel suo nucleo fondamentale, è, in parte, coperta da una rilevante tutela costituzionale (si pensi ai congedi di maternità, ai congedi parentali, alla sospensione per malattia) e, in parte, già pressoché totalmente gestita dalla contrattazione collettiva (si pensi ai congedi di formazione e di formazione continua di cui agli artt. 5 e 6, l. 53/2000).

Ne deriva che, al netto, l’unico utile e certo riferimento si individua nella possibilità di deroga alla disciplina in materia di trasferimento, trasferta e distacco del lavoratore.

Non del tutto risolta è anche la questione relativa alla materia retributiva, che, pur costituendo tradizionalmente l’oggetto più qualificante della contrattazione integrativa, non viene specificamente inclusa tra le materie di cui comma 2, ma trova solo una indiretta considerazione nel comma, 1 tra le finalità degli accordi di prossimità, e precisamente nel riferimento *agli incrementi di competitività e di salario*.

Viene quasi da pensare che il legislatore abbia composto l’elenco di cui al comma 2, concentrandosi solo sulle deroghe alle disposizioni di legge, “scordandosi” del profilo retributivo perché gestito pressoché totalmente dalla contrattazione collettiva.

Il dubbio è se questa (presumibile) mera dimenticanza possa essere superata tramite il generico riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro.

Certo, non si può razionalmente ritenere che la contrattazione di prossimità non possa intervenire in materia di retribuzione variabile o in relazione a quegli aspetti retributivi strettamente connessi alla gestione degli orari o delle mansioni. Non si esclude invece che un

¹⁰⁸ Così A. MARESCA, op. cit., 4.

giudice possa rilevare un difetto di competenza *ratione materiae* riguardo a quelle voci che non attengono allo svolgimento o alla gestione in senso organizzativo del rapporto, bensì alla sua stessa struttura retributiva. Si pensi, per esempio, alla quattordicesima o alle indennità di anzianità. E' vero che tali profili rientrano comunque nella disciplina del "contratto di lavoro" e quindi nell'ambito della "costituzione del rapporto". E' però vero anche che l'identità tra "costituzione" e "modalità di assunzione" configura solo una ipotesi e non una certezza interpretativa.

Si consideri del resto che un limite in materia retributiva potrebbe anche derivare da una interpretazione giurisprudenziale che avvalori la tesi secondo cui le deroghe, ex art. 8, al contratto nazionale possono riguardare solo le regolamentazioni "relative" alle disposizioni di legge¹⁰⁹.

8.6.1. Le deroghe in materia di trasferimento e distacco

Dalla lettura dell'art. 2103 cod. civ., comma 1, ultimo periodo si individuano due aree di intervento.

La prima attiene alla stessa nozione di trasferimento. L'accordo di prossimità potrebbe, in funzione di integrazione del dato legale, individuare una nozione di trasferimento in senso geografico: non solo con riferimento alla c.d. mobilità su piazza (all'interno dello stesso territorio comunale) contrapposta a quella "fuori piazza"¹¹⁰, ma anche facendo ricorso ad un criterio di mera distanza chilometrica. Utile, in questo senso, potrebbe essere il parametro utilizzato dal legislatore in materia di distacco ex art. 30 d.lgs n. 276/2003¹¹¹.

La seconda area di intervento riguarda invece il presupposto di legittimità dell'atto di trasferimento, ravvisato ex art. 2103 cod. civ, nella sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Non sarebbe peraltro legittima una intesa che introducesse la possibilità di trasferimenti individuali indipendentemente dalla presenza di ragioni oggettive. Si attribuirebbe, infatti, al datore di lavoro un potere del tutto arbitrario in relazione a profili (potenzialmente) gravemente lesivi di interessi personali e familiari del lavoratore. Ciò in palese violazione

¹⁰⁹ Vedi Supra. § 6.

¹¹⁰ Possibilità consentita alla contrattazione collettiva (anche aziendale) da parte di un oramai consolidato orientamento giurisprudenziale. Vedi in particolare Cass. 7 dicembre 1999, n. 13687

¹¹¹ Vedi Infra. § 8.6.1.

dei principi costituzionali di razionalità e ragionevolezza¹¹² che devono necessariamente presiedere qualsiasi disciplina, anche se frutto di scelte operate dalla autonomia collettiva¹¹³.

Sarebbe invece legittima una regolamentazione che prevedesse una tipizzazione delle ragioni oggettive di trasferimento, con l'effetto quindi di limitare il controllo giudiziale ad un sindacato di ragionevolezza.

I dubbi semmai riguardano l'utilità che una simile regolamentazione si realizzi nell'ambito di un accordo di prossimità.

Per un verso, non si individuano elementi di differenziazione significativi tra il menzionato principio di ragionevolezza e l'ordinario criterio di valutazione delle motivazioni al trasferimento. Criterio individuato per costante giurisprudenza ed ora cristallizzato dal legislatore ex art. 30 comma 1, l. n. 183/2010 nell'accertamento del mero presupposto di legittimità, senza che esso possa essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive. Ciò tanto più se le ragioni oggettive vengano preventivamente individuate sulla base di un mediazione sindacale.

Per altro verso, la regolamentazione collettiva, limitandosi a certificare l'ambito di esercizio di un potere che comunque il datore avrebbe, non sembra assumere valore normativo, traducendosi in una sostanziale procedimentalizzazione dei poteri datoriali, con la conseguenza di risolvere alla radice il problema della efficacia *erga omnes* dell'accordo aziendale.

Da valutare, peraltro, la stessa opportunità di tipizzare le motivazioni del trasferimento.

Si individuano infatti almeno tre profili di criticità. Il primo riguarda il rischio che una tipizzazione delle ragioni oggettive, per sua natura incompleta, possa tradursi in una riduzione del potere datoriale di trasferimento, qualora le motivazioni non siano comprese tra quelle tipizzate. Il secondo, attiene al fatto che, nel trasferimento, le ragioni oggettive, differentemente dal licenziamento, si collocano all'interno di un assetto di contemperamento di interessi "mobile", in quanto le contrapposte esigenze personali del lavoratore variano a seconda della collocazione geografica della unità produttiva di destinazione. Il terzo profilo concerne il rischio (per l'azienda) che una tale regolamentazione induca la giurisprudenza a valutare la giustificatezza del trasferimento sotto il profilo della scelta del lavoratore da

¹¹² Vedi in particolare Corte Cost. n. 103 del 1989, laddove si afferma "il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana".

¹¹³ Vedi in particolare Corte Cost. n. 103 del 1989, cit., ove si rileva che "per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali".

trasferire, mediante una valorizzazione dei criteri di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 cod. civ., e quindi anche in assenza di specifiche clausole collettive che impongano una valutazione comparativa con la situazione familiare di altri dipendenti.

Senza infine contare che una tipizzazione delle ragioni oggettive non precluderebbe in ogni caso la possibilità del lavoratore di provare l'eventuale motivo illecito (ex art. 1345 c.c.) o discriminatorio (ex art. 15 St. lav.) dell'atto datoriale.

Con riferimento infine al distacco, si potrebbe modificare la disciplina di cui all'art. 30, d.lgs n. 276/2003. Non certo riguardo alle condizioni che giustificano la deroga al generale divieto di interposizione, quali la temporaneità della assegnazione e la sussistenza di un interesse del distaccante, bensì con riferimento alla necessità del consenso del distaccato e della presenza di comprovate ragioni oggettive. Sul primo si è già detto¹¹⁴. Sul secondo, gli accordi di prossimità potrebbero aumentare, ragionevolmente, l'attuale limite dei 50 km di distanza dalla sede di lavoro, oltre il quale operare il bilanciamento tra le esigenze dell'azienda e il sacrificio del lavoratore. Fermo restando che, si potrebbe anche eliminare *in toto* il suddetto limite, sulla base di una regolamentazione che assimili il distacco alla trasferta.

8.7. Le deroghe alle conseguenze del recesso

Il riferimento "*alle conseguenze del recesso*" sembra doversi leggere congiuntamente con le eccezioni relative al licenziamento discriminatorio, al licenziamento per causa di matrimonio e al licenziamento della lavoratrice in maternità. Da cui, "*a contrario*", la possibilità di derogare anche alle conseguenze del recesso illegittimo non compresi tra le suddette ipotesi¹¹⁵.

Il pensiero va innanzitutto al licenziamento senza giustificato motivo. Gli accordi di prossimità se, per un verso, non potranno "toccare" le causali del licenziamento ingiustificato, per altro verso, potranno regolamentarne le conseguenze, anche in deroga al regime di stabilità reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: tutela non coperta da garanzia costituzionale, come più volte ribadito dal Giudice delle leggi¹¹⁶.

Ovviamente, nel rispetto del principio di giustificazione, sancito espressamente dall'art. 30 della Carta di Nizza, occorrerà stabilire un congruo indennizzo, verosimilmente superiore alle indennità previste dal legislatore nell'ambito della tutela obbligatoria (art. 8 l. 604/1966).

¹¹⁴ Vedi supra §

¹¹⁵ Non pare quindi condivisibile l'interpretazione di R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in www.nelmerito.com, secondo cui "la reintegrazione (...) la rigore, non è una conseguenza del recesso, come si esprime l' art. 8, ma una conseguenza del licenziamento illegittimo. Dunque a voler essere pignoli, l'art.18 dello Statuto sarebbe salvo". In senso conforme A. MARESCA, op. cit., 5.

¹¹⁶ Vedi da ultimo Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, ove ha dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo dell'art. 18 dello Statuto

Le intese potranno anche derogare alle conseguenze del licenziamento inefficace o nullo¹¹⁷ in tutti i casi non indicati nel comma 2 lett f). Si pensi, per esempio, al licenziamento per vizio di forma (art. 2, commi 1 e 2, l. n. 604/1966), attualmente ricondotto dalla giurisprudenza¹¹⁸ nelle ipotesi nullità di diritto comune.

Oggetto di possibile deroga sono infine le conseguenze del recesso legittimo¹¹⁹, quali il preavviso (artt. 2118 e 2121 c.c.) ed il TFR (art. 2120).

Riguardo al preavviso, non è peraltro agevole individuare spazi di deroga effettivamente percorribili, dovendo ritenersi preclusa la possibilità di una clausola collettiva che dispensi in via preventiva il recedente dall'obbligo del preavviso, se non nell'ipotesi in cui sia il lavoratore a recedere. Forse, ai fini di fidelizzazione dei dipendenti, si potrebbe estendere la durata del preavviso in caso di dimissioni (rispetto alla durata prevista dai CCNL). Ma si tratterebbe di una opzione già oggi legittima., sempre che sia contenuta nei limiti di ragionevolezza.

Con riferimento invece al TFR, dubbi sulla possibilità di derogare al relativo regime legale, “prevedendo che lo stesso venga erogato, in tutto o in parte, in busta paga mensilmente direttamente ai lavoratori (magari a quelli che optino in tal senso), anziché versarlo all'INPS od alle altre forme di previdenza complementare, come avviene attualmente per le aziende con oltre 50 dipendenti”¹²⁰. Si inciderebbe infatti direttamente su una norma a contenuto previdenziale e quindi non rientrante, a mio avviso, nell'ambito di applicazione dell'art. 8, l. n. 148/2011.

Da ultimo, un commento sulle affermazioni di autorevole dottrina laddove si è sostenuto che il potere di deroga alla disciplina dei licenziamenti potrebbe risultare illegittimo, qualora si interpreti il riferimento alle convenzioni in senso materiale. Verrebbe

infatti contraddetta la Convenzione n. 158 sul licenziamento (non ratificata dall'Italia), ai sensi della quale la messa in opera della Convenzione stessa non può essere realizzata da parte della contrattazione collettiva (art. 1). Il legislatore sarebbe quindi caduto “in una insanabile contraddizione in termini, in quanto abilita la contrattazione collettiva a regolare una materia nel rispetto di norme internazionali che espressamente vietano alla contrattazione medesima di intervenire sulla materia trattata”¹²¹.

¹¹⁷ Secondo L. GALANTINO, op. cit., nelle eccezioni di cui all'art. 8, comma 2, lett. f), dovrebbero comprendersi tutti licenziamenti nulli per motivo illecito determinante ex art. 1345 cod. civ.

¹¹⁸ Cfr in particolare Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508.

¹¹⁹ Non condivisibile è quindi l'opinione di A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 46 che nel confutare le tesi di Maresca e Romei (vedi Supra,) affermano che “la conclusione possibile è una sola: le conseguenze del recesso si riferiscono a quello *contra legem* e non alla disciplina della legittima interruzione del contratto di lavoro”.

¹²⁰ Così A. MARESCA, op. cit.

¹²¹ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, op. cit., 51-52.

La tesi non sembra condivisibile per almeno tre ragioni. La prima è che la convenzione n. 158 regola il principio di giustificatezza del licenziamento e non il regime delle conseguenze. La seconda è che il potere di deroga della contrattazione collettiva è attribuito espressamente dalla legge, la terza ragione è che la predetta convenzione non esclude affatto che la contrattazione collettiva possa regolamentare la fattispecie, ma si limita a stabilire la necessità di un intervento legislativo, qualora la contrattazione collettiva non sia in grado di assicurarne l'attuazione.

8.8. Le deroghe al regime della solidarietà negli appalti

Il riferimento pone diversi dubbi interpretativi. Un primo profilo di incertezza riguarda l'oggetto della deroga, potendo questa, in linea teorica, riferirsi non solo alla speciale disciplina di cui all'art. 29 d.lgs n. 276/2003¹²², ma anche alla disciplina residuale ex art. 1676 cod.civ. Peraltro, la soluzione più verosimile, posto che lo stesso art. 1676 cod. civ. non presuppone la natura imprenditoriale del committente, porterebbe ad escludere che l'oggetto della norma codicistica rientri nel campo di applicazione dell'art. 8.

I problemi non sono però risolti. Si tratta di delimitare esattamente l'ambito di operatività di un simile potere di intervento. La questione non è di agevole soluzione in considerazione della diversità delle posizioni debitorie e creditorie sottese al citato articolo 29.

Una prima considerazione attiene alla stessa efficacia delle specifiche intese, non potendo queste incidere sull'assetto delle tutele di lavoratori alle dipendenze di aziende estranee all'accordo. Sembra doversi quindi escludere che la deroga possa essere stabilita nel contratto aziendale dell'impresa committente, tanto più che in questo caso i lavoratori del committente hanno un interesse concorrente con i lavoratori del mercato esterno.

Residuano pertanto due ipotesi.

La prima è che la responsabilità solidale del committente possa essere ridotta o esclusa da un accordo aziendale dell'appaltatore, in quanto si tratterebbe di una tutela aggiuntiva a favore dei dipendenti dello stesso appaltatore la cui rappresentanza potrebbe ad essa legittimamente – in virtù delle intese ex art. 8¹²³ – derogare.

La seconda ipotesi è che la regolazione della responsabilità solidale sia affidata ad accordi territoriali secondo uno schema per certi versi non dissimile da quello previsto dal legislatore del 2004 (con il decreto correttivo n. 251), ove era stata introdotta la possibilità di

¹²² Oltre che alla disciplina in materia di solidarietà per gli obblighi previdenziali e fiscali in caso di subappalto di cui all' art. 35 comma 28 d.l. 236/2006 conv. l. 248/2006.

¹²³ Si tratterebbe però di verificare la tenuta secondo criteri di "ragionevolezza" di siffatta deroga.

deroga da parte dei CCNL, possibilità poi eliminata con la finanziaria 2007 (cfr. legge n. 296/2006).

In vero, rispetto alla prima delle due ipotesi (contratto aziendale) la dimensione territoriale (e prima ancora il contratto nazionale di settore) potrebbe dimostrarsi la sede più idonea per la costruzione di un'area contrattuale comune anche dalla prospettiva della regolazione della concorrenza nelle imprese operanti sul medesimo mercato (territoriale o produttivo)¹²⁴.

Altri dubbi riguardano l'ampiezza della deroga in esame con particolare riferimento sulla posizione creditoria dell'Ente previdenziale (e anche, ma senza entrare nello specifico, della amministrazione finanziaria con riferimento alla disciplina della solidarietà nel subappalto). Si potrebbe ragionevolmente ritenere che l'accordo non possa incidere sulla posizione dell'ente ad esso estraneo, potendo esso, in ogni caso, far valere il proprio diritto nei confronti del committente/subappaltante.

Tale soluzione non sembra condivisibile nella misura in cui pare presupporre una sovrapposizione tra concetto di disponibilità con quello di derogabilità.

L'ipotesi in questione non pare infatti potersi ricondurre ad una sorta di transazione collettiva in cui i lavoratori, tramite la mediazione sindacale, rinunciano a far valere parte dei propri diritti retributivi, ferma l'obbligazione contributiva di carattere pubblicistico e sottratta quindi alla disponibilità dell'autonomia individuale. Si tratta invece di un accordo collettivo a cui il legislatore ha attribuito espressamente un potere di deroga al regime (legale) di solidarietà dell'appalto. Le specifiche intese di cui all'art. 8 non interverrebbero infatti su un profilo in senso stretto previdenziale - né potrebbero farlo sulla base delle materie indicate dal comma 2 dello stesso art. 8 - ma si limiterebbero ad intervenire sul presupposto legale della estensione in senso solidale della responsabilità per l'adempimento dell'obbligazione contributiva. Da questa prospettiva appare rilevante la possibilità di deroga al regime della solidarietà a favore dell'autonomia collettiva introdotto (e successivamente eliminato) dal citato decreto correttivo del 2004.

Così delineato l'ambito di operatività della norma per i profili in esame, restano le perplessità sulla tenuta costituzionale di una regolamentazione che abolisca *in toto* il regime di solidarietà. Verrebbe infatti a collocarsi in un contesto normativo in cui la c.d.

¹²⁴ L'accordo territoriale potrebbe individuare un equilibrio diverso, per esempio riducendo il termine di due anni e contestualmente ampliando l'obbligazione solidale con riferimento a somme dovute ai lavoratori che non rientrano nei trattamenti retributivi, come per esempio le indennità risarcitorie per il licenziamento illegittimo da parte dell'appaltatore. Oppure potrebbe introdurre ipotesi di esenzione della responsabilità

solidale sulla base di meccanismi di verifica degli adempimenti dell'appaltatore, sul esempio di quanto previsto dalle (abrogate) disposizioni della legge Bersani.

dematerializzazione della nozione di appalto aveva trovato il suo bilanciamento sistematico in un assetto di corresponsabilizzazione delle imprese coinvolte nella operazione complessiva di decentramento¹²⁵. Appare quindi evidente il rischio di introdurre un forte disequilibrio rispetto alle tecniche di tutela messe in campo dal legislatore con l'esito di rinnovare l'interesse per i meccanismi di imputazione soggettiva del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore per il caso di illecita interposizione di cui all'art. 29, comma 3 bis d.lgs. n. 276/2003 con un effetto paradossalmente restrittivo del ricorso all'appalto.

¹²⁵ Cfr. per questa impostazione C.BIZZARRO, Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale, in M. TIRABOSCHI (a cura di), La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare, Giuffrè, Milano, 2009, 117-128.

L'ART. 8 DELLA LEGGE N. 148 DEL 2011 E IL NUOVO RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE AZIENDALE

Luisa Galantino
Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. La filosofia dell'intervento legislativo: la contrattazione aziendale come baricentro del sistema del diritto del lavoro. Il nuovo rapporto fra fonti eteronome e fonti autonome del diritto del lavoro. - 2. L'eterogenesi dei fini. - 3. Il meccanismo di auto-erosione fra il comma 2 e il comma 2-bis dell'art. 8. - 4. Il nuovo rapporto fra i livelli di contrattazione e l'efficacia erga omnes della contrattazione aziendale.- 5. L'identificazione degli agenti sindacali della contrattazione aziendale con efficacia generale: le associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.- 6. Segue: le rappresentanze sindacali operanti in azienda. - 7. Il complesso rapporto fra l'art. 8 e l'accordo del 28 giugno 2011: gli aspetti ignorati dell'efficacia soggettiva del contratto nazionale di categoria e dell'efficacia delle clausole di tregua sindacale.- 8. Le diverse opzioni dell'accordo interconfederale e dell'art. 8 in tema di contrattazione aziendale e territoriale. L'effetto di ricaduta dell'art. 8 sulle dinamiche sindacali.- 9. I commi 3 e 3-bis dell'art. 8: il riferimento agli accordi Fiat e alle Ferrovie dello stato.

1. La filosofia dell'intervento legislativo. La contrattazione aziendale o territoriale come baricentro del sistema del diritto del lavoro. Il nuovo rapporto fra fonti eteronome e fonti autonome del diritto del lavoro.

L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n.148 recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*" si caratterizza per una chiara rinuncia del legislatore a riformare in prima persona i contenuti del diritto del lavoro. Tale compito viene invece affidato alla contrattazione collettiva cosiddetta di prossimità, la quale – se posta in essere da specifici agenti contrattuali e all'esclusivo fine di perseguire determinati obiettivi - è abilitata con efficacia *erga omnes* a rivedere i contenuti del diritto del lavoro, anche e soprattutto nel senso di una sua maggiore flessibilizzazione, per un'ampia serie di istituti di carattere legale e contrattuale, col solo limite del rispetto delle norme costituzionali, dei vincoli derivanti dalle normative dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali del lavoro.

E' ben vero che è ormai matura la consapevolezza che il processo di globalizzazione pone al centro della competizione internazionale non più il settore produttivo, ma la singola impresa con le sue ineludibili esigenze di adattamento dei vincoli legali e contrattuali ai diversi contesti produttivi.

Del pari, è da tempo che argomenti quali quello dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali - specie se derogatori di quello nazionale - e della flessibilizzazione del diritto del lavoro vengono dibattuti.

Tuttavia, non manca di stupire che una riforma legislativa di tale spessore, potenzialmente in grado di incidere sullo stesso d.n.a. del diritto del lavoro caratterizzato dall'istanza protettiva del cosiddetto contraente debole - a prescindere dal metodo adottato dal legislatore per la sua approvazione¹ - presenti contorni non ben definiti sia in termini di tecnica regolativa sia in relazione al suo concreto impatto sul piano applicativo.

Infatti, se ad una prima lettura l'art. 8 della legge n. 148 sembra prospettare conseguenze dirompenti - tali da condurre ad una vera e propria destrutturazione del diritto sindacale e del diritto del lavoro - la concreta funzionalità della norma appare poi pesantemente condizionata da una serie di fattori quali: la scarsa chiarezza e la lacunosità del testo con le conseguenti difficoltà interpretative ed applicative; i dubbi di costituzionalità; i rischi di contenzioso giudiziario connessi in particolare all'identificazione degli agenti contrattuali ed all'indeterminatezza dei vincoli sovra-legislativi posti alla disponibilità delle parti nelle materie oggetto di contrattazione; il mancato "consenso sociale" da parte delle organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, che in una postilla allo stesso hanno dichiarato espressamente di volersi attenere a quest'ultimo.

Indubbiamente, la più rilevante novità dell'art. 8 riguarda il rapporto fra la fonte legale e la fonte contrattuale. La legge rinuncia al tradizionale e noto carattere dell'inderogabilità *in pejus* e autorizza una volta per tutte la fonte contrattuale aziendale a modificare il disposto legale in una serie molto ampia di materie, anche se al fine di conseguire i seguenti obiettivi: maggiore occupazione; qualità dei contratti; adozione di forme di partecipazione dei lavoratori; emersione del lavoro irregolare; incrementi di produttività e di salario; gestione di crisi aziendali e occupazionali; investimenti e avvio di nuove attività.

¹ Cfr. MAGNANI, *La manovra di ferragosto e il diritto del lavoro*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011, la quale rileva come la riforma sia stata formulata in tempi molto rapidi e collocata in una manovra economica.

E' vero che da tempo vi è una collaudata linea di politica legislativa intesa ad attuare la cosiddetta “deregolamentazione controllata” del diritto del lavoro - per il tramite dell’attribuzione alla contrattazione collettiva nazionale o aziendale del potere di modificare in senso peggiorativo lo statuto protettivo del lavoratore in considerazione delle esigenze del mercato del lavoro e della tutela occupazionale – e si moltiplicano altresì gli inviti da parte delle organizzazioni economiche internazionali a superare la crisi in atto con l’eliminazione delle rigidità della disciplina giuslavoristica².

Peraltro, la scelta dell’art. 8 colpisce per la significativa dilatazione delle materie - che in pratica possono coincidere con l’intera “disciplina del rapporto di lavoro” – per la finalizzazione del potere negoziale derogatorio ad una numerosa serie di obiettivi e per il fatto che venga privilegiato il contratto aziendale rispetto a quello nazionale. Le uniche norme dotate di inderogabilità *in pejus* – e non poteva essere altrimenti anche se il legislatore non le avesse espressamente menzionate – rimangono quelle che nella gerarchia delle fonti occupano un posto superiore alle leggi.

Nell’autorizzare la contrattazione aziendale a modificare la normativa legale non già con riferimento a singoli profili di istituti, ma in un senso così ampio – l’art. 8 sembra dunque mettere in gioco il tradizionale modo d’essere del rapporto fra le fonti dell’ordinamento giuridico del lavoro, che storicamente ha visto nell’inderogabilità della norma di legge lo strumento giuridico tipico per realizzare la tutela compensativa del prestatore di lavoro subordinato, al fine di dare attuazione alla direttiva di eguaglianza sostanziale contenuta nell’art. 3, 2° comma Cost..

Sembrano peraltro opportune alcune considerazioni.

E' vero che, secondo l’ insegnamento della giurisprudenza costituzionale, dall’art. 39 Cost. non è dato desumere l’esistenza di una riserva “normativa o contrattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro”³. Una simile tesi contrasterebbe con molte altre norme della Costituzione, quali, ad esempio, l’art. 3, 2° comma, l’ art. 35, 1°, 2° e 3° comma, l’ art. 36 e l’art. 37. Si tratta di precetti che “al fine di tutelare la dignità personale del lavoratore e il lavoro in qualsiasi forma e da chiunque prestato e di garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa, non soltanto

² Per una critica a tali indicazioni cfr. PERULLI e SPEZIALE, L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del diritto del lavoro, par. n. 3, in corso di pubblicazione sui Working Papers di Catania.

³ Cfr. Corte cost. 16 luglio 1968, n. 101, *ivi*, 1968, 351; Corte cost. 7 febbraio 1985, n. 34, in *Foro it.*, 1985, I, 975; Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697, in www.giurcost.org/decisioni/1988/0697s-88.html.

consentono, ma insieme *impongono* al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediatamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro⁴.

Tuttavia, sembra anche esatto condividere la tesi – espressa da gran parte della dottrina – che l'inderogabilità della legge non rappresenti di per sé un “principio costituzionale”, almeno in termini espliciti, ma costituisca semmai una scelta tecnica per raggiungere lo scopo – questo sì dotato di fondamento costituzionale – di tutela coattiva minima del lavoratore⁵.

Sul piano formale, l'art. 8 può dunque legittimamente prevedere che sussista un insieme di norme “assolutamente inderogabili” dei lavoratori di origine costituzionale o sovra legislativa – che garantiscono l'interesse pubblico di rilevanza generale ad una tutela uniforme dei lavoratori su tutto il territorio nazionale – mentre vi siano altre norme sempre poste dal legislatore che sono “relativamente inderogabili”, in quanto perseguono interessi collettivi od individuali. Ad esempio, secondo la prevalente opinione dottrinale, le norme dotate di sanzione penale o amministrativa sarebbero indicative dell'indisponibilità dell'interesse protetto, identificabile come pubblico⁶.

In un quadro siffatto di “graduazione delle tutele” e di conseguente “derogabilità” operata dalla negoziazione aziendale, lo *standard* minimo di tutela dei lavoratori rimane pur sempre affidato in prima istanza alla legge e da quest'ultima delegato in seconda istanza alla negoziazione collettiva aziendale⁷, che potrà rimuovere le garanzie legali, ma necessariamente in vista della tutela di interessi collettivi e sempre nel rispetto del nucleo duro dei diritti derivanti dalle fonti sovra-legislative.

Peraltro, se sotto il profilo astratto formale l'art. 8 può superare la verifica costituzionale, sul piano fattuale va invece rilevata l'incongruità assoluta e di conseguenza l'inefficacia del meccanismo prescelto al fine di flessibilizzare il diritto del lavoro. Infatti, l'articolo citato affida *tout court* alla contrattazione aziendale la determinazione del contenuto precettivo di

⁴ Così ancora Corte cost. 11 dicembre 1962, n. 106, in *Mass. giur.lav.*, 1962, 405..

⁵ Cfr. in tal senso con riferimento all'art. 8, MARAZZA, *Prime riflessioni tecniche sull'art. 8 della manovra*, in www.cuorecritica.it; MAGNANI, *op. cit.*. Per un'ampia analisi delle diverse posizioni della dottrina giuslavoristica sui fondamenti dell'inderogabilità delle norme del diritto del lavoro e degli interessi da esse protette, si rimanda a CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Relazione al convegno *Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti*, organizzato dall'Aidlass, Modena, 18-19 aprile 2008; TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, Relazione al Convegno *Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti*, organizzato dall'Aidlass, Modena 18-19 aprile 2008; NOVELLA, *L'inderogabilità delle norme nel diritto del lavoro*, Genova, 2008, *spec.* p.103 ss.;

⁶ Si rimanda in argomento a NOVELLA, *op. cit.*, 107 ss.

⁷ Cfr. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.

quei vincoli sovra-legislativi, che rendono le norme interne di legge “assolutamente inderogabili”.

Si tratta di un compito estremamente arduo, dato che tali vincoli fanno capo a diversi ordinamenti giuridici – interni od esterni al nostro – ed innervano l’intera disciplina del diritto del lavoro, essendo presenti non solo nel “tessuto” delle norme, ma nell’interpretazione fornite dall’orientamento giurisprudenziale.

2. L’eterogenesi dei fini.

I vincoli posti dall’ art. 8 alla contrattazione aziendale in deroga sono ineludibili e contenuti nella stessa Costituzione, che all’art. 117, 1° comma chiaramente dispone: “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

La differenza di formulazione letterale fra l’articolo costituzionale e quello legislativo non è di poco conto e palesa che i limiti posti dalla carta fondamentale sono più incisivi di quelli ricordati dal precetto di legge.

Infatti, l’art. 117 Cost. si riferisce all’ “ordinamento” comunitario - o come oggi appare più corretto dire, dell’Unione europea – mentre il testo di legge si riferisce alle “normative” comunitarie. La nozione di ordinamento appare sicuramente comprensiva di tutto il materiale legislativo tipico dell’Unione europea, nel quale rientrano le norme del Trattati, i regolamenti, le decisioni e le direttive, anche se non le leggi che recepiscono queste ultime aventi la stessa efficacia delle leggi ordinarie.

Tale nozione peraltro – e ciò appare di grande rilevanza - tiene conto anche dell’amplissima attività interpretativa svolta dalla Corte di giustizia, la quale opera quasi in veste di legislatore di secondo livello con interventi intesi a specificare la portata di norme spesso volutamente aperte ed elastiche, che devono adattarsi ai diversi contesti nazionali⁸.

Nella formulazione dei “principi generali comunitari” sovraordinati, cui deve attenersi il giudice nazionale, la Corte di giustizia si ispira a sua volta non solo alla normativa dell’Unione – specificando che essa viene espressa dalle norme primarie, dalle direttive e addirittura dalle raccomandazioni⁹, atti giuridici di per sè non vincolanti - ma anche ad altre fonti.

⁸ Per una più approfondita analisi dell’argomento sia consentito rinviare a GALANTINO, *Le fonti extralegislative nell’esperienza giurisprudenziale*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2009, 447.

⁹ Cfr. Corte giust. 13 dicembre 1989, C-322/88, *Grimaldi*, in *Racc.*, 1989, 4407.

Infatti, l'art. 151 TFUE afferma che la Comunità e gli Stati membri devono tenere presente i diritti sociali fondamentali contenuti nella *Carta sociale europea* firmata a Torino il 1961 e nella *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* del 1989, diritti che dunque assumono la funzione di parametri orientativi del sistema comunitario.

L'art.6, par. 2 del TUE dispone poi che l'Unione: riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 7 dicembre 2000, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati; rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950 (CEDU) - che comunque ha rango subordinato alla Costituzione, ma superiore alla legge ordinaria¹⁰ - e dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri quali "principi generali del diritto comunitario", dei quali la Corte di giustizia garantisce l'osservanza.

Anche se non si può parlare di una "comunitarizzazione" della Convenzione, ma solo di una direttiva rivolta alle istituzioni dell'Unione europea - come ritengono la Corte di giustizia¹¹ e la stessa nostra Corte costituzionale¹² - tuttavia si perviene ad importanti risultati. L'Unione rispetta le norme della Convenzione - così come interpretate dalla Corte di Strasburgo - nella misura in cui costituiscono principi generali dell'ordinamento comunitario, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia.

Ne consegue che fra quest'ultima, la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale si instaura un dialogo continuo, che si sostanzia in una tutela multilivello dei diritti¹³. A loro volta i giudici interni devono inserirsi in tale dialogo, utilizzando gli strumenti giuridici più appropriati, cioè l'interpretazione conforme, il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il ricorso al giudizio di legittimità costituzionale.

Va poi ulteriormente rilevato che il testo costituzionale fa corretto riferimento agli "obblighi internazionali", mentre l'art. 8 richiama i vincoli derivanti dalle "convenzioni

¹⁰ Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giust. cost.*, 2007, II, 2333; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, *ibidem*, 5.

¹¹ Cfr. Corte giust. 6 novembre 2003, C-101/01, in *Racc.*, 2003, 1281 con riferimento al principio generale di libertà di espressione sancito dall'art. 10 di tale Convenzione.

¹² Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giust. civ.*, 2007, 11, 2333; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5. Secondo tali decisioni, gli stati membri sono tenuti all'osservanza dei principi della CEDU, come interpretati dalla Corte di giustizia, solo in esecuzione di obblighi dell'Unione europea. Per le fattispecie cui non si applica il diritto dell'Unione europea, il giudice interno non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ritenuta in contrasto con la CEDU, poiché l'asserita incompatibilità fra le due si risolve come una questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117, 1° comma Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

¹³ Cfr., fra i numerosi contributi, ALAIMO, Il diritto del lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello", in *W.P.C.S.D.L.E.*"Massimo D'Antona, 60/2008.

internazionali”. Come è noto, le norme di diritto internazionale di origine pattizia vengono trasformate in diritto interno in virtù di legge ordinaria - la quale segue le regole della successione delle leggi nel tempo - ai sensi degli artt. 80 e 87 Cost..

Peraltro, per la giurisprudenza della Corte costituzionale vi sono anche norme di diritto internazionale generalmente riconosciute – cioè i principi generali e le norme di carattere consuetudinario – che penetrano direttamente nell’ordinamento italiano e sono gerarchicamente superiori alle leggi ordinarie per il tramite del meccanismo di adattamento automatico previsto dall’art. 10 Cost..

In questo processo di continua interrelazione interpretativa fra corti nazionali, corti europee e corti internazionali al fine di determinare il significato di norme cosiddette principio – cioè ampie ed indeterminate – appare evidente il largo spazio lasciato all’interpretazione giurisprudenziale, che necessariamente opera in una visione sistemica.

Dunque, a prescindere dall’atteggiamento culturale positivista di esaltazione delle leggi quale fonte primaria del diritto, che sembra tuttora ispirare il nostro legislatore – è in realtà l’orientamento giurisprudenziale a produrre il diritto vivente¹⁴, ma a fronte di un processo destinato a durare nel tempo e con ampi margini di incertezza.

Ne consegue che l’affidamento alla contrattazione collettiva – per di più aziendale – del compito di reperire i principi derivanti da un sistema “multilivello” di produzione sovra legislativa delle regole del lavoro, rischia di caricare quest’ultima di una responsabilità enorme¹⁵.

In presenza di accordi derogativi, il giudice acquisterà un peso determinante al fine di verificare eventuali profili di nullità totale o parziale - e con effetto retroattivo secondo le regole del diritto comune - in quanto in contrasto con principi costituzionali o con vincoli dell’Unione europea o internazionali¹⁶.

Nello scrutinio giudiziale – e il dato appare assai importante – rientrano altresì i profili teleologici del contratto aziendale in deroga. Quest’ultimo deve realizzare uno “scambio” fra maggiore flessibilità e raggiungimento degli obiettivi, che la norma giudica rilevanti.

¹⁴ Cfr. Corte cost. 16 maggio 2008, n. 146, in *Juris data*, 4, 2008.

¹⁵ Cfr. CARINCI, Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore, par. n. 7, in corso di pubblicazione. V. anche SENATORI, “Il sonno della ragione genera mostri”. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro, in www.fmb.unimore.it.

¹⁶ Cfr. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull’art. 8 della manovra di agosto*, in www.nelmerito.com, il quale rileva che “quasi tutta la disciplina lavoristica è riconducibile ad un principio costituzionale o comunitario e la vaghezza dei limiti si tradurrà in altrettanti rischi di invalidazione dell’accordo perché irrispettoso di questo o quell’altro principio, la cui esatta determinazione è essa stessa fonte di incertezza”. In termini analoghi v. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 9.

Peraltro, tali vincoli di scopo – che a quanto sembra corretto ritenere, vengono elencati dal legislatore in modo disgiuntivo e non cumulativo, visto che potrebbero rivelarsi fra loro inconciliabili – sono formulati in modo generico¹⁷, eterogeneo e tendenzialmente onnicomprensivo.

E' probabile che il giudice si limiterà ad effettuare un controllo di carattere meramente formale e non già un più incisivo controllo di merito, rimanendogli precluso il sindacato sulle scelte tecniche adottate dalle parti per raggiungere i propri obiettivi¹⁸. Peraltro, secondo un paradigma già validato dall'art. 30 del cosiddetto collegato lavoro del 2010 con riferimento alle clausole generali, ciò non esclude che l'accordo debba essere convincentemente motivato al fine di negare la pretestuosità del richiamo formale agli obiettivi indicati dall'art. 8.

Inoltre, occorre considerare che anche nelle ipotesi in cui la contrattazione aziendale mediante deroghe alle limitazioni legali apra maggiori spazi di operatività ai poteri datoriali di gestione del rapporto, questi ultimi dovranno comunque essere esercitati in conformità ai principi generali dell'ordinamento, quali il divieto di atti discriminatori e di abuso di diritto ed il rispetto delle regole di correttezza e buona fede.

Alle precedenti considerazioni si deve poi aggiungere il rilievo che il contratto aziendale in deroga può sempre venire disdetto dal sindacato che lo ha stipulato o, se è a termine, scadere e non essere rinnovato.

A questo punto i dubbi che le imprese nutriranno in tema di applicazione dell'art. 8 sul piano della valutazione del rapporto costi/benefici non possono che essere rilevanti e dunque limitare di fatto il ricorso ai contratti in deroga.

Nella prospettiva che si è delineata, la previsione dell'art. 8 corre il rischio di produrre una singolare eterogenesi dei fini. L'obiettivo cardinale della certezza del diritto – tanto volte enfatizzata come chiave di volta per garantire al tessuto produttivo i necessari presupposti per operare con sicurezza – viene sacrificato da una norma intimamente opaca

¹⁷ Cfr. PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, secondo cui la genericità dei criteri non consente di verificare la ragionevolezza del trattamento differenziale, sicchè dall'art. 8 viene leso il principio costituzionale di uguaglianza.

¹⁸ Cfr. MARAZZA, *op.cit.*.Cfr. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 7, secondo cui "l'estrema difficoltà nell'effettuare il controllo sulla congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati potrebbe indurre il giudice a non esercitare alcun sindacato".

e difficilmente interpretabile, inevitabilmente fonte di un cospicuo contenzioso con larghi margini di imprevedibilità degli esiti¹⁹.

Le parti sociali, a meno che non preferiscano procedere con percorsi più tradizionali - quali la formulazione di avvisi comuni nei confronti del legislatore affinché sia egli stesso ad introdurre operazioni di modifica o integrazione di norme²⁰ - fino al termine di un lungo processo di formazione e sedimentazione del cosiddetto diritto vivente si dovranno confrontare nelle aule di giustizia sull'effettivo significato di norme-principio, con quali costi, economici e no, e con quali rischi di invalidazione di accordi è facile immaginare.

Molto più opportuno dunque sarebbe stato che il legislatore, con chiarezza di obiettivi, avesse proceduto in prima persona all'operazione certamente necessaria di adeguamento del diritto del lavoro al mutato contesto sociale. In tal modo si sarebbe ottenuto il duplice scopo di realizzare una regolamentazione unitaria del rapporto di lavoro su tutto il territorio nazionale e di lasciare poi spazio alla contrattazione aziendale di intervenire per l'adeguamento rispetto alle diverse esigenze produttive dei singoli territori o delle aziende.

Probabilmente il legislatore ha temuto il pericolo di arenarsi nelle secche di un dibattito che si trascina ormai da anni²¹, sicchè la delega all'autonomia e alla responsabilità collettiva è apparsa come la via "più indolore e politicamente più praticabile" per realizzare un intervento sulle regole del mercato del lavoro ormai richiesto anche dalle autorità europee²².

3. Il meccanismo di auto-erosione fra il comma 2 e il comma 2-bis dell'art. 8.

Una sia pure sommaria analisi conferma la conclusione dianzi delineata della difficoltà di affidare alla contrattazione collettiva aziendale l'ambizioso compito di riformare il diritto del lavoro, a causa della sostanziale "blindatura" che quest'ultimo subisce ad opera delle fonti ad esso sovraordinate²³.

¹⁹ Anche ICHINO ritiene che un'azienda non avrà mai un quadro di certezza sull'efficacia della deroga contrattata sul piano aziendale per le motivazioni ricordate. Il suo pensiero è espresso in varie interviste o articoli pubblicati sui giornali. Cfr., ad esempio, l'intervista del 5 settembre 2011 pubblicata sul *Messaggero*; l'intervista del 6 settembre 2011 pubblicata sul *Corriere di Bologna*; l'intervista dell'8 settembre 2011 pubblicata su *Panorama Economy*; l'intervista del 12 settembre 2011 pubblicata in *Finanza e diritto*; l'articolo del 14 settembre 2011 sul settimanale *Oggi*; la lettera sul lavoro del 15 settembre 2011 sul *Corriere della sera*.

²⁰ Cfr. SANTINI, Con l'art. 8 più forza alla contrattazione aziendale. Sulle deroghe alle norme legislative necessaria sperimentazione, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.

²¹ Cfr. TIRABOSCHI, *Una riforma equilibrata e coerente*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.

²² DE LUCA TAMAJO, Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, in www.cuorecritica.it, Bollettino 13 settembre 2011.

²³ Cfr. anche ROMEI, *op. cit.*; RUSCIANO, *op. cit.*; PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 9, i quali rilevano peraltro "la possibilità di consistenti peggioramenti degli *standard* di tutela previsti dalle normative vigenti", nonostante il rispetto delle fonti sovra-legislative.

Anzitutto va rilevato che l'elencazione di “materie” riportata nell'art. 8 si caratterizza per l'eterogeneità e l'ampiezza²⁴ in un *climax* crescente, che alla fine comprende l'intera “disciplina del rapporto di lavoro” addirittura non subordinato, per il quale sorprende non poco la scelta tecnica di richiamare uno strumento quale quello contrattual- collettivo notoriamente privo di spazi, se non limitatissimi ed eccezionali per alcune figure tipiche, quali gli agenti.

Al primo posto dell'ordine non ben comprensibile dell'elencazione dell'art. 8 vi sono “*gli impianti audiovisivi (art. 4 dello Statuto dei lavoratori) e l'introduzione di nuove tecnologie*” (2° comma, lett. a). Peraltro, l'art. 4 dello Statuto già ora riconosce una derogabilità convenzionale del divieto di installazione, allorchè gli impianti e le apparecchiature di controllo siano richiesti dalle esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro. Ciò rende quanto meno dubbia o superflua la previsione contenuta nell'art. 8, 2° comma. Senza poi dimenticare che l'art. 4 è stato oggetto di ulteriore conferma in sede di elaborazione del c.d. codice della *privacy*, approvato dalla legge n. 196 del 2003²⁵, la quale recepisce una serie di direttive comunitarie in materia²⁶. La violazione della norma è tuttora assistita da una sanzione penale²⁷, che non potrebbe ovviamente essere disapplicata in via pattizia.

Va poi ricordata la giurisprudenza della Suprema corte, secondo la quale l'esigenza di evitare condotte illecite da parte del lavoratore non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di tutela della dignità e della riservatezza²⁸. Ciò avverrebbe, ad esempio, nell'ipotesi di controlli difensivi diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando essi riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso.

²⁴ Cfr. SCARPELLI, *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, in *www.nelmerito.com*, che parla di una sorta di delega “in bianco” su intere materie; CARINCI, *op. cit.*, par. n. 5; PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 8.

²⁵ Cfr. l'art. 114 del codice, in materia di “divieto di controllo a distanza”, secondo cui “resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

²⁶ L'art. 184 del codice della *privacy*, in particolare, dà attuazione: alla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati; alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

²⁷ Infatti, l'art. 179, 2° comma del codice della *privacy* è intervenuto in argomento sancendo che “nell'articolo 38, primo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono soppresse le parole: 4 e 8”. Tuttavia l'art. 171 del codice, contestualmente, stabilisce che “la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300”. Si è trattato, quindi, di una depenalizzazione soltanto apparente.

²⁸ In tal senso cfr. Cass. 23 febbraio 2010, n.4375, in *Riv. crit. dir. lav.* 2010, 1, 167; Cass. 17 luglio 2007. n. 15892, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

Al secondo posto dell'elencazione vi sono “*le mansioni del lavoratore* (art. 2103 cod.civ.), *la classificazione e l'inquadramento del personale*” (2° comma, lett. b). Come è noto, la giurisprudenza ha effettuato una vistosa forzatura del disposto letterale dell'art. 2103 cod.civ., che dichiara nullo il patto di assegnazione a mansioni inferiori o non equivalenti – esprimendosi per la validità dell'accordo di modifica *in pejus* delle mansioni concordato direttamente dal lavoratore nel proprio interesse, al fine di evitare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, qualora il lavoratore non sia più in grado per motivi di salute di svolgere le precedenti mansioni ovvero vi siano ragioni attinenti all'impresa²⁹. Infatti, in tali casi la giurisprudenza pone a raffronto l'interesse sottostante al precetto dell'art. 2103 cod. civ., la tutela della professionalità, con un altro interesse fortemente tutelato dall'ordinamento – quello alla conservazione del posto di lavoro - dando rilievo preminente a quest'ultimo. Ora questa apertura giurisprudenziale potrebbe trovare significativi ampliamenti in accordi aziendali che legittimino modifiche *in pejus* delle mansioni, comunque sempre funzionalizzate al perseguimento degli obiettivi previsti dall'art. 8. Tuttavia, come si evince dal contenzioso giurisprudenziale in tema di demansionamento, la tutela della professionalità non è mai disgiunta da una valutazione che attiene ad altri valori fondamentali della persona costituzionalmente tutelati, quali la dignità, la reputazione, l'immagine (artt. 1, 2, 4, 35 Cost.), suscettibili di essere lesi in ipotesi di dequalificazione.

Anche riguardo al trasferimento l'introduzione di deroghe alla disciplina dell'ultimo comma dell'art. 2103 non può non tenere conto dei limiti di carattere ordinamentale relativi all'esercizio dei poteri datoriali, come già si è detto.

L'elencazione procede poi col riferimento “ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime di solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro” (2° comma,lett. c).

Per i primi la direttiva n. 1999/70/CE intende conseguire il duplice obiettivo della garanzia del principio di non discriminazione e della prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro di lavoro a tempo determinato. A quest'ultimo riguardo la direttiva prevede a carico degli stati membri misure dirette a determinare le ragioni oggettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti, la durata

²⁹ Cfr. Cass. S.U. 7 agosto 1998, n. 7755, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2451; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20240, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 49, 25; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, *ivi*, 2005, n. 14, 30; Cass. 10 ottobre 2005, n. 19686, *ibidem*, n. 49, 31; Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, *ivi*, 2006, n. 41, 26; Cass. 5 gennaio 2007, n. 43, *ivi*, 2007, n. 7, 30; Cass. 6 marzo 2007, n. 5112, *ibidem*, n. 19, 39.

massima totale dei rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, il numero dei rinnovi dei suddetti contratti. Si tratta di limiti stringenti – oggetto anche di numerosi interventi chiarificatori della Corte di giustizia intesi a specificarne la portata³⁰ - con la conseguente difficoltà di stipulare un accordo aziendale modificativo del testo del d.lgs. n. 368 del 2001. Ci si chiede, ad esempio, come si potrebbe in sede aziendale prorogare i contratti a termine oltre la durata massima dei tre anni senza incorrere in un controllo giudiziale inteso a verificare l'inesistenza del contrasto con la normativa europea.

Con riferimento ai contratti ad orario ridotto, modulato o flessibile, va ricordata la direttiva n. 97/81 sul lavoro a tempo parziale, la quale richiede la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori *part-time*. Non va dimenticata nemmeno la giurisprudenza costituzionale sulle clausole flessibili, che - in epoca precedente all'emanazione del d. lgs. n. 61 del 2000 - ebbe a riconoscere come “sarebbe certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *ad libitum*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa”³¹. Sulla base di questo orientamento, sarebbe quindi di dubbia legittimità un eventuale accordo aziendale che – ai sensi dell'art. 8 in commento – giungesse a sopprimere le garanzie poste dall'art. 3 del d. lgs. n. 61 del 2000 in tema di clausole elastiche e flessibili, tanto più che si tratta di

³⁰ Cfr. Corte giust. 4 luglio 2004, C-212/04, *Adeneler*, in *Guida al lavoro*, 2006, n. 32/33, 16 in tema di successione abusiva di contratti a termine, con riferimento alla nozione di “ragioni obiettive” giustificanti il rinnovo del contratto a termine; Corte giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *Foro it.*, 2006, 3, 4, 133, secondo cui il diritto tedesco, nell'abbassare a 52 anni l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizione contratti a tempo determinato, supera il punto di equilibrio fra esigenze di flessibilizzazione del mercato del lavoro e garanzia di parità di trattamento posta a tutela dei lavoratori; Corte giust. 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*, e C-180/04, *Vassallo*, in *Riv. giur.lav.*, 2006, 4, 602, in tema di conversione del contratto; Corte giust. 13 settembre 2007, C-307/05, in *Guida al lavoro*, 2007, n. 47, 85, la quale - con riferimento al significato da attribuire alle “condizioni di impiego” dei lavoratori assunti a termine che non devono essere discriminatorie rispetto a quelle a tempo determinato - sostiene che al lavoratore a termine vanno corrisposti anche le voci retributive erogate ai soli lavoratori a tempo indeterminato, come gli scatti di anzianità; Corte giust. 9 gennaio 2008, C-268/06, *Impact*, in *Dir.rel.ind.*, 2008, 3, 854 in tema di utilizzo abusivo dei contratti a termine; Corte giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *ivi*, 2008, n. 30, 31 in tema di condizioni di impiego e con riferimento a retribuzione e pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro. In dottrina per una più approfondita analisi in argomento si rimanda a SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Diritto e libertà*. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio, vol. II, Torino, 2008, 1607 ss.. V. anche VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir.lav.*, 2002, 30 ss.; FRANZA, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass. giur.lav.*, 2006, 229 ss..

³¹ Cfr. Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 277.

garanzie che devono essere fissate dalla stessa contrattazione collettiva, alla quale rimandano i commi 7, 8 e 9 del predetto art. 3.

Per quanto attiene poi al regime di solidarietà negli appalti si pone un duplice problema. Il primo è quello di determinare il contratto collettivo cui ci si riferisce. Non viene certo in evidenza quello tra committente - debitore solidale - ed il sindacato o i sindacati rappresentativi dei suoi dipendenti, visto che questi ultimi nulla hanno a che vedere con i dipendenti dell'appaltatore, soggetto terzo rispetto al rapporto di lavoro. Nemmeno si può alludere ad un ipotetico contratto collettivo tra committente e sindacati dei lavoratori dell'appaltatore, visto che tra il primo e questi ultimi non esiste né può esistere - pena la violazione del divieto di interposizione - alcun rapporto di lavoro. Al più potrebbe configurarsi un ruolo della contrattazione territoriale nell'escludere il regime di solidarietà tra committente e appaltatore. Peraltro, l'eventuale deroga convenzionale - ora legittimata dall'art. 8 della legge - può interessare gli obblighi retributivi nei confronti dei lavoratori e non certo l'ente previdenziale. Quest'ultimo infatti rimarrebbe comunque estraneo all'accordo - come afferma comunemente la giurisprudenza in materia di transazioni su crediti di lavoro³² - e quindi potrebbe egualmente azionare la propria pretesa nei confronti del committente.

Per i casi di ricorso alla somministrazione va pur sempre ricordato che la materia è assistita da sanzione penale (art. 18 e 19 d. lgs. n. 276 del 2003) e il che rende improponibile la derogabilità convenzionale.

La *disciplina dell'orario di lavoro*, che è richiamata dal 2° comma, lett. d), come è noto, sottosta ai vincoli posti dalla direttiva n. 2003/88/CE con riferimento al periodo minimo di riposo giornaliero, al periodo minimo di riposo settimanale, alla durata media dell'orario di lavoro settimanale, alla durata del lavoro notturno. Da questo punto di vista c'è comunque una "eccessività" della nuova disciplina, dal momento che già la legge e la contrattazione nazionale aprivano ampi spazi, anche derogatori, all'intervento della contrattazione di secondo livello. Si deve poi ricordare che la disciplina di legge è presidiata da sanzioni penali - per le quali si ripropone il già citato problema della immodificabilità del divieto penalmente sanzionato - o da sanzioni amministrative, la cui derogabilità convenzionale appare quanto meno dubbia.

³² Cfr. Cass. 3 marzo 2003, n. 3122, in *Law. Giur.*, 2003, 953.

Il 2° comma, lett. e) richiama in modo confuso una serie disparata di materie, quali “le modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro”. La formulazione della norma è poco chiara. Non si capisce a cosa si alluda con le modalità di assunzione, dal momento che il collocamento è ormai una funzione residuale e l’assunzione è diretta, con l’obbligo di una comunicazione preventiva ai Centri per l’impiego, assistito da sanzioni amministrative difficilmente eliminabili per via collettiva. Se invece si intende indicare la possibilità di scelta del tipo contrattuale a piacimento delle parti, è superfluo ricordare il principio dell’indisponibilità dello stesso ormai incontestato ed affermato a più riprese dalla Corte costituzionale³³.

In merito alle co.co.pro., come già si è detto, meraviglia il richiamo alla contrattazione collettiva che notoriamente si applica ai soli dipendenti e non ai parasubordinati, almeno di regola. D’altro canto, al riguardo diventa ancor più complesso stabilire l’afferenza del collaboratore alla singola articolazione d’impresa stante il fatto che tale figura opera di regola al di fuori di questa, se si tratta di vero collaboratore. Si sottolinea poi l’orrendo tecnicismo delle “partite Iva”, diffuso solo nel linguaggio gergale, con le quali si allude a veri e propri professionisti che hanno rapporti di lavoro autonomo instaurati tramite contratto d’opera ex art. 2222 ss. cod. civ. A questo riguardo naturale ricordare che si tratta di rapporti di lavoro “non” subordinato, “né” parasubordinato, quindi estranei alla dinamica sindacale, come pure all’insieme delle regole che governano il rapporto di lavoro subordinato.

Il riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro – che in realtà è comprensivo di tutte le materie elencate nel comma 2 - è talmente vasto da non rendere chiaro quali siano gli spazi di intervento in deroga, visto che gran parte delle norme regolative del rapporto di lavoro trovano il proprio radicamento in principi costituzionali o in norme dell’Unione o in norme internazionali e sono spesso presidiate da sanzioni penali. Ciò si verifica, ad esempio, in materia di retribuzione, di sicurezza sul lavoro, di tutela della maternità e della paternità.

Per quanto attiene alla trasformazione e conversione del rapporto di lavoro, come già si è detto, vige il principio richiamato dalla Corte costituzionale che neppure il legislatore

³³ Cfr. Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432; Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 523.

possa negare la qualificazione di lavoro subordinato ad un rapporto che “oggettivamente” abbia tale natura, in quanto tale tipo contrattuale è disciplinato da norme costituzionali inderogabili poste a tutela del prestatore di lavoro.

Dulcis in fundo, si parla di conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, “fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall’inizio del periodo di gestazione fino al termine del periodo di interdizione del lavoro, nonché fino a un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale - ipotesi per la quale in questo senso già dispone la direttiva n. 2010/18/UE in tema di congedi parentali – e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore e il licenziamento in caso di adozione e affidamento”.

C’è chi ha rilevato che la reintegrazione a rigore non potrebbe rientrare nelle cosiddette “conseguenze del recesso”, ma semmai nelle “conseguenze del licenziamento illegittimo”, sicché l’art. 18 dello Statuto non sarebbe coinvolto³⁴. La formulazione letterale della norma appare sicuramente poco felice e non è certo questa la più grave imprecisione contenuta nel testo dell’art. 8. Tuttavia, l’intento del legislatore - ricostruibile alla luce della lettura complessiva della disposizione, che fa riferimento anche alle ipotesi dei licenziamenti discriminatori sottratti al potere di deroga *in pejus* - sembra essere proprio quello di introdurre ipotesi alternative alla reintegrazione³⁵.

Ciò premesso, è noto che la Corte costituzionale, secondo un orientamento costante, non considera quest’ultima come una tutela enucleabile dai principi espressi dagli artt. 3 o 4 o 35 della carta fondamentale.

Infatti, il giudice di legittimità afferma che l’art. 4 Cost. “come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un’occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del posto di lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto: ciò sempre con le dovute garanzie per quanto riguarda il rispetto dei principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa”³⁶. L’art. 3 Cost. a sua volta consente

³⁴ Cfr. ROMEI, *op. cit.*; MARESCA, *op. cit.*

³⁵ In tal senso cfr. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 8.

³⁶ Cfr. Corte cost. 14 aprile 1969, n. 81, in *Foro it.*, 1969, I, 1384, che - con riferimento agli artt. 3, 4, 35 Cost. - ha respinto la questione di costituzionalità dell’art. 11, 1° comma della legge n. 604 del 1966, il quale esclude la garanzia della stabilità del posto a favore dei lavoratori impiegati presso le imprese con meno di 35 dipendenti. In linea con tale decisione v. anche Corte cost. n. 3 del 1957, in www.giurcost.org/decisioni/1957/0003s-57.html e n. 45 del 1965, in *Riv. Giur. Lav.*, 1965, II, 155 sulla qualificazione del “diritto al lavoro” espresso dall’art. 4 Cost. come diritto che svolge la sua funzione direttamente nei rapporti fra l’individuo e lo stato e non introduce una pretesa soggettiva alla conservazione

al legislatore di regolare diversamente situazioni ritenute ragionevolmente diverse, come sono quelle che collegano una differenza di trattamento in tema di conseguenze del licenziamento illegittimo a seconda del numero dei dipendenti delle imprese³⁷.

Anche se non si può parlare di un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto da parte del lavoratore, resta però indiscusso che è indispensabile la previsione di un sistema sanzionatorio adeguato e proporzionato rispetto all'interesse leso, cioè tale da avere un effetto realmente dissuasivo per il datore di lavoro³⁸. In tale prospettiva, non si potrà mai derogare al principio della risarcibilità del danno, che anche ora trova generale applicazione come alternativa di fatto sempre preferita alla reintegra³⁹.

Se in argomento si possono aprire spazi di intervento in deroga, è però curioso che proprio a questo riguardo le parti sociali abbiano subito manifestato la propria assoluta contrarietà a firmare accordi di questo tenore.

Va infine rilevato che la nozione di licenziamento discriminatorio richiamata dal 2° comma lett. e) dell'art. 8, è formulata dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990, che si richiama a sua volta all'art. 4 della legge n. 604 del 1966 e all'art. 15 dello Statuto. Peraltro, essa appare espressiva del generale principio ricavabile dal collegamento fra gli artt. 1345 e 1324 cod. civ., secondo il quale deve ritenersi invalido il negozio fondato su un motivo illecito determinante. In tale prospettiva, l'elencazione dei motivi della discriminazione non può considerarsi tassativa, ma semmai esemplificativa, come del resto concorda la giurisprudenza costante della Suprema corte quando afferma che nella nozione "estensiva" di licenziamento discriminatorio rientra anche il licenziamento ritorsivo, "ossia intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro"⁴⁰, come la rappresaglia all'azione giudiziaria proposta dal lavoratore. D'altra parte, l'art. 4 della legge n. 108 non

del posto di lavoro. Sempre la Consulta con la decisione n. 46 del 2000 ha dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo dell'art. 18 dello Statuto, riaffermando che la tutela reale non trova garanzia costituzionale, ma è solo uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro riconducibile al principio della necessaria giustificazione del licenziamento.

³⁷Cfr. in tal senso anche Corte cost. n. 55 del 1974, in *Foro. It.*, 1974, I, 959 che respinge la questione di costituzionalità dell'art. 11 della legge n. 604 del 1966 e dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori sollevata in relazione all'art. 3 Cost.

³⁸ Cfr. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n.9, che richiamano l'art. 30 della Carta di Nizza oggi inserita nel TFUE sul diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato.

³⁹ Cfr. anche PESSI, *Art. 8 della manovra e stabilità reale: molto rumore per nulla*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011.

⁴⁰ Cfr. Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in *Guida al lavoro*, 2009, n. 40, 37; Cass. 1° dicembre 2010, n. 24347, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 2010, 4, 1141; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, 425; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Guida dir.*, 2011, 21, 44. In precedenza v. Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 614; Cass. 20 novembre 2000, n. 14982, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2381.

solo è formulato per difetto – in quanto non copre l'intera area dei motivi illeciti - ma è formulato per eccesso nel momento in cui non precisa che i licenziamenti dovuti a supposti motivi discriminatori tali non sono nelle cosiddette imprese di tendenza.

4. Il nuovo rapporto fra i livelli di contrattazione e l'efficacia erga omnes della contrattazione aziendale.

Dal nuovo rapporto fra legge e contrattazione di prossimità consegue anche il modificato ruolo del contratto nazionale di lavoro, che perde la tipica funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati sul territorio nazionale. Infatti, la contrattazione aziendale può operare deroghe *in pejus* anche al contratto nazionale, sia pure nell'ambito delle materie e dei limiti fissati dall'art. 8.

Come si è rilevato, l'intento legislativo è quello di evitare che il contratto nazionale possa recepire la regolamentazione legale, rendendola in tal modo inderogabile da parte dei contratti di secondo livello⁴¹.

E' vero che anche i precedenti accordi interconfederali – fra i quali quello del 28 giugno 2011 – indeboliscono la funzione della contrattazione collettiva nazionale di porre regole minime nel momento in cui abilitano il livello aziendale ad introdurre deroghe *in pejus* al contratto nazionale, ma tali deroghe sono pur sempre consentite nei limiti e con le procedure previste dal primo livello⁴². Invece, con l'art. 8 viene definitivamente accantonato il principio del collegamento negoziale fra contratto nazionale e contratto aziendale e quest'ultimo diventa il nuovo baricentro della negoziazione.

Si è affermato che tale scelta legislativa sarebbe contraria all'art. 39, 2° comma e ss. della carta fondamentale, che “costituzionalizza” lo strumento del contratto collettivo nazionale di categoria⁴³. In realtà, scopo della norma sembra essere quello di fissare i requisiti del contratto collettivo valido *erga omnes* e non di affidare alla contrattazione nazionale il monopolio della regolazione delle condizioni di lavoro, dato che ai sensi dell'art. 39, 1° comma l'organizzazione sindacale è libera⁴⁴.

⁴¹ Cfr. MARESCA, *op.cit.*

⁴² Cfr. il punto n. 7 dell'accordo del 28 giugno 2011.

⁴³ Cfr. RUSCIANO, L'articolo 8 è contro la Costituzione, in www.eguaglianzaelibertà.it.

⁴⁴ Cfr. MAGNANI, *op.cit.*, secondo cui non è lecito desumere dalla parte seconda dell'art. 39 Cost. “un'ossificazione di un determinato sistema contrattuale pena la violazione del 1° comma”.

D'altra parte, non sembra vi sia violazione neppure di quest'ultima norma, nel senso che l'art. 8 – nel consentire la contrattazione aziendale generale in deroga alla disciplina di categoria – avrebbe un impatto destrutturante sul sistema contrattuale⁴⁵ poiché, come già si è rilevato, l'unico possibile rapporto che si instaura fra la legge e la contrattazione collettiva è un rapporto di concorrenza, nel senso che l'art. 39 Cost. garantisce l'autonomia collettiva, ma non stabilisce una riserva di competenza a favore di quest'ultima. In tale prospettiva, la norma costituzionale vieta ad una legge dello stato di espropriare le funzioni dell'autonomia contrattuale collettiva, ma non di regolare funzioni ed effetti della stessa⁴⁶.

Va poi rilevato che la soluzione proposta dall'art. 8 al dibattuto problema del rapporto fra contratto collettivo aziendale e contratto collettivo nazionale, si pone nel solco del recente orientamento giurisprudenziale sostenitore della tesi che il contratto aziendale sia un atto generale di autonomia privata con l'efficacia normativa tipica della contrattazione collettiva, sicchè ad esso sono inapplicabili tanto l'art. 2077 cod. civ. quanto l'art. 2113 cod. civ. sul divieto di rinuncia ai diritti derivanti dalle disposizioni dei contratti collettivi⁴⁷.

L'intervento legislativo affronta infine la sofferta tematica dell'efficacia soggettiva della contrattazione aziendale, che viene espressamente dichiarata valida *erga omnes* anche se non già in linea generale, ma solo in presenza dei requisiti indicati dall'art. 8: se stipulata da determinati agenti contrattuali; se finalizzata a particolari obiettivi; se inerente a specifiche materie.

Come è noto, la giurisprudenza, anche se con diverse argomentazioni, non ha mai dubitato dell'efficacia *erga omnes* di un contratto aziendale con valore acquisitivo⁴⁸ od operante in funzione integratrice della legge⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. CARINCI, Al capezzale del sistema contrattuale, cit., par. n. 7.

⁴⁶ Cfr. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 8, secondo cui l'art. 8 valorizza il potere dell'autonomia collettiva - consentendole di derogare addirittura alla legge - e non esclude che il rapporto tra i livelli contrattuali continui ad essere autonomamente disciplinato dalle parti sociali, sicchè nulla impedisce che le regole contenute nell'accordo del 28 giugno 2011 possano continuare ad applicarsi in aggiunta a quelle dell'art. 8 e in relazione a materie diverse da quelle contemplate nel comma 2 dell'art. 8.

⁴⁷ Cfr. Cass. 26 maggio 2008, n. 13544, in *Orient. giur. lav.*, 2009, 40.

⁴⁸ A sostegno della tesi si è infatti invocato il principio costituzionale d'eguaglianza o si è rilevato che i lavoratori non iscritti aderiscono tacitamente al contratto stipulato dal datore di lavoro e infine che quest'ultimo, di solito, non fa distinzione fra lavoratori iscritti o non iscritti. Cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 30, 22; Cass. 7 giugno 2004, n. 10762, *ivi*, n. 32/33, 39.

⁴⁹ Cfr., con riferimento ai contratti collettivi specificanti le ipotesi nelle quali era consentito apporre un termine finale al contratto ai sensi dell'art. 23 della legge n. 56 del 1987, Cass. 25 marzo 2002, n. 4218, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 513; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 139.

Più incerta è considerata nell'elaborazione giurisprudenziale l'efficacia del contratto aziendale, che preveda non già benefici o vantaggi, ma sacrifici col conseguente possibile esito che i lavoratori non iscritti alle associazioni stipulanti manifestino il proprio dissenso.

E' noto che alcuni interventi della Consulta hanno sostenuto l'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva sia nazionale che aziendale con riferimento a situazioni specifiche, quali quelle dei contratti collettivi cosiddetti gestionali⁵⁰ e degli accordi sindacali sull'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali⁵¹. Sempre il giudice di legittimità ha sostenuto la validità generale dei contratti collettivi di diverso livello volti ad integrare o attuare o derogare alla legge in tutte le ipotesi, in cui quest'ultima li abilita a intervenire su materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro, come ad esempio, il lavoro a tempo parziale o la definizione di nuove ipotesi di contratto a termine o i contratti di solidarietà⁵².

La più recente giurisprudenza della Suprema corte – sia pure talora con alcune limitazioni e precisazioni per quanto riguarda gli iscritti ai sindacati esplicitamente dissenzienti⁵³ – sembra poi orientata a sostenere l'estensibilità degli accordi aziendali anche nei confronti dei non iscritti, sulla base di un'affermata differenza ontologica del contratto aziendale rispetto al contratto nazionale⁵⁴ e della conseguente sottintesa inapplicabilità nei suoi confronti del 4° comma dell'art. 39 Cost.⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Dir. lav.*, 1994, II, 160, con riferimento agli accordi sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità ai sensi dell'art. 5,1° comma della legge n. 223 del 2001. V. anche Cass. 22 giugno 2004, n. 11634, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 789.

⁵¹ Cfr. Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *Dir. lav.*, 1996, II, 421, che ritiene gli accordi efficaci *erga omnes* nell'ambito di un procedimento complesso, che vede anche la validazione della Commissione di garanzia.

⁵² Cfr. Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344, *cit.*

⁵³ Cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, *cit.*, secondo la quale l'efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali “può essere, bensì, confermata – come regola di carattere generale, in funzione delle esigenze che ne risultano perseguite (tutela di interessi collettivi, appunto, e inscindibilità della disciplina) – ferma restandone, tuttavia, la eccezione – in ossequio al principio di libertà sindacale ed in coerenza con il nostro sistema giuridico – che la stessa efficacia non può essere estesa a quei lavoratori che – aderendo ad una organizzazione sindacale, diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale – ne condividano l'esplicito dissenso dall'accordo medesimo”.

⁵⁴ Cfr. Cass. 26 giugno 2004, n. 11939, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 30, 22; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Giur. lav.*, 2007, n. 43, 21. Nel senso che l'efficacia del contratto aziendale sia limitata ai lavoratori aderenti al sindacato stipulante è invece la giurisprudenza risalente: cfr. Cass. 29 gennaio 1993, n. 1102, in *Notiziario giur. lav.*, 1993, 631; Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Foro it.*, 1991, I, 877.

⁵⁵ Le argomentazioni richiamate al riguardo spaziano dal richiamo al principio di inscindibilità delle clausole dei contratti collettivi – che non consentirebbe di godere solo dei benefici contrattuali e di sottrarsi alle clausole svantaggiose (cfr. Cass. 5 luglio 2002, n. 9764, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1168) al richiamo al principio di parità di trattamento. Si è altresì sostenuto che la contrattazione collettiva aziendale, concernendo una pluralità di lavoratori collettivamente considerati e soggettivamente non identificati, ha efficacia generale

In realtà, anche nell'ipotesi in cui si condivida quest'ultima tesi, sostenuta altresì da gran parte della dottrina⁵⁶, vi è un ulteriore snodo del discorso che si deve affrontare. Occorre pur sempre verificare se la scelta legislativa sia compatibile con quel principio di "proporzionalità" che - secondo quanto rileva anche la Consulta nella decisione n. 334 del 1988 - costituisce il fondamento intimo dell'efficacia *erga omnes* del contratto⁵⁷.

Tale principio prescinde dalla dimensione categoriale ovvero aziendale della negoziazione con effetti generali ed esprime l'esigenza di legittimazione democratica, che pervade non solo il disposto dell'art. 39, 4° comma Cost., ma l'intero ordinamento costituzionale.

In tale prospettiva, sembra necessario verificare la presenza di una correlazione fra l'ambito in cui si misura la rappresentanza e l'ambito di applicazione dell'accordo, al fine di garantire che i soggetti che negoziano e sottoscrivono lo stesso siano effettivamente espressione della maggioranza dei dipendenti dell'impresa, che intendono rappresentare.

Dunque l'angolo visuale da cui esaminare il problema di costituzionalità di un accordo aziendale con efficacia generale diventa quello della scelta delle organizzazioni sindacali legittimate a contrattare e del consenso "effettivo" di cui esse godono da parte dei lavoratori.

5. L'identificazione degli agenti della contrattazione aziendale con efficacia generale: le associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

L'identificazione dei soggetti abilitati alla contrattazione aziendale - in deroga o non in deroga - efficace *erga omnes* può dare luogo a diverse opzioni interpretative, dato che il legislatore si riferisce disgiuntamente: alle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale; alle rappresentanze di tali sindacati

in quanto "regola unitariamente indivisibili interessi collettivi dei lavoratori"(cfr. Cass. 2 maggio 1990, n. 3607, in *Mass. giur.lav.*, 1990, 34 con riferimento ai dipendenti Alitalia).

⁵⁶ Cfr. CARINCI, *op. cit.*; PESSI, *op.cit.*; MARESCA, *op.cit.*; DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*; MARAZZA, *op. cit.*; PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 6.

⁵⁷ Secondo la citata decisione della Corte costituzionale, l'adozione del "principio proporzionalistico" si presenta come un congegno idoneo alla costituzione di una rappresentanza unitaria formalmente investita del potere di concludere un contratto dotato di efficacia *erga omnes*. Osserva CARINCI, *op. cit.*, par. n. 6 che il testo costituzionale ricollega strettamente ed inscindibilmente l'effetto *erga omnes* all'uso del criterio proporzionalistico, sicché *simul stabunt, simul cadent* e che qualora la Corte costituzionale fosse chiamata ad indagare la conformità dell'estensione *erga omnes* della contrattazione aziendale alla *ratio* del 4° comma dell'art. 39 Cost. dovrebbe valutare un duplice problema: "la elezione dei rappresentanti dei dipendenti in base a criteri trasparenti, oggettivi, controllabili, nonché l'adozione di una formula capace di realizzare la convergenza democratica di quegli stessi rappresentanti". Sul principio proporzionalistico quale vincolo costituzionale alla legislazione v. anche SENATORI, *op. cit.*, par. n. 2.

operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno. I contratti territoriali potranno ovviamente essere stipulati solo dalle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

Rimane il problema della verifica del meccanismo di acquisizione dell'efficacia *erga omnes* del contratto stipulato da queste ultime.

Secondo alcuni, il legislatore attribuirebbe direttamente a tali associazioni la facoltà di stipulare il contratto aziendale con efficacia estesa a tutti i lavoratori⁵⁸. Così opinando, si verificherebbe dunque una sorta di ritorno al passato, cioè al principio della "rappresentatività presunta" di cui alla prima formulazione dell'art. 19 Statuto anche se a diverso fine, non di legittimazione a costituire una rappresentanza sindacale, ma di legittimazione a sottoscrivere un contratto aziendale in deroga.

Il *vulnus* al principio di proporzionalità espresso dall'art. 39, 4° comma Cost. sarebbe peraltro palese, per la chiara distonia fra l'ambito in cui si misura la rappresentanza – di carattere nazionale o territoriale – e l'ambito di applicazione dell'accordo, di carattere aziendale, per il quale non è prevista la presenza di nessun meccanismo di verifica del consenso dei dipendenti.

E'dunque preferibile aderire alla tesi secondo la quale il legislatore adotterebbe una tecnica fondata sulla differenziazione fra "contratto collettivo" vero e proprio e "specifica intesa", fermo restando che quest'ultima costituirebbe comunque parte o frazione del primo.

In altri termini, le specifiche intese non si vedono attribuita efficacia generale per il semplice fatto di essere inserite in contratti conclusi a livello nazionale o territoriale – ovviamente dai sindacati comparativamente più rappresentativi – ma necessitano anche dell'ulteriore condizione di una loro sottoscrizione recettiva da parte delle rappresentanze sindacali operanti in azienda secondo un criterio maggioritario⁵⁹.

Il potere per così dire "di iniziativa" che spetta ai sindacati comparativamente più rappresentativi sembra rispondere ad una serie di esigenze non esplicitate, ma indubbiamente rilevanti, quali il supporto alla carenza di preparazione tecnica degli agenti

⁵⁸ Cfr. in tal senso PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 5, secondo cui "superando l'ambiguità del dato letterale, bisogna proporre una interpretazione più ampia. Le rappresentanze sindacali includono quindi anche le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale".

⁵⁹ Cfr. CARINCI, *op. cit.*, par. n. 4.

contrattuali aziendali e soprattutto il controllo “di fatto” anche se non “di diritto” – invece presente nell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011- sulla contrattazione di secondo livello in deroga, al fine di impedirne un’eccessiva frammentazione.

Si pone peraltro il problema di verificare quali siano i sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale.

Per quanto attiene alle associazioni operanti al livello nazionale, si è avanzata la tesi che sia possibile utilizzare i criteri di certificazione della rappresentatività ai fini della contrattazione nazionale contenuti nell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011⁶⁰. In realtà, quest’ultimo viene richiamato dall’art. 8 solo con riferimento alle rappresentanze sindacali operanti in azienda.

D’altra parte, tali criteri non danno indicazioni “esplicite” per l’individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi⁶¹ e comunque il previsto meccanismo basato sul *mix* fra dato associativo e dato elettorale non ha ancora trovato una concreta applicazione.

Come è noto, nell’intenzione del legislatore, l’espressione sindacato “comparativamente più rappresentativo”⁶² al posto di quella “maggiormente rappresentativo” – che peraltro continua ad essere alternata alla prima⁶³ - ha lo scopo di limitare, in presenza di più sindacati con un certo grado di adesione nell’ambito di una determinata “categoria”, il conferimento

⁶⁰ In tal senso v. PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 5; SENATORI, *op. cit.*, par. n. 2.

⁶¹ Cfr. MARAZZA, *op.cit.*.

⁶² I richiami a tale nozione sono ormai molteplici. Si vedano, ad esempio, l’art. 2, 25° comma della legge n. 549 del 1995, in tema di retribuzione contrattuale da porre a base per il calcolo dei contributi previdenziali; l’art. 1, 2° comma, lettera *a*, e 8° comma della legge 24 giugno 1997, n. 196; l’art. 6, 2° comma, della legge 12 marzo 1999, n. 68 sul collocamento dei disabili; l’art. 45, 20° comma della legge 17 maggio 1999, n. 144 in tema di contratti di riallineamento; l’art. 3, 1° comma del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 72 in tema di distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi; gli artt. 1, 3° comma e 12 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 sul *part-time*, come modificato dal d.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100; gli artt. 10, 1° comma e 10, 7° comma del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 sul contratto di lavoro a termine; la legge 14 febbraio 2003, n. 30 di delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro ed il relativo d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276; la legge 24 dicembre 2007, n. 247 in tema di previdenza, lavoro e competitività; il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in materia di sviluppo economico, semplificazione, competitività, stabilizzazione della finanza pubblica e perequazione tributaria.

⁶³ Il d.p.r. 7 luglio 2000, n. 442 ritorna alla formula tradizionale, facendo riferimento alla necessità che il Ministro del lavoro proceda, in alcune ipotesi, ad una consultazione delle “organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative” (art. 4, 3° comma e art. 5, 1° comma). E, ancora, un riferimento ai contratti collettivi stipulati dai sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale è contenuto anche nell’art. 10, 3° comma del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 sul contratto di lavoro a termine; nell’art. 5 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in tema di legittimazione ad agire in giudizio per la rimozione delle discriminazioni individuali e collettive; nell’art. 1, comma 70, della legge 24 dicembre 2007, n. 247.

di diritti e prerogative solo a quelle organizzazioni che, a seguito di un processo di comparazione, risultino effettivamente dotate di un'ampia rappresentatività.

Il riferimento a tale nozione trova storicamente la sua ragion d'essere nella circostanza che si è giunti alla stipulazione – ad opera di sigle sindacali poco conosciute – di contratti collettivi nazionali i quali prevedono per i lavoratori *standards* di trattamento economico e normativo decisamente inferiori rispetto alla norma. Proprio per contrastare questo fenomeno – in relazione al quale si è parlato di contratti collettivi “pirata” – e più in generale per impedire l'affermazione di sindacati disposti a contrattare “al ribasso”, si è ritenuto opportuno procedere ad una ridefinizione della nozione legislativa di rappresentatività sindacale.

È poi importante notare che già prima dell'emanazione dell'art. 8, sia nella legge delega n. 30 del 2003⁶⁴ che nel d.lgs. n. 276 del 2003 si fa riferimento ai contratti collettivi stipulati *da* e non *dalle* organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. La differenza terminologica manifesta l'intenzione legislativa di legittimare, sul piano giuridico, quelle intese che non vengono sottoscritte da “tutti” i sindacati comparativamente più rappresentativi, bensì solo da alcuni di essi⁶⁵.

Peraltro, il legislatore non ha mai introdotto, né sembra introdurre ora criteri di individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi, in quanto il richiamo dell'art. 8 all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, come si è detto, sembra riferirsi esclusivamente alla misurazione della rappresentatività delle rappresentanze sindacali operanti in azienda.

L'ovvia conseguenza è che occorrerà necessariamente richiamarsi ai noti parametri già utilizzati dalla giurisprudenza, la quale potrebbe in futuro fare riferimento ai requisiti riportati dal punto n. 1 del citato accordo interconfederale – di per sé valido solo per i sindacati sottoscrittori – in tema di “certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva di categoria”. In tal caso i sindacati confederali raggiungerebbero facilmente la soglia del 5% – calcolata sulla base di una ponderazione fra dati associativi ed elettorali – del totale dei lavoratori della categoria cui si

⁶⁴ Cfr., ad esempio, l'art. 1, 2° comma, lettera *l*; l'art. 2, lettera *i*; l'art. 3, lettera *a*; l'art. 4, lettera *a*).

⁶⁵ È da notare, tuttavia, che la citata legge n. 247 del 2007, di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007, va in controtendenza, riprendendo in più punti il tradizionale riferimento ai contratti collettivi stipulati *dalle* organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative: v., ad esempio, l'art. 1, 44° comma, in tema di modifiche alla disciplina del *part-time*, e il successivo 47° comma in materia di contratti di lavoro a termine nei fine settimana o nelle festività.

applica il contratto collettivo, mentre per i sindacati autonomi o di base vi sarebbe maggiore difficoltà a superare lo sbarramento, vista l'ampiezza delle attuali categorie⁶⁶.

Questione del tutto nuova si pone per la valutazione della rappresentatività comparativa "a livello territoriale". Infatti, da un lato non è chiaro se il legislatore intenda riferirsi ad un ambito determinato - regionale o provinciale o comunale o di distretto⁶⁷ - ovvero se, come sembra più probabile, intenda lasciare alle parti collettive la determinazione dello stesso⁶⁸. Dall'altro, occorre individuare gli indici di rappresentatività, magari ipotizzando la recuperabilità dei criteri già elaborati per la dimensione nazionale, ma adattati al contesto locale, con l'ovvio rischio di percorsi interpretativi lunghi e controversi⁶⁹, soprattutto nell'ipotesi di accordi non sottoscritti da tutti i sindacati storicamente ritenuti maggiormente rappresentativi.

6. Segue: le rappresentanze sindacali operanti in azienda.

Minori difficoltà interpretative si incontrano nell'ipotesi in cui i soggetti abilitati a sottoscrivere la contrattazione aziendale efficace *erga omnes* siano le rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge – in tal caso il riferimento è alle r.s.a. - e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno, e in tal caso il riferimento è sia alle r.s.a. che alle r.s.u..

Va ricordato che, ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 19 dello Statuto, godono dei privilegi del titolo III della legge n. 300 del 1970 le r.s.a. che sono in grado di stipulare contratti collettivi anche aziendali applicati nell'unità produttiva. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella decisione n. 244 del 1996 e dalla Suprema corte, il requisito della firma di un contratto collettivo si ritiene presente nell'ipotesi in cui le organizzazioni sindacali abbiano partecipato al processo di formazione del contratto culminante nella sottoscrizione e non già nell'ipotesi in cui esse siano intervenute per il tramite del meccanismo dell'adesione successiva⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. CARINCI, L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?, in *Working Papers Catania*, 2011, par. n. 3

⁶⁷ Cfr. MARESCA, *op. cit.*; ROMEI, *op. cit.*; PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 5.

⁶⁸ Cfr. in tal senso MARESCA, *op. cit.*.

⁶⁹ Cfr. MARESCA, il quale pone tale soluzione in alternativa con quella del ricorso ai criteri associativi-elettivi dell'accordo interconfederale, segnalando peraltro la carenza di una anagrafe sindacale su base territoriale.

⁷⁰ Cfr. Cass. 2 dicembre 2005, n. 26239, in *Guida al lavoro*, 2006, n. 8, 37.

Si discute invece se sia necessaria la stipulazione di contratti normativi - che regolino in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva⁷¹- ovvero sia sufficiente la stipulazione di contratti cosiddetti “gestionali”, che stabiliscono soltanto diritti ed obblighi fra i soggetti stipulanti⁷².

Anzitutto va rilevato che l’art. 8 introduce due precisi criteri di selezione delle rappresentanze sindacali che possono firmare l’accordo valido *erga omnes*: sono solo quelle che si ricollegano ai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale o territoriale; devono sottoscrivere le intese “*sulla base di un criterio maggioritario*”, senza peraltro che vengano specificate le modalità applicative con riferimento alle r.s.u. o alle r.s.a., così come invece dispone l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Per quanto attiene al primo aspetto, cioè al collegamento degli agenti contrattuali aziendali con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, il ritorno al principio della “rappresentatività presunta” lascia perplessi, perché potrebbe risultare in contrasto con l’orientamento della Corte costituzionale, la quale nella decisione 12 luglio 1996, n. 244 – poi ribadita dalle ordinanze nn. 345 del 1996, n. 148 del 1997, n. 76 del 1998⁷³ - ha proposto una valorizzazione dei criteri di “rappresentatività effettiva” del sindacato a livello aziendale.

⁷¹ Nel senso che il contratto debba avere carattere normativo, cfr. Cass. 30 luglio 2002, n. 11310, in *Guida al diritto*, 2001, n. 39, 90; Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, *ivi*, 2008, n. 39, 35.

⁷² In un primo tempo la Suprema Corte ha richiamato gli accordi gestionali con una portata normativa indiretta, come quelli stipulati in sede di procedure di mobilità o di Cassa integrazione o i contratti di solidarietà (cfr. Cass. 24 settembre 2004, n. 19271, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 43, 93; Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 528). Successivamente con un ulteriore sviluppo interpretativo, ha ritenuto che possano essere tenuti in considerazione ai fini dell’art. 19 dello Statuto anche i contratti gestionali che producono effetti giuridici esclusivamente nei confronti dei sindacati o dei datori stipulanti, come sono quelli rivolti ad un ampliamento pattizio delle prerogative sindacali, purché non si tratti di mere finzioni negoziali per le quali l’ordinamento contiene l’espresso divieto di cui all’art. 17 dello Statuto (cfr. Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 8, 24).

⁷³ La Consulta ha ritenuto infondata, con riferimento agli artt. 3 e 39 Cost., la questione di costituzionalità dell’art. 19 dello Statuto nel testo risultante dal *referendum* abrogativo nella parte in cui, consentendo la costituzione delle r.s.a. a qualsiasi associazione sindacale firmataria di contratti collettivi applicati nell’unità produttiva – e non anche aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale – introdurrebbe la possibilità di riconoscere le r.s.a. costituite da associazioni non rappresentative sul piano nazionale solo che siano firmatarie di contratti collettivi rimettendo altresì al potere negoziale – e quindi all’“accreditamento” del datore di lavoro – la scelta del sindacato contraente a lui più gradito. Infatti, secondo la citata decisione n. 244, respinto dalla volontà popolare il principio della “rappresentatività presunta” sotteso all’abrogata lettera *a*, “l’aver tenuto fermo, come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività effettiva, il criterio della lettera *b*, esteso però all’intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio

Tuttavia, il legislatore sembra fare fronte alle carenze di *deficit* democratico nella scelta degli agenti contrattuali, introducendo il principio che comunque le rappresentanze sindacali devono sottoscrivere le intese sulla base di un “criterio maggioritario”.

L'espressione è criptica e giustifica in prima battuta almeno due diverse interpretazioni.

Da un lato si potrebbe ritenere che il silenzio legislativo presupponga *tout court* un tacito rinvio al meccanismo previsto dall'accordo interconfederale del 28 giugno⁷⁴; dall'altro che r.s.u. e r.s.a. debbano esprimersi a maggioranza le prime dei propri componenti, le altre del numero delle stesse esistenti in azienda.

Le due opzioni interpretative portano a risultati solo in parte coincidenti.

Infatti, in presenza di r.s.u. - che sono un organismo elettivo di rappresentanza unica di tutti i lavoratori dell'impresa – necessariamente occorrerà verificare che esse si siano espresse “a maggioranza dei componenti” e quindi non sembra ipotizzabile una soluzione diversa da quella prevista dal punto n. 4 dell'accordo interconfederale.

Più complicata è l'ipotesi delle r.s.a. previste dall'art. 19 dello Statuto, che sono di pura nomina o designazione sindacale e dunque, anche nel caso risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali, potrebbero avere una rappresentatività assai ridotta dei lavoratori. In particolare, se la percentuale del numero degli iscritti ai sindacati costituenti le r.s.a. è bassa rispetto al numero complessivo dei dipendenti, un accordo approvato dalla “maggioranza delle r.s.a.” non è necessariamente approvato dalla “maggioranza dei lavoratori” dell'impresa.

E' per questo motivo che nell'accordo interconfederale i contratti approvati dalle r.s.a. destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali, devono essere sottoposti al voto dei lavoratori a seguito della richiesta avanzata da almeno un'organizzazione sindacale firmataria dell'accordo o da almeno il trenta per cento dei lavoratori dell'impresa e sono approvati – secondo una normativa evocante il *referendum* dell'art. 75 Cost. - se partecipa alla votazione la maggioranza degli aventi diritto e se a favore si esprime la maggioranza semplice dei votanti.

dell'ordinamento sindacale”. Invece, ai fini extra-aziendali, le associazioni sindacali rappresentative sono qualificate essenzialmente, oltre che dall'effettività dell'azione sindacale, dalla loro articolazione a livello nazionale e dai caratteri di intercategoriale e pluricategoriale.

⁷⁴ Cfr. MARESCA, *op. cit.*; MARAZZA, *op. cit.*; DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*; CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, *cit.*, par. n. 4, il quale peraltro rileva che essendo l'accordo limitato al settore industriale si dovrebbe presumere che sia esteso *ex lege* al di fuori del settore originario col rischio di porsi in conflitto con l'art. 39, 1° comma Cost.: PERULLI e SCARPELLI, *op.cit.*, par. n.6, secondo cui la formulazione letterale della legge prevede che siano comunque le parti sociali a definire il criterio maggioritario, il quale potrebbe essere anche diverso da quello determinato dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Il che avvalga la tesi che la contrattazione aziendale posta in essere dalle r.s.a., di nomina delle organizzazioni sindacali - a differenza di quella delle r.s.u., che sono organismi eletti dai lavoratori – goda di una presunzione di consenso solo relativa e dunque possa venire sottoposta ad una successiva validazione da parte dei lavoratori dissenzienti⁷⁵. Peraltro, nell'accordo interconfederale, come si è esattamente osservato, l'operatività della regola democratica per le r.s.u. è “necessaria e spostata a monte”, mentre per le r.s.a. è “eventuale e spostata a valle”⁷⁶, nel senso che la mancanza di dissenso è considerata equivalente all'adesione unanime dei lavoratori alla negoziazione aziendale.

A questo punto sorge il dubbio che la determinazione del “criterio maggioritario” effettuata sia col rinvio all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, sia a maggior ragione col riferimento alla maggioranza del numero delle r.s.a. operanti in azienda - non sia rispettosa del principio di legittimazione democratica che, come già si è detto, appare requisito indispensabile, ai sensi del 4° comma dell'art. 39 Cost., al fine di stipulare contratti validi *erga omnes* anche a livello aziendale.

Infatti, in ambedue le ipotesi, il contratto sottoscritto dalle r.s.a. sarebbe abilitato a disporre di interessi e di diritti di terzi, i quali potrebbero non avere avuto alcuna voce al tavolo della contrattazione. Per acquisire una patente di democraticità, il contratto aziendale dovrebbe semmai essere preventivamente sottoposto a *referendum* ed approvato dalla maggioranza dei lavoratori presenti in azienda.

Alcuni ulteriori considerazioni possono suffragare il risultato cui si è pervenuti.

Anzitutto, la problematica del rapporto fra la base dei lavoratori e gli organismi di rappresentanza non viene ignorato dalla Consulta, la quale nella sentenza n. 30 del 1990 segnala che la rappresentatività deve essere espressa sulla base di “regole ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato” al fine di garantire una più piena attuazione in materia dei principi costituzionali.

Merita poi ricordare che già il protocollo del 3 luglio 1993 auspica un intervento legislativo finalizzato ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali espressione della “maggioranza dei lavoratori”, nonché all'eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi.

⁷⁵ Cfr. ROMAGNOLI, L'ambiguo compromesso del 28 giugno, in www.eguaglianzaelibertà.it, 2011.

⁷⁶ Cfr. CARINCI, L'accordo interconfederale del 28 giugno.

Infine, lo stesso art. 8, al 3° comma, prevede che i contratti aziendali stipulati prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 acquisiscano efficacia *erga omnes*, se approvati dalla "maggioranza dei lavoratori". Pur tenendo conto della finalità della norma diretta a sanare la pregressa esperienza Fiat, appare incongruo che il legislatore, in presenza di un mero *discrimen* temporale, possa adottare due diversi criteri – il criterio maggioritario riferito ai lavoratori ovvero alle r.s.a. – senza violare il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost..

Diverso è il caso delle r.s.u., che sono organi collegiali eletti a scrutinio segreto da tutti i lavoratori, sicchè la misurazione della maggioranza appare immediata ed esprime il voto di tutti i lavoratori dell'azienda.

In realtà, anche in tale ipotesi permangono dubbi sul rispetto del principio maggioritario, in considerazione del fatto che le r.s.u. - a differenza che nel lavoro pubblico dove sono di composizione esclusivamente elettiva e dunque espressione autentica della base dei lavoratori - secondo le regole interconfederali vigenti dell'accordo del 20 dicembre 1993 prevedono un terzo dei membri "riservato", cioè designato da parte delle organizzazioni stipulanti il contratto nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva⁷⁷. La formula compromissoria concilia nello stesso organismo la funzione di rappresentanza sia di tutti i lavoratori dell'impresa, sia dei lavoratori iscritti all'associazione sindacale, come dimostra il sostanziale avallo che la giurisprudenza è solita dare ai risultati di questa contrattazione.

7. Il complesso rapporto fra l'art. 8 e l'accordo del 28 giugno 2011: gli aspetti ignorati dell'efficacia soggettiva del contratto nazionale di categoria e dell'efficacia delle clausole di tregua sindacale.

Già più volte si è paragonato l'art. 8 della legge n. 148 del 2010 con l'accordo interconfederale del 28 giugno dello stesso anno, che ha ristabilito il principio di unità di azione fra i sindacati confederali CGIL, CISL e UIL⁷⁸.

In una prospettiva di raffronto complessivo, sembra evidente che l'accordo - anche se richiamato espressamente dal legislatore al 1° comma dell'art. 8 - in realtà viene per alcuni aspetti ignorato e per altri in gran parte disatteso.

Del tutto ignorato è il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali.

⁷⁷ Cfr. ROMAGNOLI, *op. cit.*

⁷⁸ Per un'approfondita analisi dell'accordo cfr. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno, cit.*

L'accordo interconfederale prevede un meccanismo di certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale analogo a quello vigente nel settore pubblico privatizzato. Si accede al tavolo contrattuale se si supera la soglia del 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo, soglia che viene calcolata in modo ponderato dal CNEL sulla base dei dati associativi riferiti alle deleghe dei lavoratori per i contributi sindacali certificati dall'INPS ed i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle r.s.u. da rinnovare ogni triennio.

Tuttavia, nel settore pubblico è prevista per legge un'efficacia generalizzata del contratto, qualora esso sia sottoscritto dalle organizzazioni sindacali che rappresentino nel loro complesso almeno il 51% come media fra dato associativo e dato elettorale nell'area contrattuale o almeno il 60% del dato elettorale nello stesso ambito. Invece, nel settore privato non è indicata alcuna soglia per la stipulazione del contratto di categoria, sicchè non si possono escludere contratti stipulati anche da sindacati minoritari ed eventualmente sostitutivi di precedenti stipulati da una coalizione maggioritaria, come già avvenuto nel settore metalmeccanico⁷⁹.

Inoltre, la clausola contrattuale contenuta nell'accordo interconfederale - secondo cui "il contratto collettivo di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi per tutti i lavoratori del settore ovunque impegnati nel territorio nazionale" - non è assolutamente in grado di attribuire al contratto nazionale un'automatica efficacia *erga omnes*. La mancata attuazione dell'art. 39, 4° comma Cost. impedisce siffatto esito.

In argomento si devono dunque necessariamente richiamare i tradizionali orientamenti interpretativi della giurisprudenza, anche se non è escluso che quest'ultima in futuro possa ritenere che la contrattazione collettiva di categoria realizzata secondo i parametri di rappresentatività numerica stabilite dall'accordo del giugno 2011 – una volta resi operativi - sia individuata come il referente per la determinazione della giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. o per la legislazione di rinvio⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. ICHINO, *Si apre una nuova stagione delle relazioni industriali*, in *lavoce*, 29 giugno 2011. V. anche CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno*, cit., par. n. 3, secondo cui "non risulta esclusa né l'ipotesi di un contratto minoritario, considerato efficace da chi l'ha sottoscritto, né quella di un contratto maggioritario, ritenuto inefficace da chi non l'ha sottoscritto"

⁸⁰ Cfr. in quest'ultimo senso CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno*, cit., par. n. 3.

Come è noto, il problema dell'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo nei confronti dei lavoratori non iscritti alle associazioni stipulanti, di fatto non è avvertito nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva sia acquisitiva di benefici.

Diventa invece rilevante, qualora tale negoziazione sia ablativa, anche se i già ricordati interventi della Consulta hanno "sdrammatizzato" alcune situazioni tipiche, quali quelle riferibili ai contratti gestionali, o agli accordi sindacali sull'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei servizi essenziali o alle negoziazioni in deroga autorizzate dalla legge in funzione di interessi generali.

Di nuovo, la mancata attuazione dell'art. 39, 4° comma Cost. si ripropone in tutta la sua drammaticità in presenza di un sistema di relazioni industriali non caratterizzato dal dato dell'unità di azione sindacale.

E' quanto accaduto, come è noto, quando la Confindustria ha firmato nel 2008 un contratto con Fiom, Fim e Uilm e nel 2009 un altro contratto separato con Fim e Uilm, che è stato peraltro applicato a tutti i lavoratori prima della scadenza del contratto del 2008.

Ne è scaturito un contenzioso. Su ricorso della Fiom, il giudice di merito ha stabilito che le aziende metalmeccaniche possono applicare il contratto del 2009 solo ai lavoratori iscritti alle associazioni sindacali stipulanti. Le stesse imprese devono invece applicare nei confronti degli iscritti alla Fiom il contratto stipulato nel 2008 fino alla sua naturale scadenza⁸¹; inoltre devono chiedere ai lavoratori non iscritti a nessun sindacato di scegliere fra i due diversi contratti collettivi⁸².

L'indebolimento dell'unità di azione fra i sindacati comparativamente più rappresentativi potrebbe condurre alla stipulazione di contratti collettivi nazionali separati che in prospettiva prevedano anche retribuzioni minime diverse, ponendo in difficoltà l'orientamento giurisprudenziale che alla contrattazione ricorre per stabilire i parametri della sufficienza ed adeguatezza richiesti dall'art. 36 Cost..

L'art. 8 non interviene direttamente neppure sull'altra importante problematica affrontata dall'accordo: l'efficacia delle clausole di tregua sindacale, le quali consistono nell'impegno assunto dal sindacato stipulante a non ricorrere ad azioni di sciopero durante

⁸¹ Cfr., ad esempio, Trib. Torino 18 aprile 2011, n. 2863, in *Guida al lavoro*, 2011, n. 18, 12; Trib. Modena 22 aprile 2011, *ibidem*, 2011, n. 19, 19; Trib. Torino 20 maggio 2011, in www.adapt.it/Bollettino.Adapt/Speciale/3agosto2011n.48; Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, in www.adapt.it/Bollettino.Adapt/Speciale/20giugno2011n32.

⁸² Cfr. Cfr. Trib. Modena 22 aprile 2011, *cit.*. In senso difforme cfr. Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011, in www.adapt.it/Bollettino.Adapt/Speciale/3agosto2011n.48, secondo cui occorre verificare se vi è adesione implicita da parte dei lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti.

la vigenza del contratto collettivo e su materie già regolate dallo stesso (cosiddetto *obbligo relativo di pace sindacale*). Infatti, tali clausole non sono comprese nell'elenco delle materie contenute nel 2° comma dell'art. 8, né la legge introduce un vincolo a carico dei soggetti collettivi⁸³.

Secondo il testo dell'accordo interconfederale, le clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali firmatarie dell'accordo operanti all'interno dell'azienda e per le associazioni stipulanti l'intesa interconfederale, non già invece per i singoli lavoratori.

In altre parole, l'accordo si conforma all'orientamento dominante in dottrina che il diritto di sciopero abbia titolarità individuale e che non esista un dovere di pace implicito connesso alla vigenza del contratto, sicché eventuali clausole di tregua sindacale non siano idonee a limitare il diritto dei singoli lavoratori a porre in essere azioni di sciopero⁸⁴.

8. Le diverse opzioni dell'accordo interconfederale e dell'art. 8 in tema di contrattazione aziendale e territoriale. L'effetto di ricaduta dell'art. 8 sulle dinamiche sindacali.

Notevoli discrepanze fra l'accordo interconfederale e l'art. 8 sussistono, come già si è in gran parte osservato, in tema di disciplina della cosiddetta contrattazione di prossimità⁸⁵.

Anzitutto va rilevato che quest'ultima nel precetto di legge presenta la duplice fattispecie della contrattazione territoriale ed aziendale, mentre nell'accordo solo la fattispecie della negoziazione aziendale.

In secondo luogo, nella disciplina legale sparisce la distinzione fra contratti in deroga e contratti non in deroga al contratto nazionale e soprattutto ogni ipotesi di collegamento fra i due livelli contrattuali. In particolare, i contratti aziendali in deroga possono essere stipulati anche al di fuori delle indicazioni e procedure previste dai contratti nazionali e comunque, in mancanza di questi, le rappresentanze sindacali operanti in azienda - r.s.a. o r.s.u. - non devono agire di intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria firmatarie dell'accordo stesso.

⁸³ Cfr. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*; CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, *cit.*, par. n. 6.

⁸⁴ In senso critico v. ROMAGNOLI, *op. cit.*, secondo cui l'accordo presuppone dunque come normale "lo scollamento tra la logica del comportamento dell'organizzazione e la dinamica degli interessi reali". Cfr. anche CARINCI, *L'accordo interconfederale*, *cit.*, par. n. 6, che parla di clausola prevedibile, ma eccessiva.

⁸⁵ In argomento v. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 11.

Gli accordi aziendali derogatori *in pejus* sono poi funzionalizzati ad obiettivi assai più ampi dei due specifici ricordati dall'accordo, che rimanda esclusivamente alla gestione delle situazioni di crisi o alla presenza di investimenti significativi per lo sviluppo economico ed occupazionale.

La norma legislativa dispone poi che le rappresentanze sindacali operanti in azienda devono operare sulla base di un non chiarito "criterio maggioritario", che invece l'accordo interconfederale specifica nelle sue modalità applicative.

Inoltre differisce l'ambito di intervento della contrattazione aziendale, che nell'accordo – e non poteva essere altrimenti – può introdurre deroghe al contratto nazionale solo per gli istituti di origine contrattuale, nei limiti e con le procedure previste dai contratti nazionali, e in attesa di questi, per gli istituti contrattuali della prestazione lavorativa, degli orari, dell'organizzazione del lavoro. Invece, l'art. 8 introduce la possibilità di deroghe "alle disposizioni di legge... e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro" sulle materie "inerenti all'organizzazione di lavoro e della produzione" con riferimento ad una serie assai ampia di istituti, che coinvolgono la stessa "disciplina del rapporto di lavoro" e dunque non sembrano lasciare spazio a residue aree intangibili del diritto del lavoro, se non con riferimento agli "sbarramenti" derivanti dalle fonti gerarchicamente superiori alla legge ordinaria.

Infine, solo l'art. 8 e non già il punto n. 4 dell'accordo è in grado di riconoscere una compiuta efficacia generalizzata al contratto aziendale, rendendolo valido anche nei confronti dei lavoratori iscritti a sindacati diversi da quelli delle associazioni firmatarie dell'accordo o dei lavoratori non sindacalizzati⁸⁶.

Il dubbio se le organizzazioni sindacali che hanno siglato l'accordo interconfederale intendano attenersi allo stesso – senza mettere in pericolo la raggiunta unità di azione – ovvero aspirino ad usufruire degli ulteriori più dilatati spazi offerti dal legislatore, è stato chiarito dalle stesse.

Infatti, in data 21 settembre 2011 la Confindustria e i sindacati CGIL, CISL e UIL hanno ratificato l'accordo del 28 giugno, al quale è stato aggiunto in calce la seguente intesa applicativa: "Confindustria, CGIL, CISL e UIL concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente Confindustria, CGIL, CISL e UIL si impegnano ad attenersi all'accordo

⁸⁶ Cfr. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*

interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale”.

E' vero che la formulazione letterale di tale postilla non autorizza necessariamente a ritenere che le parti sociali sul piano giuridico abbiano rinunciato ad avvalersi delle facoltà attribuite dall'art. 8, ma lascia spazio alla più neutra interpretazione che esse intendono solo ribadire la loro autonomia e si impegnano a fare rispettare a tutti i livelli l'accordo interconfederale del 28 giugno⁸⁷. Tuttavia, l'indagine sulla comune intenzione delle parti - valutata anche alla luce del loro comportamento complessivo sia precedente che successivo all'accordo - sembra portare invece alla conclusione che esse intendono neutralizzare l'operatività dell'art. 8.

L'operazione di *self-restraint* - che vale ovviamente per le sole associazioni sindacali firmatarie dell'accordo - ha effetti di ricaduta importanti.

In particolare, la contrattazione nazionale riprende la sua funzione normativa rispetto alla contrattazione aziendale, soggetta ai vincoli posti dalla prima, che, come si è visto, sono più restrittivi di quelli dell'art. 8, con riferimento agli agenti stipulanti, alle procedure e alle materie oggetto di deroga *in pejus*. Non solo rimane inalterato il rapporto fra i due livelli di contrattazione, ma non cambia nemmeno il sistema di equilibrio fra legge e contratto collettivo, dato che quest'ultimo nell'accordo interconfederale non modifica i precetti di legge.

L'uscita dalla Confindustria della Fiat a partire dal 1° gennaio 2012, come è noto, trae proprio motivo dalla convinzione dell'azienda che la postilla del 21 settembre 2011 abbia limitato la flessibilità concessa dall'art. 8.

Se le organizzazioni sindacali hanno assunto un atteggiamento di sostanziale rifiuto della responsabilità loro attribuita dal legislatore, tuttavia hanno conseguito l'importante risultato che comunque la contrattazione aziendale stipulata secondo le modalità previste

⁸⁷ Cfr. PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 12, i quali dunque rilevano che “dal punto di vista giuridico non è possibile desumere dal testo aggiunto una inibizione a usare le (imponenti) risorse normative attribuite alle oo.ss. dall'art. 8 della legge 148/20011”. Nel senso che l'intesa del 21 settembre non limiti le potenzialità di applicazione dell'art. 8, in quanto vi sarebbe una perfetta ed automatica coincidenza di oggetto e campo di applicazione fra la norma legislativa e l'accordo interconfederale, cfr. ICHINO, *Libero: quanto costa alla Fiat l'errore della rottura con Confindustria in questo momento*, intervista per *Libero* del 7 ottobre 2011; ID., *ADN KRONOS: che cosa significa l'uscita di Fiat da Confindustria*, intervista per *Agenzia di stampa Adn-Kronos* del 3 ottobre 2011

dall'accordo interconfederale del 28 giugno avrà quell'effettiva efficacia *erga omnes*, che solo la legge può ad essa conferire.

E' poi chiaro che qualora l'impegno a non utilizzare la facoltà di deroga oltre i limiti stabiliti dall'accordo – che rientra nella cosiddetta parte obbligatoria dello stesso - venisse violato da una delle associazioni firmatarie, il contratto aziendale in deroga produrrebbe comunque i suoi effetti nei confronti dei lavoratori dell'impresa, se posto in essere secondo le modalità stabilite dalla legge⁸⁸.

Infine, occorre rilevare che l'accordo interconfederale vincola Confindustria da un lato e CGIL, CISL e UIL dall'altro. Pertanto, l'autorizzazione conferita dall'art. 8 ai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale a stipulare specifiche intese in deroga alla legge – che dovranno poi essere recepite dalle rappresentanze sindacali interne all'azienda ai fini di acquisire efficacia *ultra partes* - lascia spazio di intervento ad associazioni datoriali diverse dalla Confindustria, come sono quelle degli artigiani o dei commercianti, e ad associazioni sindacali diverse da CGIL, CISL e UIL.

9. I commi 3 e 3-bis dell'art. 8: il riferimento agli accordi Fiat e alle Ferrovie dello stato.

A differenza di quanto stabilito dall'accordo interconfederale – che al punto n. 7 fa riferimento a futuri contratti aziendali e dunque non ha efficacia retroattiva - l'art. 8, 3° comma prevede che “le disposizioni contenute nei contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 fra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto si riferisce, a condizione che esso sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori” (comma 3).

La norma “fotografa” il caso Fiat⁸⁹.

Come è noto, al fine di stipulare accordi derogativi rispetto al contratto nazionale dei metalmeccanici – costruito per una categoria molto ampia ed eterogenea - la Fiat ha scorporato e resi autonomi gli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori, riconducendoli a

⁸⁸ Cfr. anche PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, par. n. 12.

⁸⁹ Cfr. MAGNANI, *op.cit.*. Per una ricostruzione puntuale della vicenda Fiat si rimanda a CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *Arg. dir.lav.*, 2011, 11 ss. e come introduzione al volume *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, a cura di F. Carinci, Milano, 2011; ID., *Al capezzale del sistema contrattuale*, *cit.*, par. n. 1.

società per azioni, ed ha revocato la delega a rappresentarla in tali stabilimenti all'associazione datoriale Federmeccanica.

Con accordi aziendali del 15 giugno e poi 29 dicembre 2010 per lo stabilimento di Pomigliano e del 23 dicembre 2010 per lo stabilimento di Mirafiori, la Fiat ha sottoscritto coi rappresentanti delle associazioni sindacali nazionali e provinciali dei lavoratori, ad eccezione della Fiom-GGIL, clausole derogative *in pejus* del contratto collettivo nazionale – salvo che con riferimento ai minimi tabellari, agli aumenti periodici di anzianità e ai diritti derivanti da norme inderogabili di legge - al fine di creare condizioni utili a nuovi investimenti.

Si tratta di norme destinate ad incrementare la produttività - in tema di straordinari, pause, assenteismo, organizzazione del lavoro per turni - con conseguenti clausole sanzionatorie per il mancato rispetto dell'accordo al fine di dare certezza di esigibilità agli obblighi fra le parti. Dato che la mancata partecipazione della Fiom CGIL non garantiva la loro sottoscrizione da parte delle r.s.u, tali accordi sono stati sottoposti al *referendum* dei lavoratori dei due stabilimenti, con esito positivo.

Negli stabilimenti Fiat si è dunque passati dal modello dell'*industrial agreement* a doppio livello – nazionale ed aziendale - al *company agreement* monolivello, sottoscritto peraltro dai sindacati nazionali di categoria dei lavoratori. In secondo luogo, le rappresentanze sindacali unitarie (r.s.u.) sono state sostituite dalle rappresentanze sindacali aziendali (r.s.a.) previste dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, cioè da rappresentanze designate dai sindacati firmatari degli accordi applicati nell'unità produttiva. Il che ha escluso la possibilità della Fiom CGIL, in quanto non firmataria di alcun accordo applicato nell'unità produttiva, di fare parte delle r.s.a. e di godere del regime promozionale ad esse connesso dal titolo III dello Statuto dei lavoratori.

A prescindere dalla legittimità del comportamento Fiat - sul quale si è pronunciata la giurisprudenza di merito⁹⁰ - si pone il problema di verificare la tenuta dell'art. 8, 3° comma in punto di conformità sia rispetto all'art. 3 Cost.. Infatti, la norma conferisce efficacia *erga omnes* a contratti caratterizzati da un mero elemento cronologico, stipulati sì col rispetto del principio di democrazia sindacale - cioè approvati con votazione a maggioranza dei

⁹⁰ Cfr. Trib. Torino 15 settembre 2011, in www.tribunale.torino.it che ha ritenuto legittimo il contratto collettivo di secondo livello del 17 dicembre 2011 stipulato da Fabbrica Italia Pomigliano con le organizzazioni territoriali sindacali di CISL e UIL, mentre ha riconosciuto come comportamento antisindacale l'estromissione dal sito di Pomigliano delle r.s.a. della Fiom-CGIL. Per un ampio commento della sentenza si rimanda a CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., par. n. 2.

lavoratori dipendenti - ma senza le limitazioni inerenti agli agenti contrattuali, alle materie e alle finalità specificate dall'art. 8, 1° e 2° comma⁹¹.

Un'ulteriore “fotografia”, questa volta con riferimento alle Ferrovie dello stato, è contenuta nel comma 3-*bis* dell'art. 8, che modifica l'art. 36 del d.lgs. n. 188 del 2003 nel modo seguente: “le imprese ferroviarie e le associazioni internazionali di imprese ferroviarie che espletano sull'infrastruttura ferroviaria nazionale servizi di trasporto di merci o di persone osservano...la legislazione nazionale, regionale, la normativa regolamentare ed i contratti collettivi nazionali di settore compatibili con la legislazione comunitaria e applicati...”.

In altre parole, si vincola il settore ferroviario all'applicazione della contrattazione collettiva nazionale di categoria con riferimento alle condizioni di lavoro del personale e soprattutto si vieta alle imprese concorrenti con le Ferrovie statali di applicare discipline diverse da quelle del contratto stesso.

La contraddizione di questo comma con gli altri commi dell'art. 8 - che valorizzano il contratto aziendale come il nuovo baricentro della contrattazione collettiva - è palese e addirittura imbarazzante.

Ciò che colpisce nella norma è altresì il suo profilo di probabile incostituzionalità.

Infatti, in virtù del principio di libertà sindacale, sono le associazioni stipulanti a determinare l'ambito della categoria alla quale si riferisce la negoziazione collettiva, dovendosi ritenere inapplicabile agli attuali contratti collettivi di diritto comune l'art. 2070 c.c. e l'individuazione del contratto collettivo applicabile va effettuata unicamente sulla base dell'adesione delle parti alle associazioni stipulanti⁹². Come specifica ulteriormente la giurisprudenza della Suprema corte in ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo proprio di un “settore” non corrispondente all'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.*⁹³.

Gli ulteriori elementi di incertezza che l'art. 3-*bis* aggiunge a quelli numerosi già evidenziati nei precedenti commi della norma in esame conferma la tesi - espressa all'inizio

⁹¹ Cfr. SENATORI, *op. cit.*

⁹² Cfr. Cass. S.U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Guida al diritto*, 1997, n. 22.

⁹³ Cfr. Cass. 13 novembre 1999, n. 12608, in *Mass. giust. civ.*, 1999, 2245; Cass. 5 novembre 1999, n. 12345, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2000, n. 3, 82; Cass. 29 luglio 2000, n. 10002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 395; Cass. 19 gennaio 2006, n. 955, in *Guida al lavoro*, 2006, n. 13, 44; Cass. 8 maggio 2008, n. 11372, in *Lav. giur.*, 2008, n. 10, 1059; Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, *ivi*, 2009, n. 41, 47.

di questo lavoro - che la concreta funzionalità dell'art. 8 sia sostanzialmente affidata alla futura opera interpretativa della giurisprudenza con conseguenti larghi margini di imprevedibilità degli esiti.

L'EFFICACIA SOGGETTIVA DEL CONTRATTO COLLETTIVO*

Giuseppe Ferraro

Università degli Studi di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del sistema di relazioni industriali post Statuto. – 2. Il processo di interazione legge-contratto collettivo. – 3. L'efficacia soggettiva del contratto aziendale. – 4. Il ruolo della Corte Costituzionale. 5. Il contratto collettivo come fonte eteronoma. – 6. Le ambiguità della giurisprudenza. – 7. La crisi del sistema nella stagione degli “accordi separati”. – 8. L'accordo interconfederale del giugno 2011 e l'efficacia degli accordi aziendali. – 9. L'efficacia generale della contrattazione collettiva nazionale di categoria. – 10. L'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, sulla contrattazione collettiva di prossimità. – 11. I principali interrogativi suscitati dalla recente riforma. – 12. Le implicazioni sulla legislazione del lavoro. – 13. Le implicazioni sul sistema di relazioni industriali. – 14. L'efficacia erga omnes del contratto di prossimità e i connessi profili di costituzionalità. – 15. Brevi rilievi conclusivi.

1. L'evoluzione del sistema di relazioni industriali post Statuto

Vorrei chiarire subito che mi sono assunto la responsabilità, non senza qualche lieve forzatura, di interpretare il titolo della relazione orientando l'attenzione prevalentemente sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo: e ciò non solo perché mi sembra il tema di maggiore interesse e attualità alla luce delle più recenti novità legislative, ma anche perché costituisce l'ottica più feconda per affrontare le problematiche evocate dal titolo del Convegno. D'altro canto sul tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo si è maggiormente concentrata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sin dalle origini dell'istituto, in ordine al quale interventi legislativi spesso rapsodici e disordinati si intrecciano con i processi interpretativi della giurisprudenza, a volte creativi, a volte riproposti in modo quasi inerziale.

* Relazione presentata al Convegno Nazionale organizzato dall'AGI a Napoli il 28/29 ottobre 2011, su *Diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria*. Il Saggio è in corso di pubblicazione, con alcune modifiche, sulla *Rivista Giuridica del Lavoro*.

Brevi cenni vanno dedicati all'antefatto, in termini telegrafici e meramente allusivi, ma indispensabili per comprendere da dove siamo partiti e dove siamo arrivati. Anche in questa sede non si può fare a meno di ricordare che la riflessione deve necessariamente prendere avvio dal testo costituzionale e dal modo in cui è stato recepito da una parte degli interpreti: mentre il comma 1 dell'art. 39 Cost. ha costituito il pilastro del nostro sistema sindacale, i commi 2-4, fortemente impregnati di una logica statalistica influenzata dall'esperienza corporativa, hanno egualmente assolto un'utile *funzione ostruzionistica* nel precludere interventi legislativi di conformazione del sistema sindacale¹ così favorendone uno sviluppo spontaneo indubbiamente tra i più rigogliosi in Europa.

Senza volere indugiare su riflessioni in altre sedi diffusamente sviluppate, è sin troppo noto che un ruolo fondamentale è stato svolto dallo Statuto dei lavoratori che, sotto l'influenza di una originale dottrina sindacale², ha recepito un modello relazionale nei rapporti tra Stato e ordinamento sindacale di stampo pluralistico o pluri-ordinamentale. Di qui il ruolo strategico riconosciuto alle principali confederazioni sindacali maggiormente rappresentative, selezionate secondo indici non presuntivi, come spesso si dice, ma effettuali, in quanto oggettivamente verificabili, sulla base di vari parametri sociologici e quantitativi. Di qui pure la regolamentazione delle rappresentanze aziendali nei termini definiti dall'art. 19 dello Statuto: norma ispirata da un progetto ambizioso di sindacalizzazione o risindacalizzazione del mondo del lavoro dopo le intemperanze dello "autunno caldo", quale premessa organizzativa per estendere di fatto l'efficacia dell'attività contrattuale³.

Come in passato più volte rilevato, la formula della maggiore rappresentatività, sostanzialmente anodina e polisensa, assume significati precisi a seconda dei contesti normativi in cui viene adoperata. Essa, in particolare, assolve un valore ed una portata del tutto peculiari allorché, nell'art. 19 St. lav., viene riferita

¹ Di opinione contraria U. ROMAGNOLI (*Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialcittadinanza.org, 2011, pag. 2; ID., *È ora di attuare la costituzione del sindacato*, in *Eguaglianza & Libertà*, maggio 2011) che sembra recriminare sul disimpegno della dottrina su una possibile legge sindacale.

² È quasi banale il richiamo alle opere in materia di G. GIUGNI e F. MANCINI oltreché, con diversa impostazione, di G. PERA.

³ G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, Milano, 1985, sp. pag. 355 ss. Allo stesso grado rileva la regolazione di istituti collaterali quali il referendum e l'assemblea su cui v., anche per un'aggiornata bibliografia, F. BASENGHI, *Il referendum*, in *Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di Zoli in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci, I, Torino, 2007, II ed., pag. 1234.

al livello organizzativo confederale: a quel livello, infatti, la scelta tecnica si coniuga con una precisa scelta di politica del diritto, che presuppone un giudizio di valore circa l'idoneità di taluni grossi agglomerati sindacali a rendersi rappresentativi dell'intero movimento dei lavoratori, occupati o disoccupati che siano, ed a tutelarne in una visione complessiva e solidaristica gli interessi. Di qui una rappresentatività presunta o derivata di tutte quelle OO.SS. intermedie che sono affiliate alle principali confederazioni. Si tratta all'evidenza di un'opzione di principio che si innesta su una concezione pluralistica dell'ordinamento intersindacale e che presuppone un pieno riconoscimento del ruolo politico ed egemonico delle principali confederazioni sindacali, le quali, operando oltretutto in un regime di unità di azione, realmente si trovavano a rappresentare, nei diversi contesti, gli interessi della maggior parte dei lavoratori.

Su queste premesse istituzionali, la regolamentazione del sistema sindacale verrà quasi integralmente delegata agli *accordi interconfederali*, che periodicamente e con diversa fortuna interverranno *sia* per disciplinare gli assetti contrattuali ed i rapporti tra i vari livelli contrattuali, *sia* per la disciplina delle rappresentanze aziendali. Nel quadro descritto due accordi conservano un valore veramente "costitutivo" in quanto ancora consentono di delineare i tratti del nostro sistema di relazioni sindacali: e cioè il Protocollo del 23 luglio 1993 tra Cgil, Cisl, Uil, Confindustria e Governo sugli assetti contrattuali e l'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 sulla costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie. Si tratta di due documenti in qualche modo interdipendenti, o che comunque hanno una forte coerenza interna, in quanto il *primo* è un vero e proprio testo sulla produzione normativa che definisce un sistema organico ed articolato di relazioni industriali sviluppato su diversi livelli di negoziazione, e il *secondo* introduce una rappresentanza aziendale di carattere elettivo e unitario, favorendo così l'integrazione dei lavoratori non sindacalizzati nei processi operativi e regolativi dei principali sindacati⁴.

Sull'assetto descritto ha indubbiamente svolto un ruolo destabilizzante il referendum del 1995, che, abrogando una parte fondamentale dell'art. 19, ci ha consegnato una norma asfittica e inconsapevole, che la Corte Costituzionale, con la famosa sentenza n.

⁴ La validità di quella formula, che punta sul modello organizzativo adottato a livello aziendale per favorire naturali processi diffusivi dell'attività negoziale, è confermata dalla sua attualità essendo stata riproposta nell'accordo del giugno del 2011 (v. *infra*) quale soluzione tecnico-giuridica espressiva di una ritrovata unità di intenti delle principali confederazioni.

244 del 12 luglio 1996, ha troppo frettolosamente avallato⁵. Ciò nondimeno si può ritenere che il sistema “reale” di relazioni sindacali non abbia risentito contraccolpi significativi per effetto di quella mutilazione, essendosi ormai radicato e consolidato, specie attraverso la funzione regolamentare costantemente espletata dai principali contratti collettivi di categoria⁶.

Ed invero, l'esito referendario ha eliminato il riferimento alla confederazione maggiormente rappresentativa quale tecnica di qualificazione della rappresentatività dei sindacati nazionali, e ha inciso sui criteri selettivi delle RSA, alterando il nesso di collegamento organico tra le rappresentanze aziendali e i sindacati di categoria maggiormente rappresentativi, ma non ha interferito in termini generali sulla tecnica legislativa imperniata sul criterio selettivo della maggiore rappresentatività, che anzi ha registrato una crescita esponenziale nella successiva legislazione del lavoro (sia pure, in una seconda fase, incentrata sulla formula del “*sindacato comparativamente più rappresentativo*”)⁷.

2. Il processo di interazione legge-contratto collettivo

Su queste premesse istituzionali si è venuto a realizzare un processo intenso di interazione tra legislazione e contrattazione collettiva attraverso tecniche e procedure in parte differenziate, che pure presentano alcuni elementi costanti e in quanto tali qualificanti⁸. A voler molto semplificare, *in primo luogo* il legislatore ha rinviato alla

⁵ Per una lettura critica della sentenza v. G. FERRARO e M.M. MUTARELLI, *Rappresentanze sindacali in azienda*, in P. LAMBERTUCCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Milano, 2010, pag. 616, e ivi ulteriore bibliografia.

⁶ Come più volte argomentato, la scelta originaria del legislatore si inquadra in una logica promozionale definita *in apicibus* in quanto ispirata dalle ideologie del pluralismo ordinamentale, che tradotte sul piano sindacale, riflettevano la volontà dell'ordinamento generale di recepire e valorizzare i processi reali registrati nel mondo sindacale senza interferenze manipolatrici. Da allora molta acqua è passata sotto i ponti e, ciò che più rileva, si è profondamente trasfigurato il rapporto tra lo Stato e i sindacati. La parabola iniziata con lo Statuto dei Lavoratori ha raggiunto il suo apice con il protocollo del 23 luglio 1993 e con l'accordo-quadro sulle rappresentanze sindacali unitarie dello stesso anno, che facevano parte di un disegno organico di complessa compenetrazione tra le fonti legali e quelle contrattuali, per poi iniziare una graduale discesa già alla fine degli anni '90 con il cd. patto di Natale del 1998 (Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione del 22 dicembre 1998), molto pretenzioso ma rimasto sostanzialmente ai margini della dinamica sindacale. Dopodiché quel disegno si è sempre più offuscato ed è entrato in crisi con i vari Governi di centro-destra.

⁷ Ciò è stato, almeno in parte, il riflesso di un processo reale che ha visto ridimensionato il peso delle principali centrali sindacali, che avevano assunto un ruolo politico-istituzionale nell'ambito dei grandi accordi concertativi, controbilanciato da un rafforzamento dei sindacati di categoria su cui si è andata concentrando l'attenzione del legislatore.

⁸ V. da ultimo, nell'ampia bibliografia, C. ZOLI, *Il contratto collettivo*, in M. Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, 2011, pag. 493 ss., il quale individua quattro figure contrattuali: il contratto normativo, quello gestionale, l'accordo regolativo del conflitto, e il contratto delegato destinato a svolgere funzioni promiscue

contrattazione collettiva nazionale in funzione di integrazione (*melius* completamento, autorizzazione o deroga) dei provvedimenti legislativi nella prospettiva di definire una regolamentazione di carattere generale e uniforme, con connotazioni peculiari relative ad alcuni settori produttivi e aree merceologiche. In questi casi è evidente che la contrattazione collettiva assume una *funzione regolamentare complementare* che si integra con le disposizioni legislative che la richiamano in un equilibrio spesso inestricabile⁹. Sul punto particolarmente eloquente sono gli interventi in materia di orario di lavoro (durata, flessibilità, pause, lavoro straordinario, notturno, etc.) e di contratti flessibili, con particolare riferimento alla regolamentazione del contratto a termine e di quello a tempo parziale, che potrebbe essere assunta a utile esemplificazione di tutte le varianti regolative utilizzate dal legislatore.

In una seconda direttrice, la legislazione rinvia alla contrattazione collettiva, e segnatamente a quella aziendale, per disciplinare situazioni lavorative solitamente connesse a condizioni di crisi, ristrutturazione e trasformazione aziendale, consentendo ampi margini di adeguamento alla specifica realtà produttiva¹⁰. Su questo terreno vengono contemplate le deroghe più incisive alla legislazione protettiva, sia pure rigorosamente delimitate sul piano dei soggetti legittimati e delle materie e quindi dei

(derogatoria, autorizzatoria, integrativa e qualificatoria). Per simili classificazioni v. pure G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella stagione della flessibilità*, in *GDLRI*, 1986, pag. 667.

⁹ Gli esempi in materia potrebbero essere molteplici basterebbe richiamare gli artt. 1, comma 4, e 5, comma 2, della legge n. 903/1977, che attribuiscono al contratto collettivo la facoltà di escludere le donne dallo svolgimento di mansioni particolarmente pesanti ovvero di rimuovere il divieto di lavoro notturno femminile nelle aziende manifatturiere; l'art. 1 della legge n. 297/1982, che assegna ai contratti collettivi la facoltà di stabilire in termini derogatori, i criteri di determinazione della retribuzione utile ai fini del calcolo del TFR; l'art. 23, legge n. 56/1987, che consente ai contratti collettivi di individuare nuove ipotesi di lavoro a termine e di definire la percentuale dei lavoratori che possono essere impiegati con tale tipologia contrattuale rispetto al complessivo organico aziendale; gli artt. 2 e 6, legge n. 190/1985, che riconoscono al contratto collettivo la facoltà di determinare i requisiti di appartenenza alla categoria legale dei quadri e di derogare parzialmente l'artt. 2103 c.c.; l'art. 2, comma 2, legge n. 146/1990, che assegna al contratto collettivo il compito di identificare le prestazioni minime indispensabili nell'ambito dei servizi pubblici essenziali; l'art. 6, comma 3, legge n. 359/1992, che attribuisce al contratto collettivo la facoltà di qualificare il servizio mensa come retribuzione in natura e di indicare eventualmente il valore monetario da prendere a riferimento per il calcolo degli istituti retributivi indiretti o differiti; l'art. 5, d.lgs. n. 66/2003, che attribuisce ai contratti collettivi la facoltà di disciplinare le modalità di erogazione del lavoro straordinario; gli artt. 11 e 13 dello stesso decreto in tema di lavoro notturno; ed ancora le molte disposizioni contenute nella riforma Biagi che contengono ampi rinvii all'autonomia collettiva in ordine alla conformazione delle tipologie contrattuali flessibili ed alle modalità di impiego dei lavoratori.

¹⁰ Vedi ad esempio gli artt. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori, che legittimano il contratto aziendale a introdurre impianti di controllo a distanza motivati da esigenze aziendali, ovvero a consentire visite di controllo all'uscita dei luoghi di lavoro; l'art. 1, legge n. 215/1978, che in caso di trasferimento di azienda in crisi consente al contratto collettivo di derogare alle garanzie prescritte dall'art. 2112 c.c.; gli artt. 1 e 2, legge n. 863/1984, sui contratti di solidarietà difensivi, che contemplano una riduzione dell'orario di lavoro al fine di evitare la riduzione del personale; l'art. 47, comma 5, legge n. 428/1990, che consente all'accordo collettivo in caso di crisi aziendale di disapplicare le garanzie connesse al trasferimento d'azienda; gli artt. 4, comma 11, e 5, comma 1, legge n. 223/1991, che consentono, *sia* di derogare alle disposizioni dell'art. 2103 c.c., *sia* di determinare i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità in deroga a quelli legali.

conseguenti margini di praticabilità¹¹. In questo ambito effettivamente il contratto perde una connotazione strettamente normativistica e si configura come uno *strumento di partecipazione alle scelte organizzative dell'imprenditore*.

In una terza categoria rientrano quei provvedimenti legislativi che indirettamente vincolano ad applicare il contratto collettivo in connessione con il conferimento di alcuni benefici, quali la fiscalizzazione degli oneri sociali e gli sgravi contributivi, ovvero in presenza di appalti e concessioni pubbliche¹². Si tratta delle cd. "clausole sociali" oggetto di controverse valutazioni da parte della Corte di Giustizia Europea (v. in part. la nota sentenza Rüffert). Qui l'obbligo è più stringente *di tipo parametrico* ancorché correlato all'interesse datoriale a usufruire dei benefici legali¹³.

Un meccanismo ibrido viene altresì riproposto con riferimento alla legislazione che promuove la *contrattazione territoriale* con diverse finalità, come nel caso dei contratti di riallineamento, con i quali si programma in sede negoziale un progressivo allineamento dei trattamenti economici e normativi a quelli vigenti nel settore, ovvero dei contratti di area o di distretto diretti ad attrarre nuovi investimenti ed incentivare determinate aree depresse.

Da un esame pur sommario della legislazione richiamata traspare che, nonostante la varietà delle formule adoperate, segnatamente per quanto concerne i soggetti negoziali e

¹¹ In questa categoria possono essere compresi anche i "contratti di produttività" che hanno in qualche misura anticipato i "contratti di prossimità" contemplando sgravi contributivi e riduzioni fiscali, e quindi deroghe al regime vigente, connesse alla stipulazione di accordi aziendali o territoriali. Può essere utile rilevare che il recentissimo art. 26, d.lgs. n. 98/2011, che proroga i benefici per i contratti di produttività, si riferisce a "*accordi o contratti collettivi aziendali o territoriali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale ivi compresi i contratti aziendali sottoscritti ai sensi dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011*", utilizzando la stessa formula poi adoperata dall'art. 8, legge n. 148/2011.

¹² Sul primo versante vedi l'art. 6, d.lgs. n. 338/1989, conv. in legge n. 389/1989, che ha concesso una riduzione del contributo dovuto dal datore di lavoro per le prestazioni del servizio sanitario nazionale subordinatamente alla corresponsione ai dipendenti di un trattamento economico "*non inferiore a quello stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*".

Ispirata da una logica più o meno affine è anche la disciplina contenuta principalmente nell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori che, in presenza di appalto di opere pubbliche o di concessione di agevolazioni finanziarie e/o creditizie, impone di inserire nei capitolati di appalto, ovvero nei provvedimenti concessori, la cd. clausola sociale, in virtù della quale l'appaltatore o il beneficiario sono tenuti ad applicare e fare applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro delle categoria o della zona.

¹³ E tuttavia le clausole sociali sono considerate compatibili con l'art. 39 Cost. perché non configurerebbero alcuna estensione generalizzata del contratto collettivo valendo questo come mero termine di raffronto per determinare i livelli retributivi e normativi che devono rispettare le imprese se intendono intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione (Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333). La clausola sociale non è altro che una condizione "*che deve essere apposta a un procedimento amministrativo ed attraverso la quale lo Stato persegue finalità sociali di tutela dei lavoratori*" (Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 226). La norma vincola la pubblica amministrazione e solo indirettamente il datore di lavoro in capo al quale configura perciò un onere e non un obbligo di rispettare il contratto collettivo (per tutti F. MANCINI, *Sub art. 36 Cost.*, in Ghezzi-Mancini-Montuschi-Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1972, pag. 547).

i livelli di contrattazione, ed anche indipendentemente dalle finalità perseguite dal legislatore, è possibile estrapolare alcuni elementi costanti, che rivelano una razionalità di fondo superiore a quella dai più ipotizzata (e ciò pure nella consapevolezza di occasionali deviazioni dai modelli *standard* sempre possibili all'interno di una produzione legislativa convulsa e spesso frettolosa)¹⁴.

Gli elementi comuni a tale legislazione sono rappresentati essenzialmente dalla selezione preventiva dei soggetti negoziali autorizzati a stipulare i contratti collettivi per così dire delegati. Selezione effettuata sulla base della maggiore rappresentatività declinata, *ora* a livello nazionale o territoriale, *ora* a livello aziendale, *ora* sulla base della combinazione di una rappresentatività multilivello. La formula originaria si è poi evoluta negli anni '80 in quella imperniata sul meccanismo dei "*sindacati comparativamente più rappresentativi*", che pure, come verrà messo in evidenza in seguito, presenta una portata più problematica e meno coerente rispetto al disegno complessivo in quanto tendenzialmente restrittiva dei soggetti implicati.

Il referente sindacale cambia in relazione alla dimensione soggettiva degli interessi tutelati ed alla funzione assegnata alla norma collettiva. Premesso che vengono per lo più privilegiate le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le predette figure si combinano con altre strutture associative mano a mano che la materia trattata assume rilevanza a livello decentrato. Peraltro non c'è una corrispondenza costante tra le strutture organizzative prescelte e il livello contrattuale: accordi aziendali possono essere rimessi anche alla competenza di organizzazioni nazionali o territoriali, anche se è alquanto difficile che siano in questi casi del tutto estromesse le rappresentanze aziendali. Qualche variante può sussistere in relazione all'attività negoziale di tipo derogatorio di disposizioni legali in quanto, essendo più impegnativa, richiede un maggior livello di consapevolezza e di responsabilizzazione.

Su questo comune denominatore, i contenuti legali vengono arricchiti da un'intensa produzione contrattuale che assume, almeno in via di fatto, una portata soggettiva sostanzialmente equivalente a quella delle disposizioni legislative deleganti. Si tratta evidentemente di una tecnica sussidiaria o meglio surrogatoria rispetto a quella prefigurata

¹⁴ *Contra* F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il Giudice, il Sindacato, il legislatore* (dattiloscritto), pag. 29, secondo cui la contrattazione delegata rivela l'assenza di qualsiasi sistematicità; ma v. pure P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *GDLRI*, 2009, 4, pag. 579, che si esprime in termini più possibilisti.

dal testo costituzionale, e tuttavia ritenuta per lo più ammissibile, *sia* dalla dottrina, *sia* dalla giurisprudenza in quanto fondata:

a) su una selezione tendenzialmente aperta e non preclusiva dei soggetti sindacali coinvolti, tale da consentire a tutti i sindacati, anche a quelli minoritari, di potere accedere *in progress* nella selezione legale;

b) su una preventiva delimitazione dell'oggetto della delega, che sottende una valutazione legale sulla specifica esigenza che determina il rinvio alla contrattazione collettiva, la quale viene così ad assolvere una funzione regolamentare di rilevanza pubblicistica equivalente a quella della norma delegante;

c) su un'integrazione del disposto legale e di quello contrattuale in un procedimento unitario, pure flessibile e variabile nel tempo.

Ed invero, con specifico riguardo all'efficacia soggettiva, gli accordi delegati assumono valenza generale in via di fatto e non di diritto, in virtù cioè dell'incorporazione del contenuto contrattuale nel procedimento regolativo disposto dal legislatore¹⁵. È del tutto significativo che le norme in questione non si soffermano mai a dichiarare l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi richiamati pur dando per intrinsecamente sottintesa un'efficacia ad ampio raggio. E ciò non solo per non incappare nei vincoli costituzionali, ma perché il meccanismo di integrazione dei contratti stipulati dai principali sindacati nell'ambito di una fattispecie legale non preclude la possibilità, almeno in via astratta, che siano stipulati contratti collettivi incidenti sulla stessa materia da parte di gruppi minoritari, che pure non sono suscettibili di assolvere analoga funzione regolamentare.

In tutte le ipotesi indicate, il contratto collettivo rileva non tanto come fattispecie dotata di effetti giuridici diretti e immediati su un determinato ambito di rapporti di lavoro, ma piuttosto come fonte di produzione normativa extra-statuale, che il legislatore utilizza, *ora* come dato parametrico di un trattamento equo e "di mercato", *ora* per la specificazione di trattamenti economici e normativi ritenuti più adeguati alla fattispecie da disciplinare, anche per la loro intrinseca duttilità

¹⁵ Come perfettamente precisato da L. MENGONI già negli anni 1980 (*Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, pag. 692 ss.), l'atto dell'autonomia collettiva assurge "ad elemento costitutivo della fattispecie legale da cui discende l'effetto generalizzato proprio della legge recettiva del contratto collettivo". Del resto, l'operatività dei contratti collettivi sottoscritti dai principali sindacati è riconosciuta in tutti i principali ordinamenti europei, *siano* essi disciplinati da una legislazione sindacale più o meno analitica (Francia, Spagna, Germania, Belgio), *siano* autoregolati, seppure con sommi riferimenti legislativi (Gran Bretagna, Danimarca, Spezia, Italia). Sul punto v. per tutti A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009.

evolutiva. Sicché, come ormai riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non si pone un problema di efficacia *erga omnes* nei termini considerati dall'art. 39 Cost., perché si tratta di una tecnica normativa del tutto eterogenea neppure immaginata dal legislatore costituzionale¹⁶.

3. L'efficacia soggettiva del contratto aziendale

Un discorso in parte differenziato può essere accennato con riferimento all'efficacia del contratto aziendale, in ordine al quale la dottrina e la giurisprudenza sono da tempo impegnate a giustificare un'efficacia di carattere generale sulla base di argomentazioni alquanto eterogenee, che a volte sovra pesano il profilo soggettivo a volte quello oggettivo¹⁷.

Così da taluni si è motivata l'efficacia del contratto aziendale in relazione alla peculiare rappresentatività del soggetto sindacale stipulante, con argomenti rafforzativi allorquando si tratta di una rappresentanza unitaria. Seguendo una tale impostazione la partecipazione alle elezioni per la costituzione di una rappresentanza unica a livello aziendale già implicherebbe l'accettazione del ruolo negoziale esercitato dall'organismo eletto¹⁸.

Altri invece si fondano *ora* sull'indivisibilità dell'interesse collettivo coinvolto, *ora* sull'unicità della controparte datoriale, *ora* sulla procedimentalizzazione del potere imprenditoriale che incorpora un accordo aziendale, *ora* sul principio di parità di trattamento e/o di non discriminazione, *ora* sui vari meccanismi di partecipazione dei lavoratori attraverso referendum ed assemblee.

In realtà le varie ricostruzioni non sono necessariamente alternative ma suscettibili persino di integrarsi. In termini generali, l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale si

¹⁶ In termini v. già G. VARDARO, *Contratti collettivi*, cit., pag. 171, sebbene con riferimento agli artt. 15, 16 e 36 Cost. Secondo una diversa ricostruzione, ampiamente ispirata dagli scritti di M. D'Antona, ci troveremmo dinanzi a norme di organizzazione ("che istituiscono competenze") e non a norme di relazione (che incidono su rapporti), per cui le prime avrebbero un'efficacia normativa strutturalmente diversa da quella delle seconde sottraendosi a ogni valutazione in termini di compatibilità con l'art. 39, comma 4, Cost. Sicché "la norma legale attribuisce la competenza del sindacato a negoziare su determinate materie, ma non conferisce al contratto collettivo una efficacia *erga omnes* – in violazione del precetto costituzionale – anche se ci troviamo dinanzi alla rilevanza legale di contratti collettivi alla cui stregua dovranno essere valutate, eventualmente, le conseguenze sul piano della natura dei contratti collettivi, dei soggetti collettivi abilitati a concluderli e dei destinatari degli stessi" (P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *GDLRI*, 2009, 4, pag. 581).

¹⁷ V. per tutti l'ottimo saggio di F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *www.aidlass.org*, ed ivi ampia bibliografia.

¹⁸ Come si è osservato in alcune sentenze "nel voto deve ritenersi compresa la volontà del lavoratore di accettare le regole elettorali e quindi la rappresentanza dei soggetti risultati vincitori" (App. Milano 4 marzo 2003, in *OGL*, 2003, pag. 1; Trib. Ravenna 10 febbraio 2004, in *DLM*, 2004, pag. 385).

giustifica in primo luogo in relazione alla autorevolezza (o rappresentatività) delle associazioni sindacali stipulanti e alla unitarietà del soggetto datoriale, che non può avere alcun interesse ad applicare il contratto soltanto a coloro che sono iscritti alle associazioni sindacali stipulanti. In questa prospettiva il divieto di discriminazione costituisce un utile argomento di supporto. Sotto altro profilo, la partecipazione dei lavoratori alla formazione delle RSU costituisce un elemento indiziario di un processo decisionale suscettibile di coinvolgere l'intera collettività aziendale. Nel caso poi di rinvio legislativo, la selezione dei soggetti stipulanti ha un'efficacia qualificativa "a monte" in quanto suppone la volontà legislativa di regolamentare la fattispecie in materia unitaria.

4. Il ruolo della Corte Costituzionale

L'assetto complessivamente descritto, con i suoi ambiti di approssimazione e persino di anomia, ha incontrato un sostanziale avallo da parte della Corte costituzionale, la quale, *per un verso* ha ampiamente legittimato il meccanismo selettivo imperniato sui sindacati maggiormente rappresentativi con alcune sentenze storiche, che restano tuttora dei documenti preziosi per un'adeguata comprensione del nostro sistema sindacale¹⁹, *per altro verso* ha dimostrato un'ampia duttilità, e persino spregiudicatezza, nel salvaguardare le norme che ricorrono alle tecniche innanzi descritte (pur quando è trasparente il fine di un *enforcement* delle norme collettive)²⁰.

Com'è noto tre sentenze a questo riguardo sono per così dire decisive, in quanto indicative di una svolta maturata nella consapevolezza della inattualità del procedimento costituzionale e quindi dell'esigenza di battere strade alternative più rispondenti alle dinamiche reali: la sentenza n. 268 del 1994, relativa all'art. 5, comma 1, della legge n. 223/1991, che consente di individuare attraverso accordi collettivi i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità; quella n. 344 del 1996, relativa agli artt. 1, comma 2, 2, commi 2 e 3, e 8, comma 2, della legge n. 146/1990, che assegna al contratto collettivo il compito di individuare le prestazioni minime indispensabili nelle ipotesi di sciopero nei servizi pubblici essenziali; e quella n. 309

¹⁹ Ci si riferisce in particolare alle sentenze della Corte n. 54/1974, n. 334/1988 e n. 30/1990, dalle quali emerge un'ampia consapevolezza dei mutamenti istituzionali intervenuti rispetto al periodo di emanazione del testo costituzionale e del peso nel frattempo assunto dai principali sindacati negli equilibri economici e produttivi del nostro paese.

²⁰ Per una valutazione coincidente molto più argomentata, v. da ultimo F. CARINCI, *Al capozzale*, cit., pag. 22, che opportunamente si sofferma anche sulla recente sentenza della Corte costituzionale n. 176/2010 in tema di apprendistato professionalizzante.

del 1997, relativa al complesso procedimento che disciplina la contrattazione collettiva nel lavoro pubblico.

A ben vedere il procedimento seguito dalla Corte per dichiarare la legittimità della legislazione interessata riflette un percorso logico grosso modo ricorrente, in quanto costantemente indirizzato alla ricerca di un atto esterno al contratto collettivo cui imputare l'efficacia generale: nel *primo caso* individuato nel provvedimento aziendale di carattere gestionale che recepisce l'accordo collettivo, nel *secondo caso* in un regolamento che definisce le prestazioni essenziali sulla scorta di quanto stabilito dall'accordo sindacale, e nel *terzo caso* concentrando l'attenzione *ora* sul ruolo unificante esercitato dall'ARAN e sull'obbligo delle pubbliche amministrazioni di applicare trattamenti imparziali ed uniformi, *ora* sugli obblighi contenuti nei contratti individuali di applicare la contrattazione collettiva di settore²¹.

Si può parlare a questo proposito di una vera e propria tecnica di aggiramento delle disposizioni costituzionali, che pure non impedisce alla Corte di riconoscere *apertis verbis* che vi sono “*leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale, configurandola come fonte di diritto extra ordinem, destinata a soddisfare esigenze ordinamentali che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, della Costituzione*”. Per poi aggiungere che “*l'uso di questo modello è giustificato quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro, come il lavoro a tempo parziale (art. 5, terzo comma, del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863), i contratti di solidarietà (art. 2 del decreto legge citato), la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine (art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, sull'organizzazione del mercato del lavoro), ecc.*”²².

5. Il contratto collettivo come fonte eteronoma

²¹ “*Tale meccanismo dunque non realizza quell'efficacia erga omnes conferita dall'art. 39, comma 4, Cost., ai contratti stipulati dalle associazioni sindacali in possesso di determinate caratteristiche, ma si colloca su un distinto piano delle conseguenze che derivano, per un verso, dal vincolo di conformarsi imposto alle amministrazioni e, per l'altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo*” (Corte. Cost. n. 309/1997).

²² In termini analoghi si esprime Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, secondo cui “*in ragione del rinvio operato dall'art. 23 gli accordi stipulati in virtù di esso, nella specie un accordo aziendale, assumeranno una portata integrativa della suddetta norma e, quindi, un contenuto precettivo erga omnes con conseguente efficacia vincolante per tutti i prestatori di lavoro*”, contra MENGHINI, in articolo letto dopo la stesura del testo (*Contratti a termine*, dattiloscritto, pag. 4), che nega l'esistenza di un problema *erga omnes* sostenendo che nelle deleghe legislative in esame il contratto collettivo che autorizza le parti a stipulare un contratto di lavoro flessibile produce un effetto diverso da quelli, normativi ed obbligatori, solitamente prodotti dagli atti di autonomia collettiva, e cioè l'effetto costitutivo della speciale legittimazione del datore di lavoro a stipulare contratti flessibili.

Dall'elaborazione richiamata emerge nitidamente una connotazione del contratto collettivo, e in specie di quello nazionale, alla stregua di una vera e propria fonte eteronoma di regolamentazione giuridica recepita nell'ordinamento giuridico nella sua naturale idoneità a regolare in termini generali ed astratti i rapporti di lavoro. Emerge cioè una connotazione del contratto collettivo: *come* atto normativo prodotto da soggetti privati tipizzati nell'assetto costituzionale; *come* atto indirizzato ad operare dall'esterno dei contratti individuali di lavoro secondo un meccanismo analogo a quello prescritto dall'art. 1374 c.c.; *come* atto tendenzialmente unitario ed esclusivo per ciascuna categoria professionale come documentato da una consolidata esperienza storica; e *come* atto la cui efficacia giuridica tendenzialmente generale può essere delimitata dall'esterno soltanto attraverso atti collettivi che ne limitano l'operatività²³.

Conferme significative a una tale ricostruzione sono venute del resto da importanti interventi legislativi che hanno progressivamente assimilato il regime giuridico della norma legale a quella contrattuale, *sia* nel settore privato *sia* nel settore pubblico (a cominciare dalla disciplina contenuta nell'art. 2113 c.c. sino alle procedure di accertamento pregiudiziale dinanzi alla Corte di Cassazione sull'efficacia, validità e interpretazione del contratto collettivo, per non parlare dell'impugnabilità delle sentenze di merito per violazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro). Ma sia chiaro, si è trattato di dati normativi di convalida di una qualificazione già autonomamente desumibile dal testo costituzionale, ed ancor più dall'equilibrio istituzionale che si è venuto a realizzare dopo lo Statuto dei lavoratori con l'intensa produzione legislativa e contrattuale a cui si è fatto riferimento, che consente di delineare quella che sinteticamente viene definita come "costituzione materiale".

Certamente restano differenze tra la norma collettiva e quella legale, in ragione delle procedure formative, degli interessi implicati e dei meccanismi di

²³ Per una critica serrata di tale impostazione, e della dottrina giuspubblicistica che sembra condividerla, v. per tutti M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di M. Grandi*, 2009, pag. 567. Eppure l'Illustre Autore riconosce che "quel contratto, pur essendo atto di autonomia privata, è destinato a dettare la disciplina dei rapporti individuali di lavoro in vista di un interesse superiore a quello dei soggetti che di quei rapporti sono parte e, quindi, ha un'efficacia normativa simile a quello della legge". Per molti punti di convergenza sulla posizione espressa nel testo v. E. GHERA, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro Passarelli al pluralismo ordinamentale*, in *LD*, 2009, n. 3, pag. 351; e M. NAPOLI, in vari scritti tra i quali v. per tutti, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *GDLRI*, 2004, n. 4, pag. 581.

operatività. E sarebbe strano che non fosse così. Ad esempio,, si può ritenere che alla norma collettiva non sia applicabile del tutto il principio *iura novit curia*, come confermato dall'art. 366, n. 6, e ancor più dall'art. 369, n. 4, c.p.c., che impone di depositare i contratti collettivi sui quali il ricorso si fonda. Ma questo è un aspetto che attiene alla eterogeneità delle norme contrattuali e quindi è una questione di conoscibilità che non incide sulla funzione regolamentare svolta dalla norma collettiva.

Nell'ambito del descritto sistema di relazioni industriali – giova evidenziarlo – il singolo contratto collettivo non può essere considerato come un atto autonomo, e in qualche misura episodico, *né* a livello nazionale, *né* a livello aziendale. A livello nazionale, perché il contratto collettivo di categoria costituisce un atto regolamentare che si inserisce all'interno di un processo continuo e dinamico di produzione normativa, in virtù del quale, su una struttura di base, sostanzialmente consolidata, si innestano, nei vari rinnovi, disposizioni modificative e aggiuntive²⁴.

Ma neppure il contratto aziendale può essere considerato come un atto autonomo avulso dall'assetto contrattuale che ne regola l'operatività: anch'esso si inserisce all'interno di un processo regolamentare disciplinato dagli accordi interconfederali e dai contratti collettivi ed è quindi destinato ad operare nei limiti soggettivi ed oggettivi predefiniti dalla contrattazione di livello superiore. Esso cioè si inquadra all'interno di un processo negoziale organico e continuativo di cui rappresenta una fase ulteriore, con connotazioni peculiari in relazione alla specificità delle materie da trattare ed all'ambito di efficacia, ma da inquadrare pur sempre all'interno di un disegno complessivo.

Altro è il contratto aziendale *spot* o episodico che si colloca del tutto al di fuori del circuito regolativo del contratto nazionale, solitamente stipulato da soggetti minoritari e con contenuti sostanzialmente circoscritti, contratto che una parte della giurisprudenza ha spesso sopravvalutato attribuendogli una qualificazione giuridica e una forza negoziale per nulla pertinenti²⁵.

²⁴ Ed è questo il motivo prioritario per cui ci è sembrata parossistica la pretesa di escludere il principale sindacato dall'esercizio dei diritti sindacali contemplati dallo Statuto dei lavoratori per il fatto di non avere accettato di aderire ad una fase statisticamente insignificante del processo negoziale descritto.

²⁵ V. nei termini contestati Cass. 16 giugno 1981, n. 5920; Cass. 3 febbraio 1996, n. 931; Cass. 3 aprile 1996, n. 3092; e in parte Cass. 18 maggio 2010, n. 12098. Non a caso quella giurisprudenza è addotta a giustificazione della temeraria operazione realizzata con l'art. 8, legge n. 148/2011. A svalutare quella impostazione sarebbe bastato un opportuno approfondimento del principio di inscindibilità del contratto collettivo nazionale che quando non espresso è intrinseco alla sua struttura e funzione.

6. Le ambiguità della giurisprudenza

Una tale impostazione teorica è stata sostanzialmente trascurata dalla prevalente giurisprudenza, che ha preferito concentrarsi sul paradigma civilistico del mandato volontario conferito dal singolo lavoratore all'associazione sindacale pur quando tale meccanismo lasciava trasparire in vari modi la sua artificiosità e inadeguatezza. E ciò a differenza dell'impostazione teorica che emerge dalla elaborazione della Corte costituzionale che, come già innanzi osservato, ha sempre manifestato una maggiore sensibilità ad assecondare i processi giuridici nella loro reale dinamica evolutiva.

Ma poiché la forza dei fatti sociali è sempre predominante, ne sono derivate nell'elaborazione giurisprudenziale una serie di operazioni interpretative, spesso contorte e contraddittorie, che hanno portato di fatto ad avallare la naturale tendenza del contratto collettivo ad esercitare una regolamentazione di carattere generale.

Sembra quasi superfluo dovere richiamare in proposito il processo interpretativo che ha indotto ad estendere la parte economica del contratto collettivo sulla base di una stretta interazione tra l'art. 36 Cost. e l'art. 39 Cost., vale a dire individuando nel contratto collettivo l'atto più idoneo a realizzare quelle garanzie fondamentali prefigurate nel testo costituzionale, e piuttosto andrebbe stigmatizzata la parzialità di quella operazione delimitata per lo più ai minimi tariffari. Oppure basterebbe pensare a quell'indirizzo interpretativo che giustifica la vincolatività del contratto collettivo anche nei confronti di soggetti estranei all'associazione sindacale stipulante sulla base di atti e/o comportamenti individuali di ricezione (formale o materiale che siano).

A guardare tra le pieghe di questa giurisprudenza, dopo il solito tributo formale alle categorie civilistiche, traspare una ricostruzione niente affatto riconducibile alle premesse enunciate: ad esempio il richiamo contenuto al contratto collettivo nell'atto di assunzione potrebbe avere tutt'al più una portata limitata al singolo documento contrattuale al momento vigente, ma non è estendibile al processo dinamico di contrattazione e quindi ai successivi rinnovi contrattuali. Lo stesso può dirsi quando si fonda l'efficacia del contratto collettivo su comportamenti concludenti delle parti negoziali che lasciano trasparire la volontà di dare applicazione costante alle relative clausole contrattuali. Anche in questo caso il contratto collettivo viene inconsapevolmente evocato come regolamentazione

esterna alle parti negoziali, che integra la disciplina dei rapporti di lavoro in termini equivalenti alle disposizioni legislative. Per non parlare poi delle tecniche interpretative delle clausole contrattuali più calibrate sull'art. 12, disp. att. c.c., che sugli artt. 1362 ss. c.c.

In realtà dietro la trama di queste elaborazioni emerge confusamente la percezione che ci si trova in presenza di un vero e proprio sistema normativo del tutto particolare, che si evolve e si modifica attraverso dinamiche interne ove un ruolo ordinatore è esercitato dagli accordi interconfederali che costituiscono la vera e propria struttura portante del nostro ordinamento sindacale.

7. La crisi del sistema nella stagione degli “accordi separati”

Nonostante le ambiguità giurisprudenziali, l'equilibrio descritto ha retto abbastanza bene finché non sono insorti dissensi tra le principali confederazioni sindacali ed è stata inaugurata quella che viene definita la stagione degli “*accordi separati*” (con una terminologia impropria perché in realtà si tratta di accordi sottoscritti solo da alcune organizzazioni sindacali maggiormente o comparativamente più rappresentative, essendo eccezionale l'ipotesi registrata nel settore metalmeccanico di contratti collettivi temporalmente coesistenti incidenti sulla medesima categoria)²⁶.

Il dissenso tra le principali associazioni sindacali²⁷ ha fatto venire meno uno dei tre presupposti su cui si fondava il meccanismo di cooperazione tra legge e contratto collettivo, e cioè ha fatto venir meno il dato di fatto per cui il contratto collettivo, specie quello nazionale, veniva sottoscritto unitariamente dai principali sindacati di categoria, la cui partecipazione poteva considerarsi evocativa di una rappresentanza (*melius* rappresentatività) maggioritaria dei lavoratori interessati. Per contro, nella stagione degli accordi separati, avallati da una legislazione subdolamente antiunitaria, ci siamo trovati di

²⁶ Sulla contrattazione separata v. per tutti gli interessanti contributi di SCARPELLI, REGALIA, GALETTO, TAIANI, LASSANDARI, GIASANTI, BAVARO e ZOPPOLI, in *RGL*, 2010, n. 11, pag. 33 ss.; nonché A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, I, pag. 29 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, 2010, 3, pag. 487 ss.; con un'ottica più attenta alla controversia vicenda Fiat v. F. CARINCI, *La cronaca si fa storica: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, pag. 9; R. DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *Arg. DL*, 2010, pag. 1080; L. MARIUCCI, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, 2011, pag. 239; nonché da ultimo v. l'interessante saggio di B. CARUSO, letto purtroppo dopo la stesura del testo, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica ... e cronaca*, in *RIDL*, 2011, III, pag. 265 ss.

²⁷ Per una diversa valutazione v. R. DEL PUNTA, *Gli accordi separati sono antisindacali? Il sistema sindacale di fatto nell'era della disunità sindacale*, in *RIDL*, 2011, 2, II, pag. 690 ss.

fronte a contratti collettivi sottoscritti soltanto da alcuni protagonisti dell'agone sindacale che non è detto fossero rappresentativi della maggioranza dei lavoratori.

Peraltro la crisi è stata accentuata dall'aver il legislatore prescelto, nella legislazione di sostegno, la figura del “*sindacato comparativamente più rappresentativo*”, giacché mentre il criterio “*della maggiore rappresentatività*” era un criterio tendenzialmente aperto e inclusivo (anche per com'è interpretato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità), invece il meccanismo della comparazione è intrinsecamente selettivo. Se è suscettibile di funzionare adeguatamente quando i principali sindacati operano in regime di unità di azione, e quindi in contrapposizione a un sindacalismo minoritario e frazionistico, diventa problematico nel momento in cui la comparazione si sviluppa all'interno delle principali confederazioni. A quel punto il contratto delegato può essere stipulato anche soltanto da alcuni dei sindacati richiamati, come surrettiziamente riconosciuto dalla più recente legislazione.

Molti autori hanno ritenuto che la stagione degli accordi sindacali avrebbe messo in stato di latenza l'intero sistema di relazioni industriali determinando problemi applicativi pressoché insolubili, specie nel caso di sovrapposizione di più contratti collettivi, come avvenuto nel settore metalmeccanico²⁸. Premesso che non ho intenzione di occuparmi in questa sede degli accordi sindacali – tematica che vanta una produzione scientifica ipertrofica, anche per la sperimentazione *in vitro* della vicenda Fiat – voglio qui solo evidenziare che la rottura dell'unità di azione sindacale e la sottoscrizione di accordi partigiani, se hanno messo in difficoltà i fautori di un sistema sindacale volontaristico ed autoregolato, hanno messo ancor più in discussione le costruzioni civilistiche che hanno imperversato nella elaborazione del diritto sindacale²⁹. Ed infatti, ad assecondare una impostazione civilistica, ne è uscito un quadro desolante del nostro sistema di relazioni industriali, di tipo feudale, in cui ogni gruppo organizzato poteva vantare la pretesa di un proprio contratto collettivo avulso da ogni logica di coordinamento e di equità.

²⁸ Su questa problematica ci si è soffermati in altra occasione, v. da ultimo *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E “Massimo D'Antona”.it*, n. 129/2011; nonché, in termini ben più esaurienti, il volume a cura di F. CARINCI, *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, 2011.

²⁹ Pienamente condivise le recentissime riflessioni di B. CARUSO, *La rappresentanza*, cit. pag. 288, sui limiti e le contraddizioni dell'impostazione dogmatica per affrontare le questioni del diritto sindacale. Ed invero “*il contratto collettivo ricondotto alla sua originaria dimensione di atto di pura autonomia privata collettiva, inquadrato negli schemi civilistici, ridimensionato quasi a contratto plurisoggettivo, dovrebbe poi avere una forza normativa e coercitiva sui singoli contratti individuali di iscritti e non iscritti, fino a disporre della libertà sindacale e del diritto di sciopero, che neanche la ben più pregnante e atomistica teorica dell'incorporazione di matrice anglosassone potrebbe garantire*”.

La descritta esperienza ha cioè reso palese la totale dissociazione tra il ruolo che il contratto collettivo è destinato ad esercitare, direi naturalmente, nelle società contemporanee, e un'operatività costruita su categorie dogmatiche di matrice individualistica, che frammentano il fenomeno sindacale in tante relazioni giuridiche atomistiche corrodendolo così alle radici. Del resto la stessa impostazione civilistica, portata al paradosso, è alla radice della decisione Fiat – a mio avviso insostenibile – di dissociarsi dall'associazione datoriale di categoria, con un atteggiamento da “piccolo bottegaio” di aree depresse, pensando così di potersi scrollare di dosso tutto un sistema di relazioni industriali faticosamente costruito e sedimentatosi negli anni, che evidentemente, pur con tutti i limiti, ha ben altri meccanismi di funzionamento e di operatività³⁰.

In realtà, come in altra sede ampiamente argomentato, la rottura dell'unità di azione sindacale è meno traumatica, in termini complessivi e di sistema, di quanto si possa ritenere e non impone affatto di ripartire dall'anno zero, come qualcuno ha ritenuto, anche perché un certo livello di instabilità nelle relazioni industriali costituisce un dato fisiologico, ma ciò non modifica *né* il ruolo del sindacato nell'ordinamento giuridico, *né* i meccanismi di interazione tra legge e contratto collettivo (a meno di non ritenere che la forza del contratto collettivo parte dal singolo iscritto e sullo stesso si riflette in un processo circolare).

Nel contesto descritto, pur molto fluido e in costante fibrillazione, non è venuto meno *né* il ruolo parametrico del contratto nazionale, segnatamente in materia retributiva, *né* la funzione socialtipica assolta dalla contrattazione collettiva di integrazione e specificazione di direttive legali in tutti quei casi in cui il legislatore ritiene di affidarsi a una fonte regolamentare endogena al sistema produttivo perché maggiormente e costantemente aderente ai fenomeni sociali da disciplinare. Sono, queste, due funzioni parallele assolte dal contratto collettivo, che hanno una matrice assiologica comune, anche se il fondamento normativo della prima funzione è idealmente allocato nell'art. 36 Cost., mentre la base di legittimazione della seconda funzione è incardinata nell'art. 39 Cost., una volta depurato da dati storicamente sovrabbondanti e non più praticabili.

³⁰ A farne le spese sono stati i giudici del lavoro che si sono trovati a decidere le controversie inesorabilmente alimentate dai comportamenti della Fiat, i quali hanno dato l'impressione di un totale disorientamento anche se alla fine sono quasi sempre prevalse soluzioni di buon senso, costruite tuttavia su premesse teoriche alquanto confuse.

In altre parole, l'attuale dialettica tra le principali confederazioni, se in prospettiva può causare forti tensioni sociali, e persino alla distanza una frammentazione della rappresentanza sindacale, al momento non compromette *vuoi* la funzione tariffaria del contratto collettivo, *vuoi* quella tipicamente normativa, in quanto entrambe fortemente radicate nella tradizione storica del nostro sindacalismo e nella connotazione istituzionale del contratto collettivo nell'attuale ordinamento giuridico quale fonte tipica di produzione di regole economiche e comportamentali con una naturale proiezione egemonizzante.

8. L'accordo interconfederale del giugno 2011 e l'efficacia degli accordi aziendali

A dipanare l'intricata matassa è intervenuto, in una fase di lucidità collettiva, l'accordo del giugno 2011, maturato quando tutti i protagonisti si sono resi conto che il progressivo sgretolamento del sistema di relazioni industriali non portava alla costruzione di un sistema alternativo, ma soltanto all'anarchia più completa che avrebbe progressivamente corroso il ruolo regolatore delle principali confederazioni favorendo una permanente conflittualità sociale³¹. Come qualcuno ha efficacemente detto³², ci si è fermati sull'orlo del baratro, quando ormai il livello di confusione e di anomia era diventato intollerabile.

L'accordo – che registra un recupero, al momento temporaneo, dell'unità di azione sindacale – si pone in sostanziale continuità con gli storici accordi fondativi del sistema di relazioni industriali, anche se accentua alcune linee di tendenza nitidamente emerse negli ultimi tempi.

In particolare l'accordo del 2011 ribadisce la centralità e preminenza della contrattazione collettiva nazionale “*con la funzione di garantire la certezza di trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori (...) ovunque impiegati nel territorio*” (punto 2), e tuttavia valorizza la contrattazione decentrata, anche di livello aziendale, la quale “*si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale*” (punto 3), prefigurando espressamente ambiti di derogabilità *in peius* ad opera dei contratti aziendali, i quali possono “*definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di*

³¹ Favorevole all'accordo con qualche riserva P. ALLEVA, *Merito e prospettive dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011* (dattiloscritto del 4 luglio 2011).

³² A. ACCORNERO, in un seminario Cgil del luglio del 2011.

lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro” (punto 7): si noti la formula particolarmente prudente (“specifiche intese modificative”).

Ma l'aspetto più innovativo è costituito dall'introduzione di un meccanismo di misurazione certificata della rappresentanza quale premessa per stipulare accordi validi e vincolanti sia a livello nazionale sia per l'intera comunità aziendale.

Iniziando l'esame dai contratti aziendali, che rappresentano l'epicentro della nuova regolamentazione, l'accordo perentoriamente stabilisce che questi *“per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali, espressioni delle confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, operanti all'interno dell'azienda se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti”* (punto 4). Mentre nel caso di accordi sottoscritti dalle rappresentanze aziendali di cui all'art. 19, esplicano pari efficacia generale soltanto se approvati *“dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altri, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente all'azienda”* (punto 5). In questi casi i contratti collettivi aziendali approvati dalle R.S.A., con le modalità indicate, devono essere sottoposti al voto dei lavoratori se vi sia stata una specifica richiesta, avanzata entro dieci giorni dalla conclusione del contratto, *“da almeno un'organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa”*, con la conseguenza che *“per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza dei voti”*.

Com'è subito evidente, l'intesa stabilisce una netta differenza tra gli accordi aziendali sottoscritti dalle R.S.U., i quali sono efficaci *“a maggioranza dei componenti delle R.S.U. elette”*, rispetto agli accordi sottoscritti dalle R.S.A., per i quali è richiesta la *“maggioranza delle deleghe”*. Inoltre i primi hanno una intrinseca stabilità, mentre i secondi possono essere assoggettati ad un'operazione di verifica referendaria che potrebbe portare alla mancata conferma.

Alla luce di tale regolamentazione, risulta assolutamente qualificante la scelta di rilanciare le *rappresentanze unitarie*, in quanto si tratta di una soluzione organizzativa, già in precedenza apprezzata, che preconizza e facilita la formazione di accordi validi *erga omnes*, in quanto viene pregiudizialmente assicurata la partecipazione di tutti gli appartenenti alla specifica comunità di lavoro e quindi la formazione di una volontà negoziale adottata con

un metodo necessariamente maggioritario: se tutti possono partecipare all'elezione dell'organo collegiale, quest'ultimo ha una rappresentatività naturale dell'intera collettività aziendale e pertanto vincola anche coloro che volontariamente scelgono di mantenersi estranei.

Come si è subito rilevato, il sistema di verifica della rappresentanza sindacale quale premessa per sottoscrivere accordi di portata generale rappresenta una tecnica abbastanza affine a quella adoperata nella contrattazione collettiva del settore pubblico e tuttavia cambia valenza una volta applicata ai contratti aziendali³³. In questo ambito, ove l'uniformità dei trattamenti è favorita dalla unicità del soggetto datoriale stipulante, la costituzione di una rappresentanza unitaria esercita una preziosa funzione di allargamento della base dei consensi e rende pertanto maggiormente democratica l'operazione regolamentare che si va a realizzare. È per questo motivo che in presenza di una rappresentanza unitaria si fa riferimento alla maggioranza dei componenti della R.S.U., mentre nel caso della R.S.A. si predilige il criterio della "*maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali*"³⁴.

Nei termini descritti l'accordo bypassa tutte le problematiche relative all'efficacia e vincolatività degli accordi aziendali nell'ottica tipica di un grande accordo interconfederale che ha una visione necessariamente globale ed esclusivista dei processi sindacali.

In presenza di affermazioni così categoriche sull'efficacia degli accordi aziendali, ci si è affrettati a precisare che la disciplina introdotta è vincolante soltanto per i soggetti rappresentati dalle confederazioni stipulanti riproponendo il solito e logoro paradigma civilistico che storicamente corrode la naturale azione sindacale. Ovviamente non sono d'accordo, specie con riferimento all'ipotesi in cui l'accordo sia sottoscritto dalla maggioranza dei componenti delle R.S.U. e sia quindi riconducibile all'intera comunità aziendale. Anche a collocarsi in una prospettiva

³³ Si veda pure la formula adoperata nel pubblico impiego ove l'art. 43, comma 3, legge n. 165, stabilisce che "*L'Aran sottoscrive i contratti collettivi verificando previamente (...) che le OO.SS. che aderiscono all'ipotesi di accordo rappresentino nel loro complesso almeno il 51% come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell'area contrattuale, o almeno il 60% del dato elettorale nel medesimo ambito*".

³⁴ Anche la giurisprudenza di merito ha a volte valorizzato il ruolo della rappresentanza aziendale unitaria quale agente collettivo stipulante un contratto collettivo con efficacia *erga omnes* in ragione della prevalenza del mandato elettorale sul rapporto associativo (v. App. Milano 18 febbraio 2003, in *RCDP*, 2003, pag. 287, con nt. di Beretta *RSU ed efficacia erga omnes della contrattazione collettiva aziendale*; v. pure Cass. 20 febbraio 2002, n. 2855, in *RIDL*, 2002, II, pag. 504, con nt. di Ferrante, *Collegialità della RSU e principio di maggioranza*; Cass. 2 aprile 2002, n. 5765, *ivi*, 2003, II, pag. 426, con nt. di Boni, *RSU e diritto di assemblea: il difficile coordinamento tra gli artt. 19 e 20 Statuto dei lavoratori, protocollo '93 e referendum '95*).

civilistica, sarebbe tutta da spiegare la ragione per la quale l'iscrizione al sindacato debba implicare una delega a contrarre (ovvero una devoluzione di potere) con i conseguenti riflessi sulla sfera individuale e la partecipazione alla nomina di una rappresentanza unitaria non debba esercitare un'efficacia più o meno equivalente.

Come in altri contesti ampiamente argomentato, ciò che può precludere l'efficacia di un accordo siglato da una rappresentanza unitaria a livello aziendale, non è il mero dissenso, ancorché espresso da sindacati minoritari, ma l'ipotetica sottoscrizione di un accordo difforme che delimita dall'esterno la vincolatività dell'accordo generale con riferimento ai lavoratori aderenti alle OO.SS. dissenzienti. Ma questa è un'ipotesi teorica, e comunque estemporanea, che può concretizzarsi soltanto in situazioni di alta conflittualità sindacale. Nell'assoluta ordinarietà l'imprenditore contratta con i sindacati più autorevoli presenti in azienda e sigla le intese con quelli disposti ad aderire. Per questo motivo sul piano ricostruttivo si fa solitamente ricorso all'artificio dialettico, in voga nel settore pubblico con riferimento agli accordi sottoscritti dall'Aran, di ritenere che l'accordo vincola direttamente il datore di lavoro ad applicare un trattamento uniforme ai propri dipendenti: la presenza unitaria del datore di lavoro di per sé costituisce un limite ad operazioni dissociative che solitamente rimbalzano sul terreno giudiziario. Mi pare superfluo poi aggiungere che saranno i giudici del lavoro a stabilire se vorranno assecondare le regole adottate dalle principali confederazioni nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, conferendo loro un'ulteriore legittimazione, ovvero trincerarsi dietro categorie civilistiche che sottendono una visione individualistica e frazionistica dell'azione sindacale³⁵.

³⁵ Incidentalmente va precisato che l'accordo quadro risolve anche il problema della fruibilità dei diritti sindacali regolamentati dallo Statuto dei lavoratori a favore delle associazioni sindacali aderenti alla Cgil, mettendo così fine ad un dibattito kafkiano alimentato dalla singolare pretesa di taluni di estromettere il principale sindacato dall'esercizio dei diritti sindacali sul rilievo formale che non avrebbe sottoscritto i contratti collettivi nazionali applicati nell'unità produttiva. Come in altra sede ampiamente illustrato, la norma di cui all'art. 19, benché grossolanamente mutilata dal referendum parzialmente abrogativo, e sommariamente legittimata dalla Corte costituzionale del 1996, rimane una norma inclusiva, che cioè consente di far accedere all'esercizio dei diritti sindacali associazioni che sono in grado di imporsi sul terreno del confronto sindacale, ma non consente (e non potrebbe in alcun modo consentire) di escludere i sindacati la cui rappresentatività è storicamente consolidata imponendogli di aderire ad accordi non condivisi (diversamente sarebbe inevitabile un ulteriore controllo di costituzionalità).

Va pure precisato che la disciplina richiamata non offre alcuna copertura agli accordi Fiat, non solo perché non ha carattere retroattivo, come espressamente dichiarato, ma perché quegli accordi si pongono al di fuori del circuito regolativo definito dall'accordo interconfederale del 2011, *sia* perché disconoscono il ruolo del principale sindacato, *sia* perché travalicano i limiti della derogabilità consentita agli accordi aziendali.

9. L'efficacia generale della contrattazione collettiva nazionale di categoria

Come si è innanzi precisato, l'accordo non regola il meccanismo di sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali destinati ad assumere un'efficacia generale nella consapevolezza che si entra in un'area sismica resa incandescente dalle recenti esperienze di accordi separati. Tuttavia l'accordo introduce un importante meccanismo di certificazione della rappresentatività delle OO.SS. per la contrattazione nazionale di categoria fondato sui dati associativi, *“riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferiti dai lavoratori”*, da ponderare *“con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle R.S.U. da rinnovare ogni tre anni”*. Inoltre la norma contempla una soglia di ingresso per la partecipazione alla contrattazione collettiva richiedendo una rappresentatività nel settore non inferiore al 5% come media tra dato associativo (iscrizioni certificate) e dato elettorale (percentuale voti ottenuti sui voti espressi)³⁶.

Attraverso la certificazione dei consensi ottenuti vengono così definite le premesse per una contrattazione nazionale di portata generale secondo una direttrice alquanto affine a quella vigente nella regolazione della contrattazione collettiva del settore pubblico, anche se in questo caso l'accordo improvvisamente si arresta lasciando trasparire incertezze e difformità di vedute sul punto cruciale della determinazione dei criteri di ponderazione della maggioranza necessaria per la sottoscrizione di accordi generali, preferendo rinviare ad una successiva fase negoziale dopo un necessario periodo di riflessione e di decongestionamento.

A volere andare oltre il disposto normativo, si potrebbe pensare a un meccanismo analogo a quello previsto per gli accordi aziendali di portata generale sottoscritti dalle rappresentanze unitarie, che sarebbe anche conforme a una logica partecipativa e proporzionalistica incorporata nell'art. 39 della Costituzione, essendo fondata la determinazione della rappresentatività su un meccanismo misto, adeguatamente inclusivo, che tiene conto *sia* del dato associativo *sia* di quello

³⁶ Conviene riportare integralmente il punto 1 dell'accordo per evitare imprecisioni: *“ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferiti dai lavoratori. Il numero delle deleghe viene certificato dall'Inps tramite un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Uniemens) che verrà predisposta a seguito di convenzione tra Inps e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale. I dati così raccolti e certificati, trasmessi complessivamente al Cnel, saranno da ponderare con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni, e trasmessi dalle Confederazioni sindacali al Cnel. Sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le organizzazioni sindacali che abbiano nel settore una rappresentatività non inferiore al 5% considerando a tal fine la media tra il dato associativo (iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale voti ottenuti su voti espressi)”*.

elettivo. Tanto più che al processo negoziale possono partecipare anche i sindacati non aderenti alle confederazioni che hanno sottoscritto l'accordo se solo ne condividono il contenuto e sono in grado di superare la soglia del 5%. Ma una volta fatto questo ulteriore passo in avanti, rimane il problema cruciale di stabilire come debba essere determinata la maggioranza necessaria per sottoscrivere un accordo di portata generale essendo possibili opzioni alternative (maggioranza qualificata, maggioranza dei rappresentanti, maggioranza degli elettori, maggioranza nel settore, etc.). È un nodo questo che solo le parti sindacali potranno sciogliere semmai all'interno degli stessi contratti di categoria. Al momento ci si può soltanto limitare ad osservare che le premesse definite, ove opportunamente implementate, sembrano in grado di consentire di superare i complessi nodi che hanno dato luogo ad accordi separati e di pervenire ad un accordo unitario in cui il dissenso minoritario viene per così dire assorbito nel processo formativo della volontà comune.

10. L'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, sulla contrattazione collettiva di prossimità

Sul processo descritto, faticosamente proiettato ad una risistemazione del sistema di relazioni sindacali dopo le intemperanze e deviazioni degli ultimi anni, è intervenuto l'art. 8 del D.L. n. 138/2011 (conv. in L. n. 148/2011) che, non si sa se consapevolmente o inconsapevolmente, ha di nuovo scompaginato le carte ed ha travolto brutalmente gli equilibri da poco definiti nell'accordo del giugno 2011³⁷.

Una lettura sistematica della legge ne mette in risalto le forti potenzialità destrutturanti dell'assetto vigente e gli obiettivi di politica del diritto surrettiziamente perseguiti³⁸.

A volersi soffermare sui dati più significativi, occorre rilevare che l'art. 8 richiama “*i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale*” individuando i soggetti legittimati nelle “*associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*”.

³⁷ Sull'art. 8 del decreto citato, la produzione dottrinale è già intensa e di elevata qualità: v. tra i primi l'importante contributo di F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il Giudice, il Sindacato, il legislatore* (dattiloscritto); nonché A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.it, n. 132/2011; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.it, 2011.

³⁸ *Contra* per un giudizio entusiastico sulla norma A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità approssima*, in *Quaderni Fondazione M. Biagi*, Saggi.

Il che consente subito di evidenziare che la speciale facoltà negoziale viene riconosciuta *sia* ad associazioni nazionali o territoriali *sia* alle rappresentanze operanti in azienda, genericamente evocate con un richiamo al recente accordo del 28 giugno 2011, che contempla, appunto, così la figura delle rappresentanze unitarie come quella delle rappresentanze aziendali di cui all'art. 19 Statuto (ancorché con diversa valenza ai fini della redazione di un contratto generale).

La condizione perché possa essere perseguita l'efficacia di carattere generale è quella *“di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”*. Ciò implica, pur nel generico riferimento ad un *“criterio maggioritario”*, una scelta precisa di riferire il criterio maggioritario alle rappresentanze sindacali anziché ai soggetti rappresentati. Segue un elenco assai ampio delle finalità perseguite suscettibile di consentire l'utilizzo dello specifico strumento sindacale ad ampio raggio essendo le finalità elencate quelle solitamente e storicamente perseguite dalle OO.SS. (*“finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività”*). Del resto in una situazione di crisi economica planetaria non sarà mai difficile indicare una motivazione giustificatrice.

Altrettanto ampia, e direi onnicomprensiva, è l'elencazione delle materie che possono essere regolate (*rectius* deregolate), *“inerenti le organizzazioni del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite iva, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro”*, con alcune limitazioni relative al licenziamento discriminatorio e ad alcune fattispecie normative specificamente protette. Verrebbe da osservare che il legislatore ha messo un impegno particolare a non tralasciare alcun istituto significativo impiegando persino formule di chiusura (*“disciplina del rapporto di lavoro”*) e mostrandosi sin troppo pignolo quando ha voluto evocare le *“partite iva”* che non consentono di individuare alcuna categoria giuridica normativamente conosciuta.

Ma come si è innanzi osservato, la norma più incisiva è quella contenuta nel comma 2-*bis*, art. cit., ove, fermo restando il rispetto della Costituzione nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, secondo una formula-premessa ormai di rito, si prevede che “*le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei CCNL*”.

Si potrebbe pensare che l'espressione “*anche in deroga*” sia alquanto vaga e sufficientemente delimitata dalla necessità di rispettare i vincoli costituzionali, comunitari e internazionali, per accreditare così una lettura riduttiva della norma, come riferibile essenzialmente alle norme dispositive già esistenti o a quelle di pari vincolatività che potrebbero essere introdotte nella legislazione e nella contrattazione collettiva ad essa correlata. Tuttavia una lettura coordinata di questa norma con quella immediatamente successiva, definita di diritto transitorio, rende poco attendibile l'ipotesi minimalistica innanzi prospettata. Infatti nel comma 3 si stabilisce che “*le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori*”. Qui è sin troppo evidente il peso condizionante, anche ai fini ricostruttivi, di una vicenda specifica che aveva già metabolizzato contenuti sensibilmente derogatori della legislazione del lavoro e aveva dilatato oltremodo le potenzialità del contratto aziendale sino a sostituirlo a quello nazionale. Se ciò è vero, è inevitabile che quella esperienza diventi il modello esemplificativo di ciò che i contratti di prossimità possono concretamente realizzare³⁹.

Se poi ci si vuole astrarre dalle cronache quotidiane, e tralasciare per un attimo l'ingombrante e inquietante vicenda Fiat, si può allora abbozzare un'altra interpretazione della norma che attenuerebbe l'effetto destabilizzante della stessa rendendola in qualche modo tollerabile sul piano istituzionale. Si può cioè ritenere che il legislatore, con le solite difficoltà espositive, abbia inteso in realtà razionalizzare, riconducendole ad unità, le varie

³⁹ Anche se non può non rilevarsi che nel caso di specie la condizione per l'efficacia generale del contratto collettivo aziendale è rappresentata dalla approvazione “*con votazione a maggioranza dei lavoratori*”, cioè a dire che si adotta un criterio maggioritario diverso da quello impiegato nel comma 1 dell'art. 8, ove il criterio maggioritario era riferito “*alle predette rappresentanze aziendali*”, il che precluderebbe la possibilità di una sovrapposizione *tout court* della disposizione generale rispetto a quella “transitoria”. In realtà la diversa formulazione si comprende storicamente ove si consideri che gli accordi evocati erano stati condivisi dalla maggioranza dei lavoratori sicché il legislatore ha voluto evitare il rischio che un controllo a posteriori sulle rappresentanze sindacali sottoscrittrici dell'accordo potesse precludere l'effetto di sanatoria che si andava a perseguire.

ipotesi in cui la normativa vigente rinvia alla contrattazione collettiva uniformandone la disciplina sul piano dei soggetti e dei livelli contrattuali, ma pur sempre delimitandone implicitamente il margine di operatività nell'ambito delle deleghe già conferite dalla legislazione preesistente. Si tratterebbe cioè della *reductio ad unitatem* di una tecnica normativa poliedrica e disordinata, che svolgerebbe una duplice funzione di valorizzare la dimensione aziendale e di chiarirne l'efficacia generale (ove rispettato un criterio maggioritario). Una simile lettura potrebbe essere avallata dalla constatazione che tutte le materie richiamate sono già oggetto di ampia interazione regolativa della fonte legale e di quella contrattuale. Dopotutto anche la formula letterale non sembra del tutto inconciliabile con una tale opzione: le specifiche intese si possono riferire a quelle norme contrattuali che già operano in deroga alle disposizioni di legge “*ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*”, là dove il riferimento al termine “*relative*” richiama un meccanismo già in azione di delegazione della legge alla contrattazione collettiva.

Ma nonostante questi elementi di conforto, la ricostruzione proposta rimane sostanzialmente correttiva del dettato legislativo, ed è molto difficile che possa riscuotere un qualche consenso, anche perché è ormai radicata la convinzione che la norma ha voluto legittimare una contrattazione aziendale *extrastrong*, collocata al centro dei processi regolativi dei rapporti di lavoro.

11. I principali interrogativi suscitati dalla recente riforma

Nel rinviare ad altri approfondimenti per una esegesi del testo normativo, conviene subito porsi alcuni interrogativi per così dire strategici.

Il *primo interrogativo* si traduce nell'esigenza di delimitare i margini esterni entro cui è possibile realizzare la derogabilità *in peius*, sia sul piano soggettivo, sia sul piano contenutistico. Sotto il *primo profilo* viene confermato il riferimento alle associazioni dei lavoratori più rappresentative preceduto da un equivoco “*da*”, che secondo l'interpretazione corrente consente la sottoscrizione di accordi generali anche non unitari. Sotto il *secondo profilo* – che in questa sede può essere solo accennato – un apporto per così dire problematico viene fornito dalla premessa introduttiva “*fermo restando il rispetto della costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro*”.

Anche a non volere ritenere che l'intero sistema protettivo del lavoro dipendente (e di quello ad esso assimilabile) trovi un referente diretto ed immediato

nel testo costituzionale, è ben nota la complessa struttura concettuale che è all'origine della legislazione del lavoro, la quale non protegge soltanto il valore di scambio della prestazione di lavoro in un contratto strutturalmente sperequato per la macroscopica disparità di potere economico e contrattuale, ma protegge altresì alcuni diritti fondamentali che hanno una valenza di carattere pubblico e generale al punto da qualificare il nostro ordinamento giuridico come “*fondato sul lavoro*”. I vari aspetti protettivi della legislazione del lavoro sono spesso frammisti in un intreccio inestricabile reso ancora più impegnativo da disposizioni specifiche che sanciscono l'inderogabilità *in peius* (v. ad es. art. 12, L. n. 604/1966 e art. 40 St.) e dalla prefigurazione di meccanismi sanzionatori persino di rilevanza penale.

Altrettanto problematica è l'individuazione dei vincoli derivanti dalle normative dell'Unione Europea che ormai coprono un arco tematico talmente vasto da rendere problematica una contrattazione derogatoria di ampia portata, almeno su alcuni istituti, anche per l'acquisita efficacia delle specifiche disposizioni che impegnano direttamente o indirettamente i giudici nazionali (specie dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati elevandola quindi a rango di diritto primario).

Tutto ciò rende palese la problematicità della norma introdotta inesorabilmente destinata ad alimentare un contenzioso giudiziario dagli esiti francamente imprevedibili.

Il *secondo interrogativo* consiste nello stabilire se la facoltà riconosciuta alle rappresentanze aziendali e/o territoriali di derogare disposizioni di legge e di contratto collettivo nazionale, debba implicare per logica conseguenza che anche i contratti collettivi nazionali possano ormai derogare le disposizioni imperative di legge. A prima vista si potrebbe ritenere che la scelta legislativa debba essere interpretata in termini testuali e “funzionali”, in quanto volta a favorire una maggiore flessibilità della contrattazione decentrata per peculiari esigenze della specifica realtà considerata. Senonché una simile lettura si rivela palesemente illogica e irrazionale, essendo assai poco credibile che un contratto “localistico” stipulato da rappresentanze aziendali o territoriali possa modificare alcuni istituti lavoristici, mentre ciò non sarebbe consentito attraverso contratti nazionali di categoria stipulati dalle principali associazioni sindacali, i quali tradizionalmente hanno assolto una funzione regolamentare in qualche modo parallela (e fungibile) a quella legislativa.

Accolta una tale necessaria assimilazione logica, ne scaturiscono delicati problemi di carattere tecnico volti prioritariamente a stabilire quali soggetti contrattuali “nazionali”

possono derogare le disposizioni legislative e sulla base di quale criterio maggioritario (che a questo punto andrebbe ricostruito autonomamente in mancanza di indicazioni sul punto dell'accordo del giugno del 2011). Il quesito è quanto mai impegnativo perché implica un delicato collaudo di costituzionalità delle varie ipotesi prospettabili. Al momento si può soltanto dire che la norma, benché costruita sugli accordi aziendali e su una specifica finalizzazione, ha una portata per così dire implicitamente diffusiva non potendosi escludere una sua applicabilità riflessa alla contrattazione nazionale in guisa tale da modificare il tradizionale equilibrio sussistente nel rapporto legge/contratto collettivo con riferimento ai principali istituti di regolazione dei rapporti di lavoro. Il che avrebbe come effetto immediato la necessità di rivedere alcuni anche recenti indirizzi giurisprudenziali che tuttora ritengono di potere censurare alcune norme contrattuali sulla base di veri o presunti principi desumibili dalla legislazione del lavoro (si pensi alle recenti sentenze sul riconoscimento degli scatti di anzianità a favore dei lavoratori impiegati in contratti formativi)⁴⁰.

Il *terzo interrogativo* consiste nello stabilire se il generico riferimento a un “*criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*” (comma 1) implichi un rinvio implicito a quanto di recente regolato nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Il che indurrebbe a leggere la norma in questione come norma di sostegno del recente accordo sia pure in una dimensione per così dire *ultra vires*.

Nonostante il richiamo esplicito contenuto nel comma 1 all'accordo del giugno 2011, sarei orientato ad escludere senz'altro una tale ipotesi ricostruttiva, e ciò non solo per ragioni di interpretazione letterale, ma ancor più per ragioni logico-sistematiche. Anzitutto l'accordo interconfederale riguarda specificamente i contratti collettivi aziendali e non quelli territoriali. In secondo luogo la norma interconfederale privilegia esplicitamente le R.S.U. collocando in un ambito sussidiario eventuali accordi aziendali stipulati da rappresentanze costituite ai sensi dell'art. 19, L. n. 300/1970; in terzo luogo perché la norma confederale prevede un controllo centralistico delle deroghe da effettuare sia in fase preventiva sia in fase autorizzativa. Ma ciò che è ancora più importante rilevare è l'ambito restrittivo entro cui si collocano le deroghe consentite dall'accordo interconfederale in alcun modo

⁴⁰ Su cui v. da ultimo G. IANNIRUBERTO, *Riserva di competenza per l'autonomia collettiva e scatti di anzianità*, in *MGL*, 2010, pag. 2 ss., che esprime riserve sull'indirizzo giurisprudenziale richiamato pienamente condivise.

comparabile con l'elenco di materie richiamate dalla norma commentata⁴¹. Ciò vuol dire, in altri termini, che una cosa è prevedere una derogabilità soggettivamente e oggettivamente circoscritta nell'ambito di un sistema organico di relazioni industriali che consente un rigoroso controllo preventivo e autorizzativo delle eventuali deroghe introdotte al contratto nazionale, altro è prevedere una derogabilità ad ampio raggio ad opera di soggetti eterogenei con riferimento ad una varietà di materie e di istituti e con la possibilità di incidere profondamente sul sistema legale di tutela.

Di tutto ciò si sono mostrati perfettamente consapevoli le associazioni che hanno sottoscritto l'accordo del 28 giugno 2011 allorché in sede di sottoscrizione in data 21 settembre 2011 hanno aggiunto la postilla secondo cui *“Confindustria, Cgil, Cisl e Uil concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil si impegnano ad attenersi all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto Accordo Interconfederale”*.

In quelle parole vi è la chiara percezione che l'art. 8 non è suscettibile di essere utilmente integrato con l'accordo interconfederale, ma anzi ne svaluta i contenuti mettendo in discussione l'intero impianto di articolazione contrattuale su vari livelli e il presupposto fondamentale enunciato nello stesso accordo secondo cui *“il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale”* (punto 2), di guisa che *“la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal CCNL di categoria o dalla legge”*.

12. Le implicazioni sulla legislazione del lavoro

Altrettanto importante è poi cercare di comprendere le implicazioni che scaturiscono da una norma così perentoriamente formulata. Già si è detto dei riflessi negativi che essa può esercitare sui tentativi delle principali confederazioni di ricostituire un

⁴¹ Al punto 7 dell'accordo di giugno si prevede che la contrattazione aziendale “in deroga” possa svilupparsi anche nella fase transitoria, in assenza e in attesa che i rinnovi dei contratti di categoria definiscano la materia, e tuttavia vengono stabiliti alcuni precisi limiti (in parte segnalati con la nostra sottolineatura): le intese modificative potranno riguardare gli istituti del contratto nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e le organizzazioni del lavoro, e dovranno essere finalizzate a *“gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa”*, e infine dovranno essere concluse *“con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale”*. Anche le intese così definite esplicano l'efficacia generale *“come disciplinata dal presente accordo”*.

organico sistema di relazioni sindacali dopo la tempesta Fiat e sulle rovine del precedente sistema. Ma altrettanto problematiche sono le ripercussioni della norma sull'apparato protettivo di tutela nella misura in cui mette in discussione i principi fondanti della materia.

Senza volersi diffondere su una problematica particolarmente impegnativa, è ben noto che la struttura imperativa della norma lavoristica si connette intimamente alla posizione giuridica del lavoratore subordinato nell'attuale assetto istituzionale, il quale è assunto a prototipo dei soggetti economicamente e contrattualmente deboli e sottoprotetti che hanno bisogno di una specifica tutela di carattere compensativo. Di guisa che così come è indisponibile la qualificazione del relativo rapporto, che non potrebbe essere modificata neppure dalla legge ordinaria con riguardo a particolari fattispecie, parimenti imperativa e inderogabile è la relativa normativa di protezione al di fuori delle ipotesi in cui la derogabilità sia esplicitamente consentita, per lo più con la finalità specifica di dare maggiore spazio alla contrattazione collettiva, specie nazionale. L'inderogabilità dell'apparato protettivo è un tratto qualificante del diritto del lavoro e non a caso trova eloquenti corrispondenze nelle principali costituzioni europee e nei trattati internazionali. Il che non vuol dire che la normativa in questione non possa essere derogata da una disciplina contrattuale collettiva, ma perché ciò si realizzi occorre innanzitutto una riforma organica del sistema di relazioni industriali conforme ai principi costituzionali, in mancanza della quale ogni previsione derogatoria di carattere episodico è esposta a censure di incostituzionalità, ma occorre altresì una delimitazione dei margini di flessibilità normativa al fine di tutelare il "nucleo duro" dei diritti fondamentali come ricostruito da una qualificata dottrina. Per contro la norma, per come risulta formulata, ha un potenziale modificativo eccessivamente elevato e indeterminato non adeguatamente filtrato da regole e principi direttivi di carattere restrittivo, e, ciò che è più inquietante, affida il potere derogatorio a soggetti almeno in parte inadeguati, quali sono le rappresentanze aziendali, frequentemente in posizione di forte soggezione rispetto alla controparte imprenditoriale.

Né ha valore richiamare quelle norme che già consentono alla contrattazione aziendale di integrare o modificare disposizioni di legge giacché quelle norme sono strutturate sulla base dei canoni sommariamente indicati: preventiva selezione dell'area tematica su cui intervenire, rigorosa

selezione/qualificazione dei soggetti sindacali delegati in posizione maggioritaria – e su ciò già si è registrato un pericoloso scivolamento quando si è trattato di sostenere accordi non unitari – linee direttive e temporali previamente definite.

È pur vero che anche in passato alcuni di noi hanno postulato un principio di equipollenza strutturale e funzionale della norma legislativa rispetto a quella contrattuale ritenendo che fosse del tutto compatibile con l'assetto costituzionale un'interazione funzionale e dinamica tra i due processi protettivi⁴². Senonché tale equivalenza è stata ricostruita in un contesto politico e istituzionale che esaltava il ruolo delle principali centrali sindacali e la loro capacità di autonoma regolazione dei rapporti sindacali e di lavoro. Inoltre essa è stata prospettata con riferimento a determinate aree tematiche secondo una gerarchia di interessi e valori direttamente desumibile dall'assetto costituzionale. Infine - ciò che più conta – quella ricostruzione faceva riferimento esclusivo al contratto collettivo nazionale di lavoro: ciò sul presupposto che, nell'assetto costituzionale e nella prassi legislativa del nostro paese, il contratto nazionale di categoria è deputato a svolgere un ruolo regolamentare con efficacia generale e quindi ad operare in una dimensione che travalica la natura negoziale del relativo atto per proiettarsi nella dimensione di una forma tipica e in qualche modo privilegiata di disciplina dei rapporti di lavoro.

Oggi il discorso viene prospettato in tutt'altro contesto politico-istituzionale e con la finalità opposta di esaltare la discrezionalità contrattuale di alcuni grandi gruppi industriali la cui visione egemonizzante delle proprie esigenze può soltanto portare allo sgretolamento del sistema vigente. È pur vero che la norma delimita i soggetti deputati alla sottoscrizione dei contratti aziendali con particolare riferimento alle associazioni dei lavoratori “comparativamente più rappresentative” sul piano nazionale e territoriale, e che richiede “specifiche intese” che rinviano alla necessità di operazioni derogative volontarie, consapevoli e delimitate. Ciò nondimeno il riferimento a una rappresentatività comparata a livello territoriale, il recupero della tradizionale rappresentanza aziendale, e l'intrinseca ambiguità del termine “specifiche intese”, non sono per nulla rassicuranti, tanto più se si adotta un criterio maggioritario riferito alle rappresentanze sindacali e non ai soggetti che sono da essi rappresentati.

⁴² Per tutti v. L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, pag. 277, e dello stesso Autore, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, pag. 692, nonché G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo sindacale, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, sulla base di un'analitica ricostruzione dei caratteri strutturali della norma legislativa e di quella contrattuale; ma si vedano anche i saggi già citati di B. CARUSO e di M. NAPOLI.

13. Le implicazioni sul sistema di relazioni industriali

Autonome riserve desta la facoltà attribuita alla contrattazione aziendale di prossimità di derogare norme del contratto nazionale e ciò in particolare in quegli ambiti che esulano dalle direttive formulate dallo stesso contratto nazionale attraverso clausole di rinvio e di delegazione. Su questo aspetto si investe direttamente l'autonomia organizzativa delle associazioni sindacali e la funzione che essi hanno tradizionalmente assegnato al contratto nazionale. Anche a non volere replicare la retorica sul valore etico del contratto nazionale, per la uniformità che realizza delle condizioni di lavoro sull'intero territorio nazionale (peraltro su condizioni minimali di tutela costruite sul paradigma dell'impresa marginale), l'inderogabilità del contratto nazionale riflette un dato economico-sociologico in quale misura pre-giuridico⁴³, giacché riflette la naturale esigenza dei principali sindacati di esercitare un controllo monopolistico delle condizioni di impiego della forza lavoro per evitare rincorse al ribasso in un mercato strutturalmente sperequato (connessa a tale funzione è la naturale proiezione del sindacato a coinvolgere tutti i lavoratori potenzialmente interessati e a rendere il contratto collettivo automaticamente vincolante nei rapporti di lavoro). Certamente si tratta di un dato storico non immutabile – anche se trova ampio riscontro nella nostra legislazione del lavoro da tempo immemorabile (basterebbe pensare alla legge n. 741 del 1959, ovvero alla nuova versione dell'art. 360, n. 3, c.p.c., per non parlare della regolamentazione sul pubblico impiego), e per taluni riflessi nello stesso contenuto dell'art. 39, comma 4 – che tuttavia, alla luce dei principi di libertà ed autonomia sindacale, soltanto il sindacato sembra legittimato a rimuovere o modificare, che è appunto quanto solitamente avviene attraverso le clausole di organizzazione e di articolazione del sistema sindacale (v. per tutte Corte Cost. n. 34/1985 e n. 189/2007)⁴⁴.

Un intervento legislativo che si intromette d'autorità in una materia tradizionalmente tipica, se non esclusiva, dell'autonomia collettiva, peraltro da poco disciplinata, realizza non solo una fuga in avanti ma un'indebita invasione di

⁴³ G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, 1985, sp. pag. 35 ss.

⁴⁴ Come si è efficacemente sintetizzato all'esito di una attenta rassegna "In contesti storici particolari non è da escludere che il legislatore intervenga per la tutela dei lavoratori, ma ipotizzare che in materie tradizionalmente riservate all'autonomia sindacale egli possa senza alcun limite fissare delle regole o imprimere una direzione che le parti stipulanti hanno chiaramente esclusa, significa svuotare di contenuto quell'art. 39, comma 1, la cui precettività è fuori discussione" G. IANNIRUBERTO, *Riserva di competenza*, cit., pag. 11.

competenze. Altro sarebbe stato se il legislatore si fosse limitato a sancire l'efficacia generale degli accordi stipulati secondo i criteri e le procedure previste dall'accordo del giugno 2011 e nelle materie delimitate dalla stessa contrattazione. Anche in questi casi sarebbero insorte questioni di compatibilità con i vincoli costituzionali, ma il percorso sarebbe stato meno accidentato, non solo perché la Corte Costituzionale ha sempre manifestato una particolare benevolenza a tollerare leggi che recepiscono accordi sindacali, ovvero leggi negoziate, ma anche perché l'accordo del giugno del 2011 disciplina procedure di formazione della volontà collettiva compatibili con i principi fondamentali desumibili dalla norma costituzionale (democraticità, proporzionalità, maggioranza)⁴⁵. In questo modo sarebbero stati egualmente assicurati quegli obiettivi di flessibilità che, secondo le roboanti dichiarazioni governative, ci vengono perentoriamente richiesti dalla comunità internazionale, e ciò senza effettuare alcuna invasione di campo. E invece il legislatore è andato ben oltre per assecondare le richieste di "sanatoria" di un'azienda che si era mossa "sopra le righe" e che rischiava di trovarsi invischiata in un contenzioso giudiziario senza vie di uscita.

14. L'efficacia erga omnes del contratto di prossimità e i connessi profili di costituzionalità

Come già emerso nel corso della trattazione, la norma presenta molteplici profili di rilevanza costituzionale, già ampiamente evidenziati dalla dottrina lavoristica, di cui tre appaiono preminenti: *a)* con riferimento alla derogabilità della legislazione imperativa ad opera della contrattazione territoriale ed aziendale; *b)* con riferimento alla derogabilità da parte dei contratti decentrati dei contenuti del contratto nazionale; e *c)* con riferimento all'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale o territoriale specie allorquando presenti un contenuto peggiorativo di disposizioni legali e/o contrattuali.

Tralascio del tutto i primi due profili dei quali mi sono occupato in altra sede, sia pure in una prima lettura del testo normativo⁴⁶, ed invece ritengo di dovere concentrare l'attenzione esclusivamente sul terzo profilo perché strettamente connesso alla tematica sin qui analizzata.

⁴⁵ Su cui M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, cit., pag. 665.

⁴⁶ Ci sia consentito rinviare a G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".it*, n. 129/2011, e ancor più a F. CARINCI, *Al capezzale*, cit.

La questione è evidentemente quella di stabilire se e in che misura le “*specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*” possano entrare in rotta di collisione con i commi 2-4 dell’art. 39.

Si è detto che la normativa costituzionale non si applicherebbe al contratto aziendale essendo forgiata esclusivamente sul contratto di categoria. Se ciò fosse vero, il problema rimarrebbe in piedi per quanto riguarda il contratto territoriale, visto che il concetto di categoria richiamato nell’art. 39 Cost. è troppo indistinto per escludere questa tipologia di contratti extra-aziendali⁴⁷. Il che evidenzia subito una grave incongruenza per avere il legislatore preteso di disciplinare contestualmente, quanto ad efficacia generale, *sia* la contrattazione territoriale *sia* quella aziendale, che pure hanno caratteristiche difformi, e di avere mantenuto al di fuori la contrattazione nazionale, che invece presenta connotati alquanto affini alla prima tipologia di contratti.

A parte ciò, è del tutto revocabile in dubbio che la norma costituzionale non sia vincolante con riferimento al contratto aziendale. È vero che l’art. 39 si riferisce al contratto di categoria sulla scorta di quanto già avveniva nell’ordinamento corporativo, ed è pure vero che molte norme successive - ad iniziare dalla legge n. 741 del 1959 sino all’art. 2, d.lgs. n. 40/2006, che ha modificato l’art. 360, n. 3, c.p.c. - richiamano espressamente i contratti nazionali di categoria collocandoli su un piano distinto dagli altri livelli contrattuali. Ma ciò si spiega per una ragione prevalentemente storicistica inerente la nostra tradizione sindacale, e cioè perché il contratto nazionale ha storicamente rappresentato il contratto normativo per antonomasia, e non già per una ragione strutturale che riguarda il contenuto precettivo del disposto costituzionale. In altri termini la norma costituzionale richiama il contratto nazionale di categoria in quanto esemplificativo del contratto “normativo” all’epoca maggiormente diffuso, ma se il contratto collettivo aziendale si dispiega ad assolvere una funzione equivalente, e cioè una funzione normativa, rientra naturalmente nel circuito regolativo dell’art. 39. Ciò è quanto si desume chiaramente dall’elaborazione della Corte costituzionale (v. per tutte sent. n. 268/1994), la quale differenzia i contratti collettivi, non in base al livello

⁴⁷ Così R. PESSI, *Indisponibilità regolativa dell'autonomia collettiva*, (dattiloscritto), pag. 15, che opportunamente richiama Corte Cost. 19 novembre 1964, n. 97, e 15 gennaio 1976, n. 19.

di operatività - come semmai fa una parte della dottrina - ma in base alla funzione esercitata, collocando in un ambito separato o specialistico soltanto i contratti cd. gestionali, in quanto finalizzati a regolamentare singole vicende concrete connesse per lo più a situazioni di crisi e riorganizzazione aziendale⁴⁸. Ad opinare diversamente occorrerebbe riconoscere che, se il nostro sistema sindacale dovesse evolversi nella direzione di un'accentuata valorizzazione dei contratti aziendali, la maggior parte della contrattazione collettiva, pur assumendo valenza generale, sarebbe sottratta ai vincoli previsti dalla norma costituzionale, e ciò per una ragione sostanzialmente nominalistica⁴⁹.

Sta di fatto che i contratti prefigurati dall'art. 8, quand'anche stipulati a livello aziendale, non sono contratti gestionali, *né* per le materie su cui possono intervenire, *né* per la funzione che assolvono, mentre sono a pieno titolo contratti normativi (o al più sono contratti dal contenuto promiscuo in cui la linea divisoria tra ciò che è gestionale e ciò che è normativo è quanto mai fluida).

Sotto altro profilo, come ci insegna ormai da tempo la più qualificata dottrina, l'autonomia contrattuale ha la più ampia facoltà di delimitare il perimetro soggettivo della "categoria", anche con esclusivo riferimento alla dimensione aziendale, essendo in questa materia assolutamente sovrana ed insindacabile. Del resto, ciò è proprio quello che hanno fatto le parti negoziali nella vicenda Fiat nel momento in cui hanno elevato il contratto aziendale a rango di contratto normativo di primo livello con pretese regolative esaustive.

Acquisita l'assoggettabilità del contratto aziendale *erga omnes* ai vincoli prescritti dal testo costituzionale, non può esservi dubbio che la recente disposizione legislativa sia in contrasto con il dettato costituzionale perché ne viola i principi fondamentali e cioè quelli considerati imprescindibili una volta depurata la norma da disposizioni procedurali di carattere transeunte. Ci si riferisce al principio di democraticità, vincolante nei processi organizzativi interni, al principio proporzionalistico nel procedimento formativo di una rappresentanza unitaria, e al principio di maggioranza che rappresenta la regola costantemente operante negli organismi collegiali a base elettiva. Ebbene, per dirla in sintesi, il "*criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*", così genericamente enunciato nella norma, non è autonomamente idoneo ad avallare la legittimità della stessa se non si

⁴⁸ In termini affini v. F. CARINCI, *Al capezzale*, cit., pag. 23-24, il quale, all'esito di un'ampia rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale, rileva che "*quel che qui interessa sottolineare è che l'esenzione rispetto al disposto costituzionale riguarda la contrattazione nazionale, territoriale, aziendale, senza distinzione alcuna, si che non è possibile dedurre che quella di categoria sia dentro e quella aziendale sia fuori dall'art. 39, commi 2 ss., Cost.*".

⁴⁹ F. CARINCI, *Al capezzale*, cit., pag. 30.

innesta pregiudizialmente in un sistema di relazioni sindacali preventivamente e organicamente disciplinato che consenta “a monte” una verifica oggettiva dell’effettiva capacità rappresentativa dei singoli partecipanti (verificata, ed anzi oggi bisognerebbe dire certificata, su dati quantitativi obiettivi), la più ampia partecipazione democratica, e un procedimento decisionale organizzato secondo i canoni innanzi indicati.

In un corretto procedimento la maggioranza non potrebbe essere riferita alle “*predette rappresentanze aziendali*”, in quanto le rappresentanze aziendali, ormai designate dall’esterno, possono anche registrare un’adesione limitata da parte dei lavoratori e persino nessuna adesione al di fuori del soggetto prescelto, ma andrebbe necessariamente riferita alla collettività rappresentata o almeno a quella più partecipativa di essa.

In una siffatta regolamentazione sarebbero ammissibili anche soglie minime di partecipazione (come quella del 5% prevista dall’accordo interconfederale del 2011), che hanno una razionalità intrinseca per contrastare il frazionamento e la diaspora sindacale, di per sé pregiudizievole dell’azione sindacale, ma è imprescindibile assicurare la facoltà di ciascuna organizzazione sindacale di partecipare al processo negoziale, come in buona parte avviene con l’accordo interconfederale del giugno 2011⁵⁰. Da tutto ciò prescinde totalmente la norma esaminata, la quale si limita a concentrare l’attenzione su un criterio di maggioranza costruito con esclusivo riferimento (“*relativo*”) alle (“*predette*”) rappresentanze sindacali aziendali. Il che vuol dire che, con il consenso della controparte, si potrebbero determinare vere e proprie situazioni di monopolio contrattuale da parte di aggregazioni sindacali artificiali, e cioè maggioritarie nel novero delle rappresentanze aziendali, ma minoritarie rispetto alla base elettorale⁵¹.

15. Brevi rilievi conclusivi

⁵⁰ Non a caso l’ultimo accordo interconfederale, nel riferirsi alle RSU, non richiama la “clausola del terzo” riservata alle associazioni stipulanti, che sarebbe incompatibile con l’attuale quadro di relazioni industriali. D’altro canto la clausola del terzo ha sempre avuto una valenza interna alle tre confederazioni ma non può essere esportata all’esterno nel momento in cui il contratto aziendale si predispose ad assumere portata generale.

⁵¹ Né è possibile raffrontare la norma esaminata con le molteplici leggi che rinviano alla contrattazione collettiva estendendone l’ambito di efficacia. A parte che le leggi richiamate hanno una portata limitata e tipizzano preventivamente le materie che possono essere interessate dalla contrattazione, in tutti i casi evocati l’efficacia del contratto collettivo si giustifica in relazione alla tecnica normativa adottata che incorpora il contenuto contrattuale all’interno di un processo regolativo più ampio, che non preclude la possibilità che siano sottoscritti contratti collettivi anche da parte di associazioni minoritarie sulla stessa materia.

Al termine di queste riflessioni non può non essere sottolineata la parabola del nostro diritto sindacale, che ha portato nell'arco di mezzo secolo dalla valorizzazione del ruolo autoregolativo delle principali centrali sindacali alla esaltazione della contrattazione aziendale e dei gruppi monopolistici che ne determinano i contenuti; da un sistema di astensionismo legislativo dai risvolti fortemente partecipativi ad un sistema di ipertrofia legislativa, quanto meno con riferimento alla sua intrusività nelle relazioni industriali; da un sistema in cui l'efficacia del contratto collettivo è affidata a meccanismi duttili e pragmatici, rispettosi della più ampia libertà e del pluralismo sindacale a un sistema in cui l'efficacia generale del contratto collettivo è apoditticamente enunciata su presupposti tecnici e giuridici assai fragili; insomma si è passati da un'opzione di politica del diritto ispirata all'obiettivo dell'aggregazione e della unitarietà dell'azione sindacale, quale parte integrante di politiche perequative e redistributive di livello nazionale, ad opzioni ideologiche che favoriscono la frammentazione, la diversificazione sindacale, e la più ampia competizione aziendale, giocata prevalentemente sulla riduzione dei costi di lavoro e sulla più insaziabile flessibilità organizzativa.

Uno spostamento così rapido del pendolo da un modello ad un altro non sembra francamente tollerabile e rischia di distruggere l'intero ingranaggio con effetti allarmanti sulla tenuta dell'intero sistema economico e produttivo. E ciò neppure in periodi di crisi e di regressione economica imperante, nei quali sarebbe invece indispensabile un ampio coinvolgimento delle parti sociali e un sapiente bilanciamento tra momenti di amministrazione centralistica delle relazioni sindacali e delle politiche del lavoro e di momenti regolativi demandati a livello decentrato in funzione principalmente incentivante di nuove iniziative produttive.

Né una legittimazione di una tale radicalizzazione può essere desunta dal confronto comparativo con le principali esperienze europee⁵², secondo un *refrain* ricorrente in alcune recenti analisi che, a nostro avviso, confusamente sovrappongono un *trend* al decentramento regolativo, rilevabile in tutti i principali paesi dell'Unione Europea, ma in un quadro di

⁵² Per tali tendenze in Europa, v. A. SUPPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto del lavoro*, in GDLRI, 2005, pag. 155; R. SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, *ivi*, 2006, pag. 637; AA.VV., *Collective bargaining in Europe*, Ministero de Trabajo y Asuntos Sociales, Spain, 2004; A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, e in specie i contributi di G. ORLANDINI, pag. 55, e di N. COUNTORIS, pag. 95. Da ultimo v. pure T. TREU, *Le relazioni industriali nell'era della globalizzazione: accordi in deroga in Europa e la sfida dei sistemi contrattuali*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2011, I, pag. 53 ss.; nonché da ultimo v. A. ANDREONI-B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009.

regole e prassi più o meno consolidate, con forme di aziendalismo spinto, che potrebbe divenire persino anarchico, sostanzialmente estranee alle tradizioni europee.

Indubbiamente il nostro sistema giuridico contiene molti antidoti nei confronti di un'accentuata aziendalizzazione delle relazioni industriali, con tutto ciò di deteriore che questo significa, e i richiami diffusi, *da una parte* al sistema costituzionale di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni⁵³, e *da un'altra parte* alle forti spinte che provengono dall'Europa per una contrattazione di livello sovranazionale o transnazionale, sembrano del tutto pertinenti per segnalare dei limiti che determinate politiche sindacali non possono oltrepassare. Tuttavia resta la sensazione di un corpo spurio o di un vero e proprio virus che si è insinuato nel nostro sistema giuridico di cui è difficile comprenderne le potenzialità degenerative.

⁵³ Su tale profilo si sofferma ampiamente F. CARINCI, *Al capezzale*, cit., pag. 30, con considerazioni pienamente condivise.

IL PRIMA E IL DOPO L'ART. 8: MA CAMBIA VERAMENTE QUALCOSA? ¹

Gaetano Zilio Grandi
Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. L'oggetto delle riflessioni: il Diritto del lavoro, oggi, e la norma di cui all'art. 8 l. n. 148/2011. – 2. Prima dell'art. 8: la stagione degli accordi separati e la pace armata dell'accordo 28 giugno 2011. – 3. Quale rappresentatività per quali contratti.- 4. Gli spazi del contratto aziendale nell'accordo di giugno... – 5. e... quelli dell'accordo di prossimità nell'art. 8 l. n. 138/2011.

1. L'oggetto delle riflessioni: il Diritto del lavoro, oggi, e la norma di cui all'art. 8 l. n. 148/2011.

I miei spunti di riflessione traggono spunto da una - anche troppo discussa, come vedremo - norma contenuta nella c.d. Manovra di ferragosto, ovvero nel d.l. n. 138/2011, poi conv. nella l. 14 settembre 2011, n. 148, ma anche dalle innovazioni apportate da recenti accordi interconfederali, più o meno condivisi. Tuttavia, e preliminarmente, occorre provare a spiegare, per quel che ci consta, il senso del titolo di questo Seminario; e dunque, preliminarmente, provare altresì a valutare correttamente il momento storico delle nostre Relazioni Industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011 e le vicende Fiat, che tanto stanno occupando e preoccupando addetti ai lavori e lavoratori del settore.

Dunque una prima domanda, insita nel titolo del Convegno, riguarda com'era, prima dell'art. 8 citato, il Diritto del lavoro italiano. Semplicisticamente, e richiamando parte della dottrina che spinge verso modifiche dell'attuale assetto regolativo, da un lato, e di protezione in particolare nei confronti del licenziamento individuale, potremmo rispondere che si tratta di un Diritto del lavoro strabico, duale, che protegge solo una parte dei lavoratori, ovvero quelli in “possesso” (e le virgolette sono volute) di un posto di lavoro a tempo indeterminato mediante un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno; mentre l'altra parte del mercato del lavoro risulterebbe, ed anzi risulta, sostanzialmente priva di ogni tutela, sebbene a nostro avviso qualche elemento di novità fosse stato portato dal tanto vituperato d.lgs. n. 276/2003, in specie per quel che attiene alla tipologia di collaborazione

¹Intervento svolto al Convegno su *Il Diritto del lavoro dopo l'art. 8 della legge n. 148/2011*, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma LUISS, 13 dicembre 2012.

– autonoma – a progetto o programma, come d’altro canto dimostrano gli interventi dei ministri del lavoro di entrambi gli schieramenti, certo con il malsano strumento delle circolari.

E d’altro canto, per rimanere a quella che sopra abbiamo chiamato “regolazione”, una delle primarie cause della disarmonia sostanziale del nostro sistema giuslavoristico risiede, come ben ci avvisava Gino Giugni un paio di decenni orsono, proprio nella confusione delle fonti di disciplina, giunte a sconvolgere assetti che tutti noi ritenevamo consolidati. Anche su questo punto, tra l’altro, insiste la norma in commento, come si cercherà di mettere in evidenza.

Siamo in presenza dunque, e non da oggi né da ieri, di una sostanziale modifica del sistema giuslavoristico che, criticabile fin che si vuole, comporta l’applicazione di nuove regole e meccanismi regolatori che appaiono, quantomeno, integrare il consueto schema delle fonti della materia di cui già ci parlava Massimo D’Antona, avvisandoci che l’assetto tradizionale della persistente e necessaria inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo stava subendo un evidente integrazione, se non sostituzione da parte di meccanismi più “flessibili”².

Ed ora, dopo la stagione della flessibilità, la norma in commento, ovvero la seconda parte del titolo oggetto del Convegno, l’art. 8, l. n. 148/2011, introduce un ulteriore elemento di problematicità, la contrattazione di “prossimità”, nei limiti tuttavia di cui si dirà poco oltre.

2. Prima dell’art. 8: la stagione degli accordi separati e la pace armata dell’accordo 28 giugno 2011.

L’accordo di giugno, tuttavia, arriva a coronamento di una fase a dir poco turbolenta del nostro sistema di relazioni industriali: certo sospinta verso nuove dinamiche da eventi contingenti e vicende aziendali, come il caso del contratto collettivo nazionale per il settore metalmeccanico e di lì a poco dello “strappo” di Fiat, ma comunque nell’ambito di un ripensamento in atto da tempo delle regole sindacali e, soprattutto, dei meccanismi di riconoscimento della rappresentatività sindacale.

² V. in proposito l’intervento di L. MARIUCCI al Convegno in ricordo di Massimo Roccella, a Cagliari, dattiloscritto; e anche V. FILÌ, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella Manovra di ferragosto (art. 8 d.l. n. 138/2011)*, in *LG*, 10/2011, p. 977 ss.

Basti in proposito ricordare due accordi tanto rilevanti sul piano, di fatto, delle relazioni sindacali, quanto in verità non forieri di gravi ripercussioni sul piano giuridico, se si eccettua la “battaglia” legale intorno all’accordo integrativo/sostitutivo Fiat di Pomigliano e a quello di Mirafiori³: l’accordo quadro del 22 gennaio 2009 e quello interconfederale del 15 aprile del medesimo anno.

In altre parole ci pare che sia nostro compito – lasciando altre considerazioni alle parti sociali, che comunque in maggioranza sembrano esprimere una buona opinione sull’accordo pacificatore di giugno – valutare gli aspetti tecnico-giuridici, di funzionamento, del nuovo assetto, come con la consueta chiarezza ha fatto la dottrina in un recente e breve, ma efficacissimo, scritto⁴; mentre non ci pare il caso di arrovellarci in considerazioni di politica del diritto eccessivamente critiche nei confronti di “qualunque” cambiamento dello *statu quo*. Tanto più che, ad onor del vero, l’accordo di giugno è stato voluto, condiviso e siglato da tutte le Confederazioni.

Forse il punto, tuttavia, sta proprio qui. Ci pare infatti che, esattamente come avvenne nel biennio 1992/1993, e probabilmente con lo stesso intento di porre un ulteriore tassello “storico” nell’affannoso e disordinato sistema di relazioni sindacali italiano, messo in difficoltà, sul piano economico, dagli sviluppi della c.d. globalizzazione, dei quali parte della dottrina ci avvisava da tempo⁵.

Ci pare infatti che le parti sociali abbiano sentito una sorta di “richiamo della foresta” per addivenire ad un accordo sui temi centrali del nostro diritto sindacale da oltre 60 anni. Perché proprio ora? Qualcuno, malizioso ma non troppo, ritiene che ciò serva, alle confederazioni, per definire in autonomia le regole del sistema, come parrebbe imporre la regola costituzionale; e nel far questo tuttavia ci si sia posti più un obiettivo micro, consistente in un processo di “categorializzazione” del sistema e di depotenziamento di possibili fughe verso un sindacalismo, nuovamente, di base, ovvero strettamente collegato all’impresa *de qua*⁶. La lettura dell’accordo conferma questa ipotesi, laddove esso quasi in modo ossessivo richiama il livello di categoria, nazionale, che invece, come subito vedremo,

³ Sia permesso il rinvio a G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE, *La “rinascita” dell’articolo 28 dello Statuto dei lavoratori e il caso del Cnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli contrattuali, problemi di rappresentanza sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale*, in *DRI*, 3/2011, p. 347 ss.

⁴ M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull’accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 3/2011, p. 452 ss.

⁵ P. ICHINO, nel suo atecnico ma efficace volume su *A cosa serve il sindacato?*, Mondadori, 2005; e, in specie sui rischi derivanti dalla globalizzazione per la nostra materia, già A. PERULLI, *Diritto del lavoro, codici di condotta e clausole commerciali*, Padova, Cedam, 2005.

⁶ Così C. ROMEO, *Luci ed ombre sull’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *LG*, 9/2011, p. 879 ss.

è sostanzialmente depotenziato già ed anche in questo Accordo, senza doversi “attendere il paradiso” dell’art. 8 l. n. 148/2011.

Insomma, la chiusura dell’Accordo di giugno rispetto ai suoi oltraggiati, e secondo molti oltraggiosi, Accordi interconfederali precedenti sembrerebbe porre il sistema sotto il controllo delle confederazioni e, dunque, della struttura contrattuale sino a quel momento sviluppata. Certo, vi sono notevoli aperture, sulle quali subito torneremo, con riguardo al ruolo del contratto aziendale, ma in fondo sembra che il livello categoriale di contrattazione collettiva possa reggere, nuovamente, l’urto del contesto esterno, fatto di un’economia in profondo cambiamento, una crisi finanziaria nella quale siamo tuttora avviluppati, e una assenza di risposte chiare ed univoche da parte delle parti sociali e dello stesso Governo in carica, se si eccettua, fondamentalmente e appunto, l’art. 3 dell’accordo, interpretato in senso fondamentalmente ampio, e di due ulteriori cenni, contenuti nell’art. 7 dello stesso accordo⁷.

E a far da sfondo sta l’intera e complessa vicenda Fiat, con i suoi corollari in termini di conflitto sindacale da un lato e di contenzioso giudiziario dall’altro. Ma soprattutto ancora l’annosa questione della rappresentatività sindacale, che ad avviso di molti risulta essere il vero obiettivo “grosso” dell’accordo.

3. Quale rappresentatività per quali contratti.

Il problema, dunque, è dato da quella che è stata intesa come una lacuna dell’accordo, e forse in qualche modo voluta.

Se è vero che l’accordo di giugno è particolarmente preciso nella ricostruzione degli strumenti di individuazione delle forme rappresentative delle organizzazioni sindacali per il livello di categoria (dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali, certificati dall’Inps e quindi trasmessi al Cnel), ritenendo ammesse al tavolo della contrattazione collettiva nazionale le organizzazioni sindacali con una rappresentatività non inferiore nel settore al 5%, come media tra dato associativo e dato elettorale; è fuori di dubbio che se si passa al livello inferiore, e alla correlata individuazione dei soggetti legittimati a trattare e firmare accordi collettivi, le cose si complicano. In altre e più semplici parole manca un raccordo tra i diversi passi, legali e contrattuali, fatti negli ultimi 20 anni

⁷ Così, puntualmente, M. PERSIANI, op. ult. cit., p. 452-453.

sul piano degli organismi rappresentativi a livello aziendale ed il livello territoriale e nazionale di rappresentanza sindacale.

Così occorrerà distinguere tra presenza di rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 St. lav., novellato nel 1995, e presenza e criteri di organismi rappresentativi previsti nel Protocollo del 1993 e nell'Accordo quadro "separato" del 2009. La confusione insomma è molta, e per questo la dottrina ha potuto ritenere priva di rilievo l'istanza negoziale e la contrattazione collettiva territoriale, non a caso, come si vedrà, riproposta con scarsi esiti dall'articolo 8 l. n. 148/2011⁸.

Pur tuttavia, l'accordo interconfederale più recente chiarisce che il nuovo "metodo" di computo, in simmetria con quanto suggerito dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 165/2001, risulta meramente quantitativo, e infine incentrato sul criterio della maggioranza: senza tuttavia altrettanto chiaramente indicare come risolvere gli inevitabili contrasti tra istanze rappresentative e, ovviamente, le possibili questioni di legittimità costituzionale, dei quali la vicenda Fiat ha costituito un goloso antipasto, se si eccettua il caso in cui il contratto collettivo verrà ritenuto vincolante per tutti i lavoratori una volta raggiunta la maggioranza nell'ambito della rappresentanza sindacale unitaria (Rsu), considerata anche in giurisprudenza organismo a funzionamento collegiale (e non potrebbe essere altrimenti, lasciandosi ovviamente spazio a controversie, anche qui, endosindacali). E ove questa non sussista, nell'ambito della rappresentanza sindacale aziendale *ex art. 19 St. lav.* (Rsa), con evidenti ricadute sul piano dei rapporti tra sindacati più che tra essi e l'azienda.

4. Gli spazi del contratto aziendale nell'accordo di giugno...

Si è accennato che l'accordo interconfederale di giugno esplicitamente promuove la contrattazione collettiva di secondo livello. Ne è evidenza, subito, l'ultima premessa, ove si insiste nell'obiettivo di favorire lo sviluppo e la diffusione della stessa. Come si è già anticipato sarebbe incoerente con il significato stesso dell'accordo, che segue precedenti esperienze separate, interpretare la clausola relativa alle materie delegate, "in tutto o in parte", in senso riduttivo. Così come, una volta accolto da parte di tutti i firmatari il nuovo

⁸ Sin d'ora sul punto, e recisamente, F. CARINCI, *Intervento* al Convegno All'inseguimento di un sistema stabile ed affettivo: l'accordo interconfederale 28 giugno alla luce dell'art. 8 d.l. n. 138/2011, Bologna, in corso di pubblicazione. E il corposo saggio di F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WPCS Massimo D'Antona*, n. 127/2011. E prima dell'abbinata Accordo 28 giugno 2009 e art. 8 F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, relazione alle Giornate di studio Aidlass su *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Copanello 24-25 giugno 2011, in corso di pubblicazione in *GDLRI*.

assetto della rappresentanza/rappresentatività, risulta difficile leggere “al ribasso” la prevista efficacia soggettiva generalizzata del contratto collettivo aziendale, laddove approvato dalla maggioranza, si è detto, dei componenti delle Rsu ovvero, come recita il punto successivo, delle Rsa nel qual caso, inoltre, l'accordo prevede un ulteriore meccanismo di validazione consistente nel possibile referendum confermativo dell'intesa raggiunta. Insomma, l'accordo riconosce *a priori* la possibilità di discrasie nel sistema rappresentativo e nei suoi strumenti e ne prevede un meccanismo, appunto, validativo.

Peraltro, ed è il punto più caldo, in assenza di disposizioni dei contratti collettivi di categoria in proposito, possono comunque stipularsi contratti collettivi aziendali tra le rappresentanze sindacali in azienda, in accordo con le organizzazioni territoriali espressione delle Confederazioni stipulanti l'accordo di giugno, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa che definiscano intese (evidentemente *aliud* rispetto ai contratti aziendali)⁹ modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa (l'intera parte normativa ed economica?), gli orari e l'organizzazione del lavoro: in una parola, tutto!

Ora è evidente che si tratta di un chiaro caso di deroga alla contrattazione collettiva nazionale di cui è colma l'esperienza sindacale e la casistica giudiziaria, e non solo sulla base di specifiche previsioni legislative, su cui subito si ritornerà. Si tratta di ciò che anni fa Riccardo Del Punta richiamava come il criterio di risoluzione del rapporto/confitto tra contratti collettivi di diverso livello¹⁰. E tutti noi sappiamo che, fermi restando i limiti retributivi tratteggiati dall'art. 36 Cost., i limiti legislativi e in specie l'ovvio divieto discriminatorio, con l'argine ulteriore dato dai diritti acquisiti, il contratto collettivo aziendale poteva e può ancora derogare appunto a quello nazionale. Semmai, pare a noi che l'accordo di giugno apra ulteriori possibilità, quantomeno fino a quando le stesse parti sindacali, a livello nazionale, non si riappropriano della competenza disegnata dall'art. 7 dell'accordo medesimo, ove tra l'altro si parla di sperimentazione e temporaneità, mentre per i contratti e le intese di cui alla citata seconda parte non sembrano sussistere tali requisiti.

Insomma pare a noi che l'accordo di giugno abbia sfondato ampiamente quella che molti giuslavoristi intendevano e intendono come linea *Maginot* nel rapporto tra i livelli

⁹ Ma sul punto rinvio alle pagine dettagliate di F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in corso di pubblicazione.

¹⁰ R. DEL PUNTA, *Il contratto aziendale nella dottrina italiana*, RIDL, 1989, I, 284 ss.

contrattuali, per motivazioni evidentemente più di carattere politico-sindacale che strettamente giuridico.

5. ... e quelli dell'accordo di prossimità nell'art. 8 l. n. 138/2011.

Infine, ma non meno importante - in verità più per le sue ripercussioni politico-sindacali che per l'impatto giuridico -, arriva finalmente l'altro oggetto del titolo del nostro incontro: *l'art. 8 della l. n. 148/2011*. Intitolata al sostegno alla contrattazione collettiva *di prossimità* (richeggia qui quanto detto e poi scritto da Mario Grandi al congresso Aidlass di Arezzo del 1981, ove si chiariva efficacemente come la regola nei rapporti tra livelli contrattuali dovesse appunto essere quella della specialità, *id est*, ci pare, prossimità alle materie negoziate)¹¹, la norma sembra ulteriormente approfondire il divario tra il diritto del lavoro "prima" e "dopo" la medesima¹².

¹¹ M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in GDLRI, 1982.

¹² Art. 8 - Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità.

1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011), possono realizzare specifiche intese (con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali), finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, (all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori), alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività.

2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione (con riferimento):

- a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio (il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento).

(2-bis . Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro).

3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori.

(3-bis. All'articolo 36, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, sono apportate le seguenti modifiche):

((a) all'alinea, le parole: «e la normativa regolamentare, compatibili con la legislazione comunitaria, ed applicate» sono sostituite dalle seguenti: «la normativa regolamentare ed i contratti collettivi nazionali di settore, compatibili con la legislazione comunitaria, ed applicati»);

((b) dopo la lettera b, e' inserita la seguente): «(b-bis condizioni di lavoro del personale)».

Come scritto in modo dirimpente da Antonio Vallebona¹³, e come si è cercato di segnalare al principio di questo intervento parlando di regolazione, si tratta di una norma sulla produzione giuridica e non, dunque, una norma di azione. L'art. 8, cioè, sostituisce al tradizionale meccanismo di inderogabilità con efficacia sostitutiva un meccanismo incentrato sulla norma semimperativa, derogabile cioè da altra fonte espressamente indicata dalla prima.

Una tecnica che, a dire il vero, non costituisce certo una novità nel nostro panorama giuslavoristico, potendosi anche solo citare il caso delle norme in tema di contratti collettivi di solidarietà. E in effetti coloro che hanno apprezzato l'intervento del legislatore hanno ribadito tale dato fondamentale in materia di rapporti tra legge e disposizioni di contratto collettivo, in specie aziendale.

Il potere di derogare la legge può venire *solo* dalla legge, e la legge, nella fattispecie, c'è a prescindere dal fatto che sia ritenuta anticostituzionale¹⁴ o, più propriamente, incostituzionale. Nel frattempo, dunque, essa svolge i suoi significativi. Ma, e qui sta il punto, non si tratta probabilmente di effetti eversivi rispetto a quanto disposto dal citato accordo interconfederale. La norma parla di contratti aziendali o territoriali: ma già si è ravvisato che lo spazio di manovra della contrattazione territoriale, soprattutto per quel che attiene ai soggetti legittimati, appare di difficile praticabilità.

Soggetti abilitati sono le associazioni più rappresentative sul piano nazionale o territoriale con l'avvertenza di cui si è detto. Anche una sola di quelle associazioni, ovvero le rappresentanze sindacali aziendali delle suddette associazioni. Insomma una garanzia di legittimazione contrattuale pare sussistere, non dovendosi *in apicibus* pensare alla configurazione di un sindacato di comodo.

E si può trattare, indistintamente, di Rsa e Rsu. Vero è che l'art. 8 prevede un'efficacia generalizzata dei contratti aziendali e territoriali stipulati da rappresentanze aziendali sulla base di un criterio maggioritario. Ciò che autorizza dubbi sulle possibili prassi applicative della norma in contesti non propriamente chiari sul piano del metodo contrattuale.

Infine solo poche considerazioni con riguardo alle materie di possibile deroga da parte della contrattazione aziendale (e territoriale) di cui parla la norma in questione. È evidente che il novero delle materie appare più ampio di quanto fatto dall'accordo di giugno. E

¹³ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in MGL, 10/2011, p. 682 ss.

¹⁴ Così M. RUSCIANO,

tuttavia l'impressione e' in qualche modo fallace, perché, lo si e' visto, l'accordo contempla praticamente l'intero arco "costituzionale" delle regole dei rapporti di lavoro subordinato. Mentre l'art. 8, in fondo, incontra limiti espliciti e impliciti che il legislatore ha voluto introdurre per parare eccezioni di incostituzionalità sul punto. Eccezioni di costituzionalità cui sembra invece andare incontro il comma 3 dell'art. 8 della legge n. 148/2011.

Ma quest'ultimo rimane l'unico, a nostro avviso, errore, forse “marchiano”, del legislatore nella vicenda che interessa evidentemente non solo *Fiat group* ma decine di imprese che si trovano a competere non tanto sui diritti dei lavoratori, quanto sulla organizzazione dell'impresa medesima. E che con l'accordo di giugno e l'art. 8 trovano forse nuova linfa per sperimentare forme maggiormente produttive e, lasciatemelo dire, collaborative, tra l'impresa e i propri lavoratori.

IL SOSTEGNO ALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA DI PROSSIMITÀ TRA LA NORMA INDEROGABILE DI LEGGE E LE LENTI DEL GIUDICE¹

*Liberato Paolitto,
Consigliere della Corte di Appello di Bari, Sezione lavoro*

SOMMARIO: 1. - A mò di una premessa: cade il mito della norma inderogabile di legge; 2. - Il principio di parità di trattamento (perso e) ritrovato; 3. - La deroga alla legge e le finalità assentite; 4. - L'estensione del sindacato giurisdizionale sulle scelte dell'autonomia collettiva; 5. - La nullità degli accordi di prossimità; 6. - Brevi note per una (perplesso) conclusione.

¹ Lo scritto costituisce rielaborazione dell'intervento dell'autore nell'incontro di studi organizzato in Roma, il 13 dicembre 2011, sotto il titolo "*Il Diritto del lavoro dopo l'art. 8 della legge n. 148/2011*", dalla Fondazione Marco Biagi in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università LUISS di Roma e con il patrocinio del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "D. Napoletano", Sezione di Roma, con introduzione del prof. Francesco Basenghi, relazione del prof. Roberto Pessi ed interventi dei proff. Gaetano Zilio Grandi, Tommaso Maria Fabbri, Antonella Occhino, Antonio Pileggi, Alberto Russo e Alberto Tampieri. L'autore intende ringraziare, per il felice scambio di idee conseguito dal convegno, tutti i relativi intervenuti e, in particolare, i proff. Francesco Basenghi, Roberto Pessi e Antonio Pileggi.

1. A mò di una premessa: cade il mito della norma inderogabile di legge.

Nel bel mezzo del cd. caso Fiat², e di una imponente crisi finanziaria connessa alle condizioni del nostro debito sovrano (che ha spinto il sistema Italia sull'orlo del baratro³), il legislatore nazionale ha ritenuto di imprimere una forte accelerazione al dibattito, che rischiava (per vero) di avvitarsi su se stesso, relativo agli strumenti di cd. flessibilizzazione dei rapporti di lavoro e di governo delle relazioni sindacali; e lo ha fatto con una disciplina (dei cd. contratti collettivi di prossimità) dai contenuti trancianti e ultimativi, in buona sostanza equivalenti ad una (quasi) completa abdicazione dal proprio ruolo di regolatore, di ultima istanza, della partita giocata dalle parti sociali (e dalla funzione sovrana di garanzia sottesa alla uniforme applicazione sul territorio del diritto nazionale⁴).

Tra il d.l. 13 agosto 2011 n. 138 (recante “*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*”, cd. manovra bis), e la relativa legge di conversione (n. 148 del 14 settembre 2011), ha quindi visto la luce (in un crescendo rossiniano dei contenuti innovativi della norma⁵) l'art. 8 della manovra che, rubricato sotto il titolo “*Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*”, viene ad incidere profondamente sugli assetti (vigenti) delle fonti (di

² Per una sorta di “*manifesto*” del cd. caso Fiat si veda R. DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in RIDL, 2010, I, 797 e ss. nonché, dello stesso Autore, *I quattro accordi collettivi del Gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in RIDL, 2011, III, 113 e ss.. Con la consueta lucidità di pensiero, e nettezza dei relativi contenuti, l'Autore segnala che “... il problema prioritario ... della Fiat, non è quello di abbassare il livello salariale ... né quello di allineare le condizioni di lavoro a quelle dei Paesi emergenti ... l'obiettivo è piuttosto quello di garantirsi una regolarità produttiva, idonea a saturare l'utilizzo dei costosissimi impianti ... e una certa flessibilità dell'impiego della forza-lavoro ...” quali “*presupposti ineludibili della capacità produttiva*”. Nel complesso percorso contrattuale che ha portato alla stipula di accordi cd. separati (ed alla stessa fuoriuscita di Fiat da Federmeccanica e Confindustria) vengono sottolineate, poi, le debolezze strutturali di un sistema di relazioni sindacali di stampo (ancora) centralizzato “*che rende poco agevole la conclusione di accordi tarati sulle specificità e criticità organizzative delle singole aziende e volti a confortare piani industriali innovativi*”, sicché si tratterebbe di “... restituire al livello aziendale un più ampio margine di manovra o a provocare un alleggerimento dei contratti nazionali, ora sovraccarichi di norme di dettaglio, inutilmente rigide”, con un'opzione espressa dall'Autore in favore della deregolazione a livello aziendale posto che “*ridurre drasticamente i contenuti del CCNL*” significherebbe privare di tutele i dipendenti della maggioranza delle (piccole) imprese che non hanno una contrattazione aziendale. Le complesse scelte (contrattuali) di Fiat non sarebbero state necessarie, pertanto, se “... il nostro sistema di diritto sindacale avesse previsto – per via di legge opportunamente “*concordata*” a livello interconfederale – l'efficacia generale del contratto aziendale, peraltro condizionata ad una prestabilita maggioranza qualificata all'interno dell'agente contrattuale (in genere la r.s.u.), (previsione non preclusa dai commi 2, 3, 4 dell'art. 39 Cost. riferiti solo alla contrattazione nazionale)”. Al netto della deroga alla legge (che non è presente nel pensiero dell'Autore) in queste parole c'è, in buona sostanza, l'annuncio di quello che sarebbe divenuto il comma 1 dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011.

³ Per una ricostruzione degli eventi, e dei nessi, che hanno caratterizzato l'andamento della crisi finanziaria, e del debito sovrano, cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 132/2011, 2 e ss..

⁴ Dove anche la deroga, alla regola generale ad applicazione uniforme, costituisce il frutto delle scelte del legislatore sovrano.

⁵ A tacer d'altro l'originaria versione dell'art. 8 del d.l. 138/2011 non recava alcuna indicazione quanto agli attributi della contrattazione collettiva di prossimità che solo a seguito della legge di conversione assumerà i caratteri dell'efficacia generalizzata ed in deroga.

produzione delle norme, legislative o contrattuali collettive, di disciplina dei rapporti di lavoro subordinato privato) nonché (ma con minore nettezza delle soluzioni adottate) sul sistema delle relazioni sindacali del Paese (e, in particolare, sull'articolazione dei livelli contrattuali), con una spinta centrifuga dalla contrattazione collettiva nazionale⁶.

L'aspetto più qualificante (e fortemente innovativo) dell'intervento riformatore (che attinge allo stesso statuto costitutivo, al dna del diritto del lavoro) va, sicuramente, individuato nel ribaltamento della prospettiva regolatoria che, da sempre (e sin dalle origini della cd. legislazione sociale⁷), ha caratterizzato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato; disciplina questa che, in ragione della debolezza (contrattuale ed economica) della parte che in quel rapporto impegna (con la propria persona) la prestazione di un facere, si è giustappunto qualificata per l'impiego della norma inderogabile di legge ad efficacia sostitutiva (artt. 1418, 1419, 1339 cod. civ.) quale tecnica di tutela volta a proteggere il lavoratore dalla sua stessa debolezza (ed a consentire un trattamento del rapporto di lavoro difforme da quello legale solo al di sopra dei minimi di tutela così posti dalla disciplina inderogabile di legge).

L'art. 8 della legge n. 148/2011 consente, difatti (al comma 2-bis), che, a determinate condizioni legittimanti, la disciplina dei cd. contratti collettivi di prossimità (conclusi a livello aziendale o locale) possa derogare “*alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2*” (oltrechè “*alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*”), così sancendo (con una nettezza sinora sconosciuta all'armamentario delle tecniche regolatorie in materia) la derogabilità della norma imperativa di legge e, con questa, l'abbandono del modello della norma generale e astratta che, per la disciplina delle materie individuate dallo stesso legislatore, potrà essere sostituita (giustappunto anche in

⁶ Per una prima ricostruzione dei complessivi contenuti dell'intervento riformatore si vedano F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 133/2011, G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 129/2011, L. GALANTINO, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, in QFMB, Saggi, 2/2011 - V, www.fmb.unimore.it, Maresca A., *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, d.l., 13 agosto 2011, n. 138*, in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011, Perulli A., *Speciale V., L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, cit., Russo A., *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, in QFMB, Saggi, 2/2011 - IV, www.fmb.unimore.it, I. SENATORI, *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, in QFMB, Saggi, 2.1/2011 - II, www.fmb.unimore.it, A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in QFMB, Saggi, 2/2011 - II, www.fmb.unimore.it.

⁷ Per una efficace sintesi dei temi del dibattito sul diritto del lavoro delle origini cfr. L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, 3 e ss..

peius) dalla disposizione particolare (specifica e ultra localistica) portata dal contratto collettivo aziendale (o locale).

Nelle pagine che seguono ci si ripromette, quindi, di indagare i modi (ed i generali contenuti) attraverso i quali l'operazione tecnico-giuridica prefigurata dal legislatore è chiamata ad operare (con specifico riferimento alla norma inderogabile di legge), leggendo la sancita derogabilità della norma imperativa di legge, e verificando la complessiva tenuta di un siffatto meccanismo di produzione di regole, con le lenti del sindacato giurisdizionale (di legittimità)⁸.

Ciò nella consapevolezza che nel rapporto tra prodotti dell'autonomia collettiva la (pur) prevista derogabilità della norma (generale) di CCNL, ad opera dell'accordo aziendale (di cd. prossimità), non esprime un significato realmente innovativo (almeno in punto di tecniche regolatorie dei rapporti di lavoro)⁹ e che le stesse fondamenta del percorso delineato dal legislatore (con l'intervento riformatore sulle fonti) sono (criticamente) esposte ad una verifica di legittimità costituzionale che, se negativa, non potrebbe che assumere anch'essa contenuti trancianti (dell'intero nuovo assetto regolatorio)¹⁰.

2. Il principio di parità di trattamento (perso e) ritrovato.

⁸ Dove legittimità fa da contraltare a merito sul piano dei contenuti (dell'estensione) del sindacato in questione.

⁹ Ci si riferisce, qui, ai nessi strutturali, e funzionali, sottesi all'operazione qualificatoria implicata dal concorso regolativo del CCNL e dell'accordo aziendale; diversa questione può porsi, evidentemente, quanto alle scelte operate in sede legislativa (con una rilevante apertura di credito al contratto collettivo aziendale) a fronte degli assetti del sistema di relazioni sindacali raggiunti dalle OO.SS. (in particolare con l'A.I. 28 giugno 2011), tra le une e gli altri ponendosi, in effetti, una (qual certa) discontinuità regolativa (per quanto si assista, sia pur in ragione della necessità di implementare le scarse indicazioni offerte dal nuovo comma 1 dell'art. 8, ad una singolare osmosi tra le due fonti regolative, nel pensiero di diversi commentatori, - e sulla base, evidentemente, di un rinvio inteso come formale, mobile e non recettizio, - l'A.I. costituendo strumento di integrazione delle stesse discipline di fonte legale).

¹⁰ Per un primo dibattito sulle complesse questioni poste dall'intervento riformatore sulle fonti del diritto del lavoro, e più specificamente sulla compatibilità costituzionale di una modulazione delle tutele ad efficacia erga omnes basata sull'accordo di prossimità (e non sul contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria, secondo il modello costituzionale delineato ai commi 2 e ss. dall'art. 39 Cost.) cfr., in particolare, F. CARINCI, cit., 43 e ss., G. FERRARO, cit., 30 e ss., E. ALES, *Dal caso "Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 134/2011, 25 e ss., L. GALANTINO, cit., 12 e ss., A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 47. E', poi, significativo che anche chi ritiene che "Stavolta la tecnica è quella giusta." sia costretto, già in sede di prima lettura della norma (art. 8, c. 1), a prospettare una interpretazione (manipolativa e) costituzionalmente orientata (sullo stesso art. 39 Cost.) precisando che " ... la valutazione di legittimità costituzionale ... è positiva solo se alla trattativa e alla stipulazione a maggioranza ... possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati" e che (con riferimento al cd. "comma Fiat"; c. 3 dell'art. 8) " ... per l'efficacia generale occorre una rappresentanza trattante aperta a tutti con stipulazione a maggioranza in proporzione agli iscritti. Condizioni che non possono essere sostituite dal diverso criterio della maggioranza referendaria, qui indicato così precisamente da impedire quella interpretazione conservativa invece possibile per la diversa norma a regime." (così A. VALLEBONA, cit., 7).

Costituisce conclusione ampiamente condivisa, nel dibattito dottrinale e nello stesso *acquis giurisprudenziale*¹¹, quella che esclude la sussistenza di un principio (di una norma generale) avente ad oggetto la (e l'obbligo della) parità di trattamento nei rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

Il relativo dibattito, riaperto (con inusitati e dirompenti effetti) da una pronuncia del Giudice delle Leggi (C. Cost. 9 marzo 1989 n. 103¹²), è stato messo (definitivamente) a tacere dai successivi interventi della Corte di Legittimità che, giustappunto, ha escluso la sussistenza di un diritto soggettivo del lavoratore subordinato alla parità di trattamento¹³.

Gli argomenti a tal fine utilizzati (e ampiamente condivisi in dottrina), com'è noto, si sostanziano, in sintesi, dei seguenti rilievi: 1) il principio di uguaglianza (posto dall'art. 3 Cost.) si riferisce ai pubblici poteri (alla relazione che passa tra il cittadino e la legge), non anche ai rapporti tra privati (e, pertanto, quel principio è inidoneo a fondare un obbligo di parità di trattamento nell'ambito dei rapporti che si stabiliscono all'interno dell'impresa¹⁴);

¹¹ Per una sintesi dei contenuti del dibattito dottrinale, e degli arresti della giurisprudenza, in tema di parità di trattamento si vedano R. DEL PUNTA, *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, II, aggiornamento, 1998, 707 e ss., P. ICHINO, *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Dizionari del diritto privato* (di Irti N.), *Diritto del lavoro* (a cura di Lambertucci P.), Giuffrè, Milano, 2010, 497 e ss., M. TREMOLADA, *La parità di trattamento tra lavoratori*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. CESTER, Utet, Torino, 2007, vol. II, 1, 519 e ss..

¹² Con detta decisione la Corte Costituzionale, - chiamata a verificare la legittimità costituzionale degli artt. 2086, 2087, 2095, 2099, 2103 del codice civile, in riferimento all'art. 41 della Costituzione, - aveva disatteso le questioni di costituzionalità così poste (con una sentenza cd. interpretativa di rigetto) rilevando in motivazione, peraltro, che “*per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali*”, che “*in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.*”, che, quindi, “*E' demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte, con osservanza della regolamentazione apprestata sia dalla legge, sia dalla contrattazione collettiva ed aziendale, e con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente ... Il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perché il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto.*”. Per il rilievo che “*... la fattura di questa pronuncia non fosse adeguata rispetto all'importanza del tema sollevato, a partire dalla pretesa di far passare un principio così nuovo e dirompente attraverso un mero dispositivo di rigetto.*” cfr. R. DEL PUNTA, cit., 713.

¹³ Cfr. Cass. S.U. 29 maggio 1993 n. 6030, in G.I., 1994, I, 1, 914, con nt. di Santoro Passarelli G., La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario (e la sequenza delle sentenze a S.U., di pari data, emesse con i nn. 6031, 6032, 6033, 6034), cui adde Cass. S.U. 17 maggio 1996 n. 4570, in G.I., 1997, I, 1, 760 e ss., con nt. di Fantini L., Ancora una pronuncia delle sezioni unite sulla parità di trattamento retributivo a parità di mansioni.

¹⁴ Secondo Cass. S.U. n. 4570/1996, cit., la concezione cd. istituzionalistica (o comunitaria) dell'impresa, tipica del diritto tedesco, “*non trova, a parere quasi unanime della dottrina, alcuna rispondenza nel diritto positivo italiano, nel quale anche i timidi accenni all'interesse dell'impresa (art. 2104 c.c.) o alle sue esigenze (art. 2109 c.c.) fanno sempre riferimento esclusivamente all'interesse sostanziale dell'imprenditore. D'altronde è significativo il fatto che non abbia mai trovato attuazione legislativa "il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei termini stabiliti dalla legge, alla gestione delle aziende" di cui parla l'art. 46 Cost., sicché allo stato attuale non è positivamente ravvisabile un interesse comune ad entrambe le parti del contratto di lavoro e a tutti i partecipanti alla comunità di impresa.*”; continua la pronuncia nel rilevare che “*Il contratto di lavoro conserva ancora nell'ordinamento giuridico italiano pur con la sua specificità, la natura di un contratto di scambio, in*

2) il principio costituzionale sulla retribuzione sufficiente (e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato; art. 36 Cost.) rinvia ai minimi di tutela posti dalla contrattazione collettiva ma non istituisce una comparazione tra lavoratori (come reso esplicito, tra l'altro, dallo stesso art. 37 del testo costituzionale che ha riferimento alla specifica condizione della donna e del minore); 3) i vincoli alla libertà di iniziativa economica privata, all'autonomia privata (ed a quella collettiva), sono posti dalla legge (in relazione alle libertà sancite dagli artt. 39 e 41 Cost.), e tra questi vincoli non si rinviene (proprio) la direttiva sulla parità di trattamento (la cui esistenza è, oltretutto, contraddetta dai specifici divieti di discriminazione che, in ragione del loro stesso porsi, implicano negazione del più ampio principio generale di parità¹⁵); 4) proprio la libertà dei contenuti che può assumere l'autonomia privata (e quella collettiva, oggetto della specifica tutela di cui all'art. 39, c. 1, Cost.) esclude la possibilità (al di fuori delle specifiche fattispecie in cui l'ordinamento ammette un intervento, demolitorio o correttivo, del giudice) di un controllo di razionalità da parte del giudice, l'autonomia collettiva (che non è funzionalizzata al perseguimento di finalità pubblicistiche), in particolare, risultando espressione del “*punto di incontro dei contrastanti interessi, senza margine per il sindacato dell'A.G.O., salvo i limiti di cui agli artt. 36, 37 Cost. o di singole disposizioni di legge*” (così che “*un intervento invalidante del giudice romperebbe l'equilibrio raggiunto*”); 5) le clausole generali (di buona fede e correttezza) rilevano quali strumenti di integrazione del contratto (e di conformazione delle relative situazioni giuridiche soggettive), non anche al fine di introdurre vincoli non previsti dalla legge (o dal contratto) ovvero conseguenti a pattuizioni esterne al contratto stesso (in quanto

cui ha rilevanza causale l'interesse dell'imprenditore alla prestazione lavorativa del dipendente e l'interesse di costui alla retribuzione. Nell'ambito di tale rapporto, salvo i casi in cui il potere dell'imprenditore è vincolato nel fine e perciò soggetto al controllo del giudice (come avviene ad es. nel campo disciplinare) non è possibile (e sarebbe del tutto inutile) imporre un onere di motivazione in atti liberi nel fine e discrezionali. La necessità di motivazione, e comunque il rispetto dei principi di correttezza e buona fede, imposti nei casi di concorsi, licenziamenti collettivi, cassa integrazione ecc. derivano non dalla concezione associativa del rapporto di lavoro e dalla configurazione istituzionalistica dell'impresa, ma dall'obbligo di rispettare norme collettive dettate in proposito o spontanee autolimitazioni dello stesso imprenditore, che impongono di seguire determinate procedure e di valutare determinati titoli: e ciò è tanto vero che la stessa situazione può verificarsi anche nei concorsi di ammissione, quando il rapporto di lavoro non è ancora costituito.”

¹⁵ Cfr. M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Tr. Galgano, XXXVI, Cedam, Padova, 2005, p. 199 ss., che, - sulla base della distinzione tra parità di trattamento in senso positivo (quale obbligo di comportamento uniforme del datore di lavoro verso tutti i dipendenti che si trovino in una situazione identica) e parità di trattamento in senso negativo (quale “*situazione in cui è posto in capo al datore di lavoro il mero divieto di esercitare le proprie prerogative in modo arbitrario e ingiustificato, dunque per la realizzazione di fini illeciti*”), - sottolinea (dopo aver identificato l'area delle discriminazioni vietate col detto principio di parità in senso negativo) che “*Ammettere, infatti, un principio di parità di trattamento in senso positivo significherebbe privare di qualsiasi rilevanza i divieti di discriminazione in senso stretto*”. In termini sostanzialmente non dissimili si veda, anche, A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, Interessi, Tutele*, in Tr. Galgano, LVI, Cedam, Padova, 2010, 264 ss..

intervenute in relazione a diversi rapporti, estranei a quello nel quale la clausola è chiamata ad operare).

Come premesso, a seguito degli interventi della Corte di Legittimità (e della alzata di scudi della dottrina)¹⁶, il tema della parità di trattamento nei rapporti di lavoro subordinato è stato posto in un angolo e relegato, in buona sostanza, ad un (marginale) dibattito dottrinale i cui (asfittici) contenuti non sono stati rivitalizzati nemmeno dall'espressa enunciazione della regola paritaria contenuta nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico cd. contrattualizzato (all'art. 45, c. 2, del T.U.P.I. di cui al d. lgs. n. 165/2001, essendo previsto che "*Le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi.*") siccome anche detta disposizione dalla giurisprudenza di legittimità letta quale obbligo di parità di trattamento alle (sole) condizioni date dal CCNL di comparto¹⁷.

Pare però del tutto evidente (anche) che del principio in discorso possa (e debba) recuperarsi una chiave di lettura che, - in ragione dello stesso modo di operare della sopra ricordata "*cedevolezza*" della norma inderogabile di legge (di fronte al prodotto dell'autonomia collettiva autorizzato alla deroga dalla stessa legge), - risulti funzionale ad un sindacato (giudiziale) di ragionevolezza delle differenze (secondo un principio di uguaglianza inteso in senso valutativo) e, quindi, delle disparità di trattamento (conseguenti alla disciplina derogatoria posta dall'accordo di prossimità), sindacato questo condotto in relazione (non già al modo di operare, in orizzontale e tra rapporti diversi, della medesima disciplina contrattuale collettiva, quanto piuttosto) al nesso (tutto verticale) che (imprescindibilmente) si pone (alla stregua dell'operazione tecnico-giuridica prefigurata dal legislatore) tra il trattamento predicato dalla norma generale (inderogabile) e quello riservato (in concreto) dall'accordo di prossimità in deroga.

In questa rinnovata prospettiva il principio di parità di trattamento verrebbe ad operare, innanzitutto, in ragione di una struttura dialogica i cui essenziali termini di riferimento (nello scambio delle informazioni rilevanti per l'ordinamento giuridico) sarebbero costituiti dalla norma di legge (fondativa del diritto innestato nel contenuto del rapporto di lavoro) e dalla

¹⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, cit., 713, secondo il quale, in seno alla dottrina, "*... Si è consumata ... una singolare alleanza fra coloro che hanno respinto il principio di parità rivendicando le ragioni della libertà e della "non funzionalizzazione" del potere imprenditoriale e coloro che si sono attestati sul fronte della difesa dell'autonomia collettiva*".

¹⁷ "*... in quanto tale principio vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo, ma non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni operate in quella sede*"; cfr., in tali termini, Cass. 18 giugno 2008 n. 16504, in RGL, 2009, 1, II, 117, cui adde, ex plurimis, Cass. 2 febbraio 2011 n. 2459, Cass. 27 maggio 2009 n. 12336, Cass. 10 marzo 2009 n. 5726.

disciplina derogatoria di fonte contrattuale collettiva (costituente eccezione giustificata al modo naturale di operare della norma inderogabile di legge); e, solo di riflesso, sul piano della comparazione dei diversi trattamenti praticati all'interno dell'impresa (qual conseguente al mutevole contenuto che gli accordi di prossimità potranno assumere).

Si tratta, in altri termini, di prendere atto che, nella specifica prospettiva in questione, l'efficacia generale della norma lavoristica inderogabile (ad efficacia sostitutiva) produce ex se una parità di trattamento, parità che consegue al (normale) modo di operare di una norma universale (ad applicazione generale e) inderogabile¹⁸; e che l'accordo di prossimità introduce (alle condizioni poste dalla legge) una frattura nell'ordinario dispiegarsi della norma inderogabile di legge consentendo trattamenti differenziati purchè giustificati da causali predeterminate (dalla stessa legge).

Il che è come dire che l'autonomia collettiva viene funzionalizzata dalla legge (art. 8, c. 1, ultima parte) al perseguimento di dati obiettivi che entrano nella struttura giuridica dell'atto (di autonomia collettiva) che, così, viene reso idoneo alla produzione dell'effetto (in deroga) solo in ragione (e sia pur in presenza di ulteriori requisiti di legittimazione) della effettiva sussistenza della finalità assentita dalla legge (e presa in considerazione nella complessiva operazione di scambio con la flessibilizzazione delle discipline dei rapporti di lavoro).

Orbene in detta complessiva operazione tecnico-giuridica la norma inderogabile continua a vivere, ed a produrre i suoi effetti, rispetto a tutti gli altri rapporti di lavoro ai quali la deroga non viene estesa, così ponendo una questione di disparità di trattamento che deve essere giustificata; detta giustificazione (del diverso trattamento) risiede, a sua volta, nelle condizioni di (legittima) operatività della deroga, condizioni che, pertanto, andranno verificate in sede di sindacato giudiziale.

Trattandosi, poi, di prodotti dell'autonomia privata, e non di leggi, tale sindacato sulla ragionevolezza delle differenziazioni (conseguenti alle deroghe alla legge) non può che essere attribuito al giudice (ordinario) del lavoro (non dunque alla Corte Costituzionale¹⁹) e, non venendo in rilievo contratti collettivi di livello nazionale, nemmeno si potrà svolgere sotto l'ombrello protettivo (offerto dalla Corte di Legittimità) dell'accertamento

¹⁸ Parità sì nei minimi di trattamento, ma pur sempre parità.

¹⁹ Non pare, pertanto, condivisibile il sostenere che “... occorre interrogarsi sulla facoltà del giudice adito di proporre la questione di costituzionalità rispetto ai prodotti del diritto del lavoro “di prossimità”, in considerazione della loro efficacia generalizzata e degli stessi limiti a essa posti dal legislatore, elementi che rendono dubbia la loro sottrazione al sindacato del giudice delle leggi?”; così Ales, cit., 23.

pregiudiziale sulla validità, efficacia ed interpretazione dell'accordo (art. 420 bis c.p.c.) ovvero della diretta interpretazione dell'accordo medesimo (art. 360, c. 1 n. 3, c.p.c.)²⁰.

La prospettiva del principio di parità di trattamento pare, poi, soluzione più idonea (rispetto al generale, ed indistinto, principio di eguaglianza posto dall'art. 3 Cost.) a definire gli esatti termini, ed i contorni, del controllo di legittimità dell'atto (derogatorio) perché consente, per un verso, di cogliere i nessi strutturali (e funzionali) della fattispecie deputata all'effetto derogatorio (della norma di legge), - in una chiave di lettura sostanzialmente fedele alla natura privatistica (e non genericamente pubblicistica) di quella fattispecie stessa, - e, per il restante, di recuperare (sia pur in una visione rinnovata) un complesso di acquisizioni (dottrinali e giurisprudenziali) che costituiscono il diritto vivente del lavoro (da leggere, qui, anche in controtela).

3. La deroga alla legge e le finalità assentite.

Va premesso che gli effetti della fattispecie abilitante, sul versante della regolazione del rapporto affidata al contratto collettivo di prossimità, sono disciplinati nel rispetto della gerarchia delle fonti dell'ordinamento (secondo la quale ad un atto di autonomia privata non è consentito produrre effetti demolitori del diritto prodotto da fonti superiori e, massimamente, dalla legge) e (ben al di là di una vera e propria delegificazione) si risolvono, in concreto, in una modificazione del regime giuridico della norma inderogabile di legge sulla cui fattispecie intervenga l'accordo di prossimità; detto accordo opera, pertanto, non già abrogando la norma inderogabile (il che sarebbe un assurdo) ma (semplicemente) sterilizzandone gli effetti (in definitiva affievolendone l'efficacia e rendendo cedevole una tutela che, in difetto delle condizioni di legittimità della deroga, sarebbe altrimenti inderogabile).

La fattispecie in discorso è costruita, poi, nei termini di un'autorizzazione (delega) della legge alla contrattazione cd. di prossimità; e l'autorizzazione è fondata sulla individuazione

²⁰ Tanto l'art. 420 bis quanto l'art. 360, c. 1 n. 3, del c.p.c. si riferiscono, difatti, a contratti o ad accordi collettivi nazionali di lavoro; cfr., a riguardo di un regolamento aziendale, Cass. 21 febbraio 2011 n. 4170 e, in termini più generali, Cass. S.U. 23 settembre 2010 n. 20075, in LG, 2011, 378 (ov'è l'espressa enunciazione del principio secondo il quale la Corte non è investita di alcuna funzione nomofilattica rispetto alla contrattazione "*non di livello nazionale*" che è pertanto conoscibile "*per il tramite degli usuali canoni legali di interpretazione degli atti negoziali*").

di causali che giustificano i particolari effetti (erga omnes e in deroga²¹) che la stessa fattispecie è idonea a produrre.

Il legislatore non ha individuato le causali abilitative sulla base di una analitica indicazione dei relativi fatti costitutivi (idonei a produrre gli effetti di fattispecie) ma, com'è sempre più usuale nella legislazione corrente²², ha fatto ricorso a concetti giuridici indeterminati, a concetti, cioè, semanticamente aperti ed idonei a selezionare i fatti costitutivi di fattispecie secondo una latitudine più ampia di quella che avrebbe potuto correlarsi ad una indicazione (strettamente) circostanziata²³.

Questa la formula usata dal legislatore: *“I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale ... possono realizzare specifiche intese ... finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del*

²¹ A me pare che gli effetti in discorso (erga omnes e deroga alla norma di legge) siano stati disciplinati dall'art. 8 nei termini di una (necessaria) corrispondenza (sia pur non biunivoca), e nel senso che solo dell'accordo ad efficacia generalizzata (comma 1) può postularsi (anche) l'efficacia in deroga prevista al comma 2-bis (rimanendo, poi, libere le parti di concludere un accordo ad effetti erga omnes ma non derogatorio di norme di legge). Al di là del dato testuale, - che pur (espressamente) imputa la *“deroga alle disposizioni di legge”* alle *“specifiche intese di cui al comma 1”* (id est alle intese concluse da agenti sindacali legittimati nel rispetto di un principio di democraticità individuato in un, per vero non meglio definito, *“criterio maggioritario”*), - sta di fatto che la contraria opinione (che scinde l'effetto in deroga dalla sua previa efficacia erga omnes) non sembra avere fondamento di diritto positivo in quanto postula la realizzazione di una derogabilità assistita (sul piano della conformazione stessa delle tutele) di cui non v'è traccia nell'ordito normativo (tutto incentrato sugli strumenti di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro, sia pur al più marginale livello dell'unità produttiva aziendale). Per l'affermazione, non meglio motivata, che *“L'eventuale esclusione della efficacia generale di un contratto aziendale o territoriale non toccherebbe, ovviamente, il potere di derogare la legge e il contratto nazionale con riferimento ai soli lavoratori rappresentati dai soggetti stipulanti o che abbiano, espressamente o tacitamente, fatto rinvio alla attività negoziale di questi”* cfr. A. VALLEBONA, cit., 7; in senso contrario si veda, invece, A. RUSSO, cit., 5 e s., il quale rileva che *“... un effetto così dirompente avrebbe reso necessaria una stesura del dato legale ben diversa, con la conseguenza che, anche qualora sussistesse effettivamente un profilo di incertezza nel dato letterale, non sarebbe comunque “credibile” una opzione interpretativa che ammettesse una deroga alla legge non estesa a tutti i lavoratori interessati.”*

²² Tanto che lo stesso legislatore, consapevole del frequente ricorso a tale tecnica regolativa, l'ha oggettivata in una direttiva interpretativa; cfr., difatti, l'art. 30, c. 1, della legge n. 183/2010 (cd. collegato lavoro) secondo il cui disposto *“In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.”*

²³ Con ciò non si vuol dire che le finalità così indicate non siano tassative, piuttosto si vuol sottolineare che la tassatività deve misurarsi con la formula aperta della clausola autorizzatoria di legge. Sulla genericità dell'indicazione di legge (art. 8, c. 1, parte finale) cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 28, ov'è il rilievo che *“i criteri che giustificano la stipula di intese con efficacia generalizzata ed in deroga alla legge ed al C.C.N.L. sono così generici (stimolo alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori e così via) da impedire una effettiva selezione in base alla diversità delle singole situazioni interessate. La legge, in sostanza, consente alla contrattazione collettiva di introdurre trattamenti differenti per i lavoratori senza che vi siano criteri oggettivi che consentano di specificare le diversità di situazioni che rendono “ragionevole” introdurre regolamentazioni non omogenee”*. Per A. VALLEBONA, cit., 4, le finalità della deroga sono previste *“con formulazioni così generali e ampie che difficilmente se ne potrà affermare l'insussistenza con la conseguente nullità dell'accordo.”* Quest'ultimo rilievo verrà confutato (nel testo e) nel seguito della trattazione sulla base del più estensivo approccio assunto quale dato di partenza dell'analisi della norma (principio di parità di trattamento).

lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività.”.

Orbene l'operazione tecnico-giuridica messa in campo dal legislatore (attraverso la derogabilità della norma di legge ad opera di una contrattazione collettiva fondata su causali predeterminate dallo stesso legislatore) comporta, come detto, che la norma inderogabile di legge continui a vivere, ed a produrre i suoi effetti (inderogabili), rispetto a tutti i rapporti di lavoro che (nella stessa impresa²⁴) rimangano estranei all'ambito applicativo della deroga; e che, inoltre, tra norma inderogabile di legge e accordo di prossimità si ponga un rapporto (strutturale) tra regola ed eccezione, costituendo la regola la norma imperativa di legge e l'eccezione l'accordo di prossimità (in deroga).

Da ciò consegue, con riferimento all'applicazione della regola paritaria (sottesa alla norma inderogabile di legge) e quale ulteriore corollario, che sussiste un obbligo di giustificazione della eccezione²⁵ e, sul piano processuale, un onere della prova della ricorrenza del fatto giustificativo dell'eccezione (della deroga)²⁶.

Di vero la giustificazione della deroga (con riferimento alla concreta fattispecie idonea ad integrare la causale di legge) assolve alla funzione che è implicata dal nesso strutturale che corre tra regola (la norma inderogabile) ed eccezione (l'accordo collettivo derogatorio di prossimità) ed in relazione al principio di parità di trattamento che, come detto, qui riguarda il trattamento differenziato (non del prodotto dell'autonomia collettiva, in quanto tale, ma) qual conseguente alla deroga (negoziale) alla legge.

²⁴ La delimitazione dell'ambito soggettivo di riferimento del principio di parità, in questo caso, intende sottolineare la potenziale ampiezza degli accordi in deroga (il cui concreto dispiegarsi potrà produrre differenziazioni di trattamento tra lavoratori addetti alla medesima azienda). Né il problema si sposta se l'ambito di riferimento dovesse venir individuato sulla base di un accordo in deroga “*locale*” (con un decentramento regolatorio che, al riguardo, la norma sembra rimettere alle autonome determinazioni dei soggetti stipulanti). Ciò non di meno le complessive implicazioni del discorso giustificativo (della deroga) discendono (innanzitutto) dal significato in sé del trattamento differenziato (colto nei termini di eccezione all'applicazione della regola generale).

²⁵ Se la fattispecie costitutiva del diritto rinvieni da una norma (generale) di legge che non operi distinzioni (quanto alle condizioni di esistenza di quel diritto), così implicando una sottostante regola paritaria (che comunque opererebbe, pur in presenza di ulteriori indicazioni condizionanti la portata soggettiva del precetto legale, per tutti coloro che in quelle ulteriori condizioni si dovessero venire a trovare), e se ad una ulteriore (e diversa) fattispecie viene consentito (sempre da una norma di legge) di derogare ai contenuti della disciplina di quel diritto (in presenza di più specifiche particolarità della fattispecie ritenuta idonea alla deroga), è evidente (anche) che la deroga debba essere giustificata costituendo l'obbligo di giustificazione nient'altro che la naturale conseguenza del principio paritario sotteso alla regola generale.

²⁶ Per il vero detto onere della prova riguarderà il complesso degli elementi di fattispecie posti dalla norma come (altrettanti) condizioni di legittimità dell'accordo in deroga e, dunque, anche i requisiti soggettivi (di legittimazione) degli agenti contrattuali e le modalità di realizzazione del cd. criterio maggioritario (di approvazione dell'accordo).

Così che può fissarsi una prima conclusione: la formula (sulle causali giustificative) lasciata (volutamente) aperta dal legislatore deve inverarsi a riguardo della concreta fattispecie (cioè del particolare accordo di prossimità), e sulla base dello specifico contesto (fatto organizzativo/produttivo dell'impresa) dalla cui considerazione le parti (dell'accordo) traggano la necessità degli effetti (derogatori) in concreto perseguiti; il che equivale a dire che in tanto l'accordo di prossimità è legittimo in quanto rechi (innanzitutto) l'espressa indicazione della specifica causale (finalità perseguita) cui le parti intendono correlare gli effetti di fattispecie²⁷.

Del resto viene, così, in rilievo, da un lato, l'esercizio di un potere negoziale derogatorio che non è libero ma vincolato (dalla legge) al rispetto delle finalità (e delle stesse materie) che possono consentire la deroga (alla norma inderogabile di legge), - tanto che il controllo di ragionevolezza è volto, propriamente, a verificare il rispetto dei vincoli posti dalla legge - ; e, dall'altro, un sindacato giurisdizionale (sulla giustificazione della deroga) che si risolve (piuttosto che in una verifica di pura razionalità sul contenuto delle scelte dell'autonomia collettiva) nel controllo di legittimità su di una funzione regolamentare delegata dalla legge al contratto collettivo di prossimità.

4. L'estensione del sindacato giurisdizionale sulle scelte dell'autonomia collettiva.

Sostenere che la fattispecie produttiva degli effetti in deroga sia conformata dalla legge in termini tali da predicare un sindacato giurisdizionale non equivale, evidentemente, a dar per risolta la questione relativa alla definizione dei limiti, e degli ambiti, di una siffatta verifica di legittimità dell'accordo derogatorio.

Una volta che il trattamento differenziato (disposto in deroga ad una regola paritaria) consegua da prodotti dell'autonomia collettiva abilitati ad introdurre modifiche e deroghe all'applicazione (generale) della norma inderogabile di legge (a portata universale) è possibile ipotizzare un sindacato del Giudice indirizzato (oltrechè al riscontro delle condizioni, e dei

²⁷ Si esprime nel senso della “*presumibile valenza formalistica – e non solo sostanziale – delle finalità di cui al comma 1, potendo quindi il giudice rilevare la nullità della intesa per il solo fatto della assenza delle predette finalità nel testo dell'accordo*” A. RUSSO, cit., 6; analogamente F. CARINCI, cit., 6, il quale rileva che “*solo le vere finalità potrebbero essere utilizzate per legittimare specifiche intese, che, in forza e ragione della loro particolare efficacia, possono avere ricadute assai pesanti sul patrimonio garantista accumulato dai lavoratori dal dopo-guerra ad oggi; si da far ritenere che debbano essere esplicitate a premessa delle stesse intese e che possano essere sindacate dalla giurisprudenza nella loro effettiva presenza e nella loro capacità di giustificarle*”. Secondo L. GALANTINO, cit., 6, anche il solo controllo formale del giudice (cui sarebbe precluso un sindacato sulle scelte tecniche) non escluderebbe, comunque, “*che l'accordo debba essere convincentemente motivato al fine di negare la pretestuosità del richiamo formale agli obiettivi indicati dall'art. 8.*”.

requisiti, indicati dalla stessa norma di legge quali altrettanti presupposti di legittimità della deroga) alla verifica della ragionevolezza della differenziazione (nel trattamento)? Quali sono le coordinate di un siffatto sindacato di ragionevolezza e quale l'ambito (soggettivo) di riferimento?

La questione che, così, si pone all'interprete è tra le più delicate perché, come (e più di) sempre, involge i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti di autonomia privata (e, in specie, di quella collettiva); e, in particolare, sollecita una (del tutto pregiudiziale) verifica sui limiti di ammissibilità di un controllo di coerenza (e di ragionevolezza) della scelta (derogatoria) che non si risolva (esso stesso) nella gestione degli interessi in gioco (che il legislatore ha riservato alle parti dell'accordo di prossimità) e che, perciò, ripercorrendo le intese intercorse tra le parti, non si ponga quale modello alternativo di soluzione del conflitto (tra l'applicazione della norma generale di legge, a vocazione universale, e la finalità perseguita dalla disciplina derogatoria posta dall'accordo di prossimità).

Può, più in particolare, sostenersi l'ammissibilità di un sindacato di ragionevolezza (tutto interno agli elementi costitutivi della fattispecie abilitativa²⁸) che, attraverso una

²⁸ Il riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie non esclude, peraltro, che, in sede di sindacato giurisdizionale, la qualificazione dell'atto (nell'area della liceità o dell'illiceità) debba essere operata alla stregua dei più (complessivi) parametri offerti dall'ordinamento giuridico (in quanto da questo desunti), parametri che (diversamente) non possono rinvenirsi nelle (personali) opinioni (e convinzioni) dell'interprete (secondo scelte di valore che l'ordinamento non abbia in qualche modo riconosciuto, sia pur per principi generali o attraverso la disciplina di casi simili o materie analoghe); in definitiva l'operazione applicativa della norma generale (id est la sua integrazione ad opera del giudice rispetto alla fattispecie concreta dedotta in giudizio) deve rispondere a criteri di necessaria (ed ineludibile) giuridicità perché fondata su dati normativi di sistema (desunti o dalla stessa disciplina concorrenziale dello specifico istituto o da quella posta per casi simili, e materie analoghe, ovvero da sottoinsiemi normativi, - di matrice anche contrattuale data la rilevanza, tra le fonti eteronome del rapporto di lavoro, di quelle poste dall'autonomia collettiva, - quali le discipline validamente poste dalle autonomie, pubbliche e private, oltreché dalle fonti comunitarie, ovvero ancora dai principi generali dell'ordinamento, massimamente da quelli a fondamento nella costituzione). Del resto è la stessa norma di legge (art. 8, c. 2-bis) che impone detta (più complessiva) valutazione di liceità della deroga evocando i limiti posti dalla Costituzione, dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro e detti limiti debbono essere chiamati ad operare (già) al momento dell'operazione qualificatoria svolta sulle finalità perseguite dall'accordo di prossimità (e sui contenuti delle scelte conseguentemente operate). Conclusione questa che corrisponde, ancora, a quanto va affermando (da tempo) la Giurisprudenza di legittimità in ordine al controllo (sotto il profilo della violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.) dell'operazione applicativa della norma generale (sulla giusta causa), laddove si rileva che *“l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella dell'art. 2119 cod. civ., che, in tema di licenziamento per giusta causa, detta una tipica "norma elastica", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca.”* (cfr., ex plurimis, Cass. 12 agosto 2009 n. 18247, in *ADL*, 2010, 2, II, 531, con nt. di Lima A., La giusta causa di licenziamento, i poteri del giudice di merito e i limiti del sindacato della Corte di cassazione, Cass. 13 agosto 2008 n. 21575, Cass. 15 aprile 2005 n. 7838, in *MGL*, 2005, 11, 839, con nt. di Pizzuti P., Il controllo della Cassazione sulla giusta causa di licenziamento, Cass. 13 aprile 1999 n. 3645, in *G.I.*, 2000, 2, 263 e ss., con nt. Roselli F., Clausola generale di giusta causa di

ponderazione della scelta (derogatoria) operata (dall'accordo di prossimità) e delle finalità (in concreto) perseguite (con detto accordo), si sostanzia di un giudizio di adeguatezza (di congruenza) della scelta (in deroga) rispetto ai fini dichiarati (o il controllo di legittimità deve fermarsi sulla soglia, non superabile, di una verifica di astratta compatibilità tra il fine dichiarato, e compreso tra quelli abilitanti, ed il mezzo impiegato)?

Certo non può essere in discussione l'ipotesi di un contratto di prossimità privo di ogni finalizzazione ad uno degli obiettivi previsti dalla legge (obiettivi che dovranno essere specificati in relazione alle concrete modalità, ed ai contenuti, della disciplina derogatoria) ovvero caratterizzato dall'indicazione di una causale non riconducibile (in concreto) a quelle predeterminate dalla legge²⁹; o, ancora, il caso di un accordo derogatorio concluso su materia sottratta al potere dispositivo delle parti sociali³⁰.

In tutti questi casi l'art. 8 opererebbe, difatti, quale norma imperativa di legge dalla cui violazione consegue la nullità (anche solo parziale) dell'accordo con riespansione della norma imperativa di legge (ad efficacia sostitutiva).

Ma il problema non sta evidentemente in questo.

A me pare, innanzitutto, che proprio in ragione del bilanciamento sotteso all'operazione tecnico-giuridica realizzata dall'art. 8, - bilanciamento che corre tra esigenze di uniformità (secondo la regola paritaria discendente dalla norma inderogabile di legge) e necessità (funzionale) di trattamenti differenziati (che trovano la loro causa, giustappunto, nel porsi in funzione delle causali abilitative di legge), - e degli interessi che, in detta operazione, sono implicati (interessi che debbono riguardare l'impresa che accede all'accordo aziendale e non anche ambiti, ed aspettative, del tutto avulsi dallo specifico contesto produttivo

licenziamento e sindacato di legittimità, Cass. 18 gennaio 1999 n. 434, in F.I., 1999, 6, I, 1891 con nt. di Fabiani E., Sindacato della Corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento).

²⁹ Per quanto le causali in discorso siano espresse con formule di (rilevante) ampiezza (e tendenzialmente onnicomprensive) nulla esclude che la selezione (della finalità perseguita) debba misurarsi (in termini seri ed effettivi) con la concreta realtà tecnico-produttiva disciplinata dall'accordo collettivo di prossimità.

³⁰ Ed anche qui deve convenirsi sul carattere tassativo delle indicazioni contenute dal comma 2 dell'art. 8, per quanto si tratti di elencazione che *"finisce per coprire un buon 50-60% di quello che viene insegnato in un corso universitario come diritto del rapporto individuale di lavoro, individuando le materie con espressioni a volte imprecise e sempre molto ampie, facendosi precedere da una clausola omnibus, per la quale le materie regolabili sono quelle "inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione"*"; così F. CARINCI, cit., 38/39. Per il carattere tassativo dell'indicazione delle materie derogabili cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 43, i quali rilevano che *"In sede di conversione vi è stato un restringimento delle competenze, perché nella versione originaria l'elencazione delle materie non era tassativa (come si ricavava dall'utilizzazione del termine "includere"). Invece nel testo definitivo si è utilizzata l'espressione "con riferimento": quindi le ipotesi indicate nelle varie lettere specificano le "materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione" e diventano quindi tassative."* In termini dubitativi si esprime A. RUSSO, cit., 11, il quale osserva che *"il (presumibile) criterio di tassatività trova un rilevante elemento di contraddizione nella individuazione di riferimenti a contenuto indeterminato e tendenzialmente onnicomprensivo"*. Se, però, l'elenco delle materie è tassativo ne consegue che è consentita la sola interpretazione estensiva (non anche un'interpretazione inclusiva di casi, e di materie, analoghi).

regolamentato dal contratto di prossimità³¹), debba ammettersi la legittimità di una valutazione giudiziale di conferenza (di congruenza, di adeguatezza causale) della disciplina derogatoria rispetto alle finalità perseguite con l'accordo sindacale; valutazione questa (di adeguatezza del mezzo impiegato rispetto al fine dichiarato) che non implica, ancora, una sostituzione nelle scelte (riservate alle parti del contratto di prossimità) ma che si risolve in un giudizio di legittimità dell'accordo che, in difetto del necessario nesso causale, è come se perseguisse uno scopo dalla legge non consentito (così ponendosi *contra legem*).

Certo può non essere agevole individuare, di volta in volta, il discrimen tra controllo di coerenza del contratto di prossimità e sindacato (nel merito) volto a far emergere soluzioni alternative (rispetto a quelle fatte proprie dalle parti del contratto di prossimità); ed è altresì evidente che lo stesso controllo di adeguatezza causale dovrà misurarsi col contenuto (più o meno complesso) delle pattuizioni in deroga (e della globale disciplina così posta in ragione della finalità perseguita³²).

Ma nulla esclude che, - secondo il (tradizionale) riparto dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.) che, rispetto alla fattispecie in esame, va modulato in ragione del carattere derogatorio dell'accordo di prossimità (che integrerebbe un fatto modificativo e/o estintivo del diritto fondato sulla norma inderogabile di legge), - sia possibile distinguere (sia astrattamente che in ragione del concreto operare della fattispecie produttiva degli effetti in deroga) tra un (consentito e doveroso) accertamento (in fatto) del fine dichiarato (compreso tra quelli assentiti dalla legge), e del suo nesso causale con la disciplina pattizia dell'accordo di prossimità, e valutazione (non consentita) della soluzione alternativa (quando l'accordo sia idoneo ad esprimere un contenuto, più o meno complesso, che lasci spazio a soluzioni alternative).

Quella che non pare consentita è, giustappunto, una verifica giudiziale (non sull'an, ma) sul quomodo della deroga operata alla norma di legge quando una siffatta verifica comporti, - al di là di un riscontro sulla effettività dei termini della regolazione contrattuale, - una

³¹ Sottolinea questo aspetto anche A. RUSSO, cit., 8, col rilievo che “... il potere derogatorio attribuito alla contrattazione di prossimità, pur potendo trovare spiegazione in una valutazione legislativa di equivalenza degli interessi collettivi rispetto a quelli pubblici, non sembra modificare la natura “di parte” degli interessi sindacali, a maggior ragione in un ambito di negoziazione aziendale. In questi termini, gli accordi non potranno, a mio avviso, derogare a norme di legge sulla base di un mero bilanciamento tra esigenze aziendali ed interesse pubblico.”

³² E qui, direi, sarà (anche) doverosa una valutazione complessiva dei contenuti dell'accordo in deroga di modo che ciascun (specifico) trattamento differenziato, rispetto al particolare contesto tecnico-produttivo preso in considerazione, non sia considerato (atomisticamente e) indipendentemente dal complessivo trattamento praticato al lavoratore.

ponderazione delle scelte (operate dalle parti dell'accordo) e, con questa, una valutazione del mezzo (disciplina in deroga) più appropriato ai fini perseguiti.

Per rimanere nell'ambito di uno dei contesti regolativi più (sismici e) fortemente esposti alla (ipotizzata) azione destrutturante (del diritto del lavoro) degli accordi di prossimità prefigurati dall'art. 8³³ si potrebbe ipotizzare la necessità (per l'impresa) di incrementare i livelli occupazionali (magari in ragione della programmata implementazione della produzione in uno specifico settore) scambiata (nella logica dell'accordo aziendale) con una deroga all'applicabilità della tutela reale (e, perché no, alla disciplina dei licenziamenti collettivi, nei limiti della compatibilità con la normativa comunitaria); orbene potrebbe ritenersi coerente (nel nesso causale intercorrente tra dette finalità e la disciplina derogatoria) l'esenzione dal regime di stabilità reale previsto per tutti i dipendenti dell'azienda (dunque anche per quelli in alcun modo coinvolti dalla programmata attivazione di nuovi impianti e produzioni) piuttosto che (solo) per nuovi assunti (a fronte della legittima incertezza sulla possibilità di mantenere i nuovi livelli occupazionali così creati)?

Credo che la risposta, in una siffatta evenienza, non potrebbe essere che negativa.³⁴

Diverso, ancora, sarebbe se quella stessa deroga (al regime di stabilità) venisse pattuita a fronte di una crisi aziendale (preconizzante la cessazione dell'intera attività produttiva); l'alleggerimento delle tutele contro i licenziamenti (quale contropartita della prosecuzione dell'attività lavorativa) potrebbe considerarsi scelta coerente con le finalità perseguite consentendo all'azienda, ad esempio, di dismettere i settori non più produttivi (e licenziare i relativi addetti) per implementare il core business (e salvare parte della forza lavoro).

Naturalmente, avuto riguardo alla congerie delle materie suscettibili di discipline convenzionali in deroga, gli esempi potrebbero moltiplicarsi e far emergere (anche) non trascurabili zone di conflitto (per profili più o meno contermini tra il sindacato giudiziale di legittimità e quello sostitutivo sul merito delle scelte operate nell'accordo di prossimità);

³³ Si è, difatti, sostenuto, - cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 44, - che *“Poiché come è noto la reintegrazione nel posto di lavoro non è costituzionalizzata (né è imposta da un vincolo comunitario), vi sarà la piena possibilità di sostituire la reintegra con un risarcimento del danno (ed era questo lo scopo principale di tutta la riforma).”*; nonché che *“... non è possibile evitare di fare un accenno a quel tortuoso giro di parole con cui si vorrebbe rimettere in circolo quell'aggiornamento del regime del recesso relativo non alle cause, ma alle conseguenze, con in vista una sostanziale conversione della tutela reale in obbligatoria, cioè, per dirla in sindacalese, una monetizzazione. Si era proposto di farlo, ieri, con un intervento legislativo secco e netto, con un rinvio al giudice, con un arbitrato, con un accordo assistito; e, oggi, con un rinvio al contratto collettivo, di certo il modo più soft, ma a mettersi di traverso sono stati proprio i sindacati, a confermare del fatto che questo continua ad essere il filo ad alta tensione del diritto del lavoro, che chi tocca muore.”* (così F. CARINCI, cit., 40).

³⁴ Alle stesse conclusioni perviene A. RUSSO, cit., 8.

deve essere, peraltro, chiaro che non pare consentito andare oltre un controllo sulla effettività dei termini oggetto dello scambio realizzato dall'accordo di prossimità (finalità in concreto perseguite, nesso causale tra discipline di deroga e specifici obiettivi positivi a fondamento) e, in particolare, un sindacato (sostitutivo) sulle scelte in concreto (e alternativamente) idonee (rispetto al fine dichiarato nell'accordo di prossimità).

Va, peraltro, considerato come un siffatto sindacato (di legittimità) non possa non estendersi (anche) alla verifica degli impegni assunti dall'impresa (all'interno dello scambio tra deroghe ed obiettivi tecnico-produttivi perseguiti) rilevando la valutazione di quegli impegni sul piano (non solo della diretta relazione contrattuale tra le parti e, perciò, della permanente vigenza, ed efficacia, di un accordo derogatorio rimasto inadempito, ma anche) della stessa effettività della causale dichiarata (nell'accordo), non potendosi ritenere né seria né effettiva una finalità che, complessivamente valutata dalle parti dell'accordo (dietro reciproche concessioni), sia rimasta nel limbo delle (mere) intenzioni (così da non ricevere alcuna pratica attuazione attraverso i mezzi, anche in deroga alla legge, programmati nell'accordo di prossimità)³⁵.

5. La nullità degli accordi di prossimità.

Come sin qui detto gli accordi collettivi di prossimità sono destinati a scambiare (l'utilità di) specifici obiettivi tecnico-produttivi (dell'impresa) con una (maggiore) flessibilità dei rapporti di lavoro (nell'azienda); una disciplina, questa, che rinvia, pur sempre, da un contratto (frutto dell'autonomia collettiva tutelata, nel nostro ordinamento, dall'art. 39 Cost.) e che alle regole del contratto è destinata a rimanere sottoposta.

Ciò con l'inevitabile carico di incertezze che possono addensarsi sulla vita del contratto (che ha una sua scadenza, che può essere modificato nel corso stesso della sua vigenza o rispetto al quale può essere esercitato il recesso) e, di riflesso, sulle operazioni qualificatorie demandate al sindacato giudiziale (che, giova ripeterlo, dovrà misurarsi con la legittimità di una disciplina posta in deroga alla legge e, pertanto, anche con la perdurante vigenza del disposto derogatorio).

³⁵ Solo in questi termini mi sembra condivisibile la tesi, - cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 32/33, - di un sindacato sui "concreti risultati raggiunti (valutazione di razionalità in concreto)" che andrebbe esteso alla verifica della realizzazione dell'obiettivo programmato con l'accordo collettivo di prossimità; sindacato questo che, nei termini in cui viene prefigurato, si svolgerebbe (ex post) sui risultati con (mi sembra) una inammissibile interferenza sull'autonomia contrattuale delle parti (oltretutto facendo retroagire, quale condizione di validità del contratto, fatti sopravvenuti all'accordo, peraltro di quasi difficile, se non impossibile, decifrazione fattuale).

Inoltre la tenuta del dispositivo di deroga (alla legge) è stata, dallo stesso legislatore, subordinata (e non poteva essere altrimenti³⁶) al rispetto della Costituzione nonché dei “vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro” (art. 8, c. 2 bis); e, anche qui, non minori ombre si addensano sulla legittimità della disciplina dispositiva di diritti (altrimenti costituenti il minimo di tutela inderogabile posto dalla legge) se è vero che le interrelazioni regolative così evocate (a condizione di legittimità dell'accordo di prossimità) prospettano (non solo incertezze interpretative correlate a discipline non ancora sufficientemente sedimentate nella stessa elaborazione giurisprudenziale, ma anche) difficoltà di adattamento delle stesse (più consolidate) discipline (interne) all'interpretazione (cd. multilivello) delle Corti (superiori) di riferimento dei diversi ordinamenti³⁷.

Né va sottaciuto che la cd. contrattazione di prossimità viene posta vis à vis della Costituzione (e degli altri vincoli normativi sopra ricordati) senza alcuna (predeterminata) estensione dei relativi contenuti regolativi (recte deregolativi); sicché non è dato prefigurare (in astratto) quale effettiva incidenza potrà attribuirsi al (superiore) livello delle discipline “assolutamente non derogabili” rispetto al concreto atteggiarsi (negli accordi di prossimità) della deroga ai disposti normativi (a torto o a ragione ritenuti derogabili dalle parti dell'accordo)³⁸.

³⁶ Sottolinea L. GALANTINO, cit., 2, che “Le uniche norme dotate di inderogabilità in pejus – e non poteva essere altrimenti anche se il legislatore non le avesse espressamente menzionate – rimangono quelle che nella gerarchia delle fonti occupano un posto superiore alle leggi”.

³⁷ Un esempio, per tutti, è fornito dai recenti sviluppi di una (ormai annosa) questione, quella che concerne il cd. personale ATA della scuola (transitato nei ruoli statali da quelli degli EE.LL.). Dopo l'assestamento della Giurisprudenza di Legittimità (ed un duplice intervento del Giudice delle Leggi che, con le sentenze 26 giugno 2007 n. 234 e 26 novembre 2009 n. 311, aveva dichiarato infondate le varie questioni di costituzionalità dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 36, 42, 97, 101, 102, 103, 104 e 113 della Cost. e, da ultimo, all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU, quale norma interposta) la partita è stata riaperta sul fronte e della disciplina comunitaria della fattispecie sostanziale di riferimento (la cessione di azienda; CGUE 6 settembre 2011, Scattolon, in causa C-108/10) e della violazione dell'articolo 6 § 1 della CEDU (sentenza 7 giugno 2011, Agrati ed altri Vs Italia, della Corte di Strasburgo).

³⁸ Il rilievo di cui al testo è piuttosto frequente tra i primi commentatori della norma, così variamente segnalandosi che “... costituisce un'impresa improba cercare di individuare tali limiti e vincoli norma per norma, confrontandoli con testi che, così come richiamati, complessivamente e genericamente, risultano, come altrettanti cellule staminali, totopotenti, cioè capaci di produrre diverse interpretazioni, con in più complessi e delicati problemi del coordinamento fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, a cominciare da quella clausola di regresso, ridimensionata dalla giurisprudenza comunitaria, ma non dalla nostra. Avere immaginato e congegnato una cosa siffatta è comprensibile solo in una logica da ultima spiaggia, perché vuol dire consegnarsi mani e piedi legati ad una giurisprudenza di certo poco o nulla disponibile a demolire quel diritto del lavoro, che lei stessa ha contribuito a costruire in prima persona: non sarà affatto indotta a coltivare un'eccezione di incostituzionalità, ma potrà aggredire direttamente ed immediatamente il testo collettivo sottoposto, dichiarandolo illegittimo in tutto o in parte.” (così Carinci F., cit., 76/77) nonché che “Anche a non volere ritenere che l'intero sistema protettivo del lavoro dipendente (e di quello ad esso assimilabile) trovi un referente diretto ed immediato nel testo costituzionale, è ben nota la complessa struttura concettuale che è all'origine della legislazione del lavoro, la quale non protegge soltanto il valore di scambio della prestazione di lavoro in un contratto strutturalmente sperequato per la macroscopica disparità di potere economico e contrattuale, ma protegge altresì alcuni diritti fondamentali che hanno una valenza di carattere pubblico e generale al punto da qualificare il nostro ordinamento giuridico come “fondato sul lavoro”. I vari aspetti protettivi della legislazione del lavoro sono spesso frammisti in un intreccio inestricabile reso ancora più impegnativo da disposizioni specifiche che sanciscono l'inderogabilità

Quanto, poi, alle conseguenze di un sindacato giudiziale che abbia a sanzionare la difformità dell'accordo collettivo di prossimità dalla fattispecie abilitante è presto detto: l'illegittimità (in senso ampio) del trattamento derogatorio (non giustificato e, comunque, difforme dal modello tipizzato dalla legge) comporta la nullità (totale o parziale) dell'atto, per tale intendendosi tanto l'accordo stesso di prossimità (che i lavoratori interessati potrebbero essere indotti ad impugnare in via principale, ed anche solo con un'azione di accertamento, in ragione dei particolari contenuti dell'accordo, in ipotesi non immediatamente produttivi di effetti) quanto il (più specifico) provvedimento gestionale del rapporto (adottato in attuazione della disciplina derogatoria posta dall'autonomia collettiva).

Nullità, questa, conseguente all'essersi l'autonomia collettiva dispiegata in violazione di norma imperativa di legge (da rinvenire nel combinato disposto di cui alla norma imperativa di legge, nello specifico derogata dall'accordo di prossimità, ed allo stesso art. 8, quale disposizione volta a rimuovere, a predeterminate condizioni legittimanti, il vincolo della inderogabilità; artt. 1418 e 1419 cod. civ.) di modo che, una volta esclusa l'idoneità alla deroga del prodotto dell'autonomia collettiva, è destinata a riprendere vigore la norma inderogabile di legge con la sua (conseguente) efficacia sostitutiva (del trattamento derogatorio nullo).

E, come detto, la sanzione in discorso è destinata a prodursi in tutti casi di difformità dell'accordo dal modello tipico delineato dal legislatore (disciplina di materie sottratte alla competenza dell'accordo di prossimità, difetto delle causali assentite dalla legge, non dichiarate nell'accordo di prossimità ovvero ineffettive e non dimostrate in giudizio, violazione della disciplina inderogabile conseguente da disposti della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e delle convenzioni internazionali); con la precisazione che, peraltro, le difformità incidenti (più strettamente) sui requisiti di legittimazione della efficacia erga omnes (conseguente al rispetto delle regole di imputazione dell'accordo di

in peius (v. ad es. art. 12, L. n. 604/66 e art. 40 St.) e dalla prefigurazione di meccanismi sanzionatori persino di rilevanza penale. Altrettanto complicata è l'individuazione dei vincoli derivanti dalle normative dell'Unione Europea che ormai coprono un arco tematico talmente vasto da rendere problematica una contrattazione derogatoria di ampia portata, almeno su alcuni istituti, anche per l'acquisita efficacia delle specifiche disposizioni che impegnano direttamente o indirettamente i giudici nazionali (specie dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati elevandola quindi a rango di diritto primario). Tutto ciò rende palese la problematicità della norma introdotta inesorabilmente destinata ad alimentare un contenzioso giudiziario dagli esiti francamente imprevedibili." (cfr. G. FERRARO, cit., 23/24). Per analoghi rilievi cfr., poi, A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 50, e L. GALANTINO, cit., 3. A. RUSSO, cit., 10, rileva un eccesso di critica pur non negando che "l'esercizio del potere di deroga ex art. 8 condurrebbe ad uno scenario di incertezza giuridica, sia per i lavoratori che per le imprese".

prossimità; art. 8, c. 1) sembrano più propriamente rilevare sul piano (proprio) della detta imputazione soggettiva dell'accordo e, perciò, in termini di inefficacia (inopponibilità) dell'accordo stesso³⁹.

6. Brevi note per una (perplessa) conclusione.

Come si è avuto modo sin qui di osservare l'operazione tecnico-giuridica messa in campo dal legislatore con i cd. contratti collettivi di prossimità (al di là del non sempre chiaro, e lineare, enunciato normativo che la accompagna) presenta difficoltà applicative di non trascurabile rilievo (legate, anche, alle ambiguità dei dati regolatori dei requisiti di legittimazione, e di validità, dell'accordo ad efficacia erga omnes ed in deroga⁴⁰) che si rifletteranno sulla limpidezza degli orientamenti interpretativi giurisdizionali e sulla stessa delimitazione degli ambiti del sindacato giudiziale⁴¹.

E la concreta attuazione del modello di deregolazione approntato dal legislatore sarà sottoposto ad un sindacato (diffuso) di legittimità che, in ragione degli stessi prodotti dell'autonomia collettiva che vengono in rilievo, non potrà essere previamente razionalizzato sulla base di direttive interpretative delle Corti superiori (deputate, per la loro stessa natura, alla formazione del cd. diritto vivente)⁴².

³⁹ Deve ritenersi, pertanto, che la volontaria adesione ad un contratto collettivo di prossimità concluso in violazione dei requisiti posti dal comma 1 dell'art. 8 (quanto alla legittimazione degli agenti sindacali ed alla verifica, con metodo democratico, di un criterio maggioritario nell'approvazione dell'intesa), ed in deroga, dia luogo o ad un atto di disposizione di diritti (da ricondurre al disposto di tutela di cui all'art. 2113 cod. civ., e quanto, dunque, ai diritti già maturati ed acquisiti nel patrimonio del lavoratore) ovvero alla nullità forte, di cui agli artt. 1418, 1419 cod. civ., quanto al regolamento preventivo di diritti disciplinati in deroga alla norma di legge (o di CCNL; cfr., ex plurimis, Cass. 26 maggio 2006 n. 12561, in *NGL*, 2006, 695, Cass. 7 marzo 2005 n. 4822, in *NGL*, 2005, 520, Cass. 14 dicembre 1998 n. 12548, in *NGL*, 1999, 248). E ad analoghe conclusioni deve, poi, pervenirsi quanto ad un accordo di prossimità (pur legittimamente) ad efficacia erga omnes ma non derogatorio (nei contenuti regolativi); in una siffatta evenienza l'adesione (individuale) ad (ulteriori e, magari, collaterali) accordi derogatori (più o meno collettivi) integrerebbe o la fattispecie dell'annullabilità (ex art. 2113 cod. civ.) o quella della sopra ricordata nullità.

⁴⁰ Soprattutto con riferimento alle condizioni di validità dell'accordo ad efficacia erga omnes (art. 8, c. 1).

⁴¹ Difatti, e puntualmente, c'è già chi paventa (sia pur nel contesto di una proposta ricostruttiva del sindacato giurisdizionale di ragionevolezza delle scelte dell'autonomia collettiva che non pare perseguibile sino alle sue più estreme conseguenze) che " ... la genericità e l'indeterminatezza dei concetti utilizzati dalla legge potrebbe determinare anche un effetto diverso. L'estrema difficoltà nell'effettuare il controllo sulla congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati potrebbe indurre il giudice a non esercitare alcun sindacato. Tra l'altro, un simile risultato potrebbe essere agevolato laddove le parti sociali, nell'intesa, espressamente dichiarino che le deroghe sono dirette a raggiungere gli scopi indicati nel comma 1 dell'art. 8. In questa ipotesi il giudice potrebbe "deresponsabilizzarsi" evitando di prendere qualsiasi decisione e rimettendosi semplicemente alle scelte dei soggetti contraenti. Una situazione, questa, che già oggi si verifica per gli accordi sindacali diretti a gestire situazioni di crisi aziendali e pur in presenza di parametri previsti dalla legge" (così A. PERULLI, V. SPEZIALE, cit., 42). I rilievi in questione hanno, in effetti, un loro fondamento che, peraltro, sconta una (più) complessiva criticità di funzionamento del sistema giustizia.

⁴² Cfr. l'art. 360-bis c.p.c. (introdotto dall'art. 47, c. 1, lett. a), della legge 18 giugno 2009 n. 69), di disciplina del cd. filtro al ricorso per cassazione. Con questa disposizione può dirsi che nella nozione di diritto vivente (inteso quale sistema di precetti concretamente esistente, in un dato momento storico, e condizionato dal

Ne riesce prefigurato un sistema di flessibilizzazione delle tutele “*con vocazione*” al contenzioso, ed all’incertezza regolativa, con compromissione di quel valore della certezza del diritto che (anche in termini di prevedibilità della risposta giudiziaria) lo stesso legislatore (in altre occasioni) ha mostrato di aver già (ben inteso e) perseguito con interventi volti a garantire la tenuta degli assetti interpretativi giurisprudenziali e, con questi, (anche) la certezza (e l’affidabilità) degli impegni presi⁴³.

Si tratta, evidentemente, di una rilevante apertura di credito alla stessa continenza degli orientamenti interpretativi giurisdizionali; apertura di credito che potrebbe rivelarsi non del tutto ben riposta se si guarda agli stessi termini con i quali la fattispecie autorizzatoria (alla deroga) è stata costruita.

Dalla direttiva sulle clausole generali (art. 30, c. 1, del cd. collegato lavoro, legge n. 183/2010) si è passati alle “*clausole generalissime*” (le finalità assentite per gli accordi di prossimità) che sembrano costruite apposta per ampliare (senz’altro a dismisura) la discrezionalità valutativa del giudice.

Sussistono, quindi, i germi⁴⁴ di un potenziale deperimento del meccanismo di produzione delle regole prefigurato dall’art. 8 che, in ragione della sua stessa inefficienza regolativa, potrebbe essere destinato a vivere solo sulla carta, ed in una (del tutto) effimera esistenza (magari “*aggrappata*” all’autonomo rilievo qualificatorio che il comma 1 attribuisce

contesto nel quale l’enunciato normativo si inserisce secondo l’interpretazione giudiziale dei dati normativi) il legislatore ha individuato, ora, uno dei criteri di giudizio della fondatezza dei ricorsi (la conformità a legge del provvedimento impugnato identificandosi, cioè, con la sua conformità al diritto giurisprudenziale, sia pur evolutivamente inteso). E’ stata, così, codificata (in relazione al valore del precedente giurisprudenziale) un’ipotesi di manifesta infondatezza del ricorso per cassazione stabilendosi “*una relazione normativa (quasi definitiva) tra il concetto di legge espresso dall’art. 111 comma 7°*, cost., ed i precedenti della suprema Corte...” (cfr. Graziosi A., Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di Cassazione (l. n. 69 del 2009), 2009, in www.judicium.it). Cfr., poi, G. VIDIRI, *Art. 360-bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (Considerazioni "minime" di un giudice del lavoro)*, in RIDL, 2009, I, 505 e ss. (specialmente 521/522), quanto a quella tendenza del legislatore di dare “... veste di regole codicistiche a dicta giurisprudenziali ... con la traduzione in termini fedeli, se non testuali, di quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ...”.

⁴³ Quelle di cui al testo hanno costituito alcune delle direttrici (più volte enunciate da esponenti del Governo e della stessa maggioranza parlamentare) degli interventi riformatori realizzati (anche) col cd. collegato lavoro (legge 4 novembre 2010 n. 183). Si tratta di esigenze del tutto condivisibili che non sempre, peraltro, sono state supportate con un adeguato strumentario tecnico che, a sua volta e non di rado, è stato invece piegato ad esigenze in qualche modo “*trasversali*” rispetto alle finalità proprie degli istituti disciplinati. Ad ogni modo gli accordi di prossimità aprono una stagione di grandi incertezze che, come si intende sottolineare nel testo, nella prospettiva del controllo di legalità sono aggravate dalla scarsa efficienza del sistema giustizia (non a torto considerato fattore di disincentivazione degli investimenti) e, quanto alla qualità della stessa risposta giudiziaria, dall’aver bypassato (alcuni) degli strumenti già predisposti per la razionalizzazione del contenzioso.

⁴⁴ Che non si annidano, peraltro, nei soli profili di criticità esaminati con riferimento al modo di operare della fattispecie autorizzatoria della deroga alla norma di legge e che discendono, anche (se non soprattutto), dalla (prefigurata) disciplina (e dallo stesso concreto assetto) di quelle relazioni sindacali il cui “virtuoso” svolgimento dovrebbero partorire gli accordi di prossimità.

all'accordo aziendale quale atto ad efficacia erga omnes), in difetto di solide garanzie sulla tenuta degli accordi di prossimità.

C'è, piuttosto, da chiedersi se proprio i profili sin qui esaminati dell'accordo collettivo di prossimità non siano suscettibili di tradursi in una (potenziale) questione di legittimità costituzionale del complessivo sistema di produzione di regole (in deroga alla legge) delineato dal legislatore.

Difatti, com'è stato condivisibilmente osservato⁴⁵, alla stessa legge regionale è precluso dalla Costituzione (art. 117, c. 2 lett. l)) di disciplinare (inevitabilmente per la sola parte del territorio della Regione interessata) la materia del diritto del rapporto di lavoro (che rientra in quell'ordinamento civile che è riservato alla legislazione esclusiva dello Stato⁴⁶); trattandosi di atti di autonomia privata (comunque riconducibili ad un micro sistema di tutele che il testo costituzionale affida, innanzitutto, al dispositivo di cui all'art. 39 Cost.) non verrebbe, peraltro, così in rilievo una (diretta) violazione dell'art. 117 Cost. in quanto la riserva (di legge statale) dovrebbe considerarsi rispettata anche dall'art. 8 (che, integrando una disciplina posta dalla legge dello Stato, si è legittimamente svolto nell'ambito delle competenze normative prefigurate dalla predetta disposizione costituzionale)⁴⁷.

Piuttosto occorre chiedersi se, - rispetto alle esigenze di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale (che sono sottese al cennato riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni), - il meccanismo di produzione delle regole prefigurato dal legislatore (con l'art. 8 della legge n. 148/2011) sia razionale (rispetto, però, alla sola deroga alla legge) in considerazione tanto della individuazione (non compiutamente operata dal legislatore) dei soggetti abilitati alla conclusione dell'accordo (e delle regole di svolgimento della relativa azione contrattuale, in particolare sotto il profilo della rappresentanza proporzionale e del metodo democratico sottesi all'art. 39, c. 2 e ss., Cost.) quanto degli effetti (di deroga alle tutele minime di legge) che si correlano a tale sistema di relazioni contrattuali sindacali (costituente preconditione normativa della stessa efficacia in deroga).

⁴⁵ Cfr. E. ALES, cit., 25 e ss., F. CARINCI, cit..

⁴⁶ Cfr., già, C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359 (in materia di cd. mobbing), in *RIDL*, 2004, II, 239, con nt. di N. GHIRARDI, La corte costituzionale interviene sulla competenza legislativa regionale in materia di lavoro, cui adde C. Cost. 28 gennaio 2005 n. 50, in *RIDL*, 2005, II, 502, con nt. di Albi P., La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo.

⁴⁷ Cfr., difatti, C. Cost. 14 dicembre 2006 n. 411, in *ADL*, 2007, II, 449, con nt. di Gragnoli E., Procedura negoziale ed ordinamento civile, quanto alla riserva alla legislazione esclusiva statale di vincoli comportanti un obbligo a contrattare (secondo un predisposto procedimento negoziale) che “*attiene certamente all'ordinamento civile, in quanto si risolve nel vincolo, imposto ad un soggetto privato, di tenere un comportamento prescritto dalla legge e, quindi, in un vincolo destinato ad incidere sul suo potere di autodeterminarsi.*”. Non mi pare, pertanto, sostenibile l'idea (cfr. Ales, cit., 28) che l'art. 8 si trovi in rotta di collisione (frontale o per aggiramento) con l'art. 117 Cost..

In questa (più ampia) prospettiva verrebbe in nuce una complessa operazione di razionalizzazione del diseguale rispetto alla quale il Giudice delle Leggi sarebbe chiamato a ponderare, in una visione sistemica, e il valore della parità di trattamento (quale uguaglianza formale e programma di promozione sociale sottesi all'art. 3 Cost.) e l'affidabilità costituzionale (sub specie della stessa funzione preclusiva che l'art. 39 Cost. svolge rispetto a meccanismi alternativi di generalizzazione delle regole pattizie di fonte sindacale) di un'operazione tecnico-giuridica che (già nei termini in cui viene delineata dal legislatore) è estremamente variabile nei suoi elementi identificativi⁴⁸.

Sistema, questo, di produzione delle regole (di disciplina dei rapporti di lavoro) nel cui contesto il trattamento diseguale rimarrebbe affidato a variabili che, da un lato, sono sottratte allo stesso governo della legge (cui è, per converso, rimessa la garanzia del principio posto dall'art. 3 Cost.) e che, dall'altro, nemmeno paiono in grado di esprimere il senso forte di una razionalità dei trattamenti diseguali qual desumibile dallo stesso modello delineato dall'art. 39 Cost.⁴⁹.

⁴⁸ Qual'è il significato regolativo desumibile dal rinvio (formale) operato dall'art. 8, c. 1, all'accordo interconfederale? Oggi abbiamo l'A.I. 28 giugno 2011 (che ex se nemmeno risolve interamente il problema dell'individuazione dei soggetti sindacali rappresentativi, in specie di quelli operanti al livello locale, né somministra coordinate sul metodo democratico, id est sul principio maggioritario da applicare con riferimento ad accordi conclusi a livello locale o da soggetti sindacali nazionali); e domani? Le stesse regole poste dal detto A.I. del 28 giugno 2011 debbono essere estese (anche) oltre il loro ambito (naturale) di riferimento, - così come nel caso della misurazione della rappresentatività nazionale, - e variamente corrette, - in funzione del principio proporzionalistico implicato dalla regola di cui all'art. 39, c. 4, Cost., - per corrispondere alle esigenze poste dal comma 1 dell'art. 8.

⁴⁹ E, forse, su una siffatta conclusione converrebbe anche un trentanovista “convinto” e “incallito” come il prof. Giuseppe Pera.

CONSIDERAZIONI SULL'EFFETTIVITÀ DELL'ART. 8, COMMA 2-BIS DELLA LEGGE N. 148/2011

Alberto Tampieri

Università di Modena e Reggio Emilia ()*

SOMMARIO: 1. L'art. 8 della legge n. 148/2011 e la nozione di “prossimità” della contrattazione di secondo livello. – 2. La derogabilità alla disciplina legale del rapporto di lavoro: il comma 2-*bis*. – 3. Ostacoli “bilaterali” alla contrattazione in deroga. – 4. Limiti alla derogabilità in materia retributiva e di qualità del lavoro. – 5. Il (difficile) coinvolgimento sindacale nella contrattazione ablativa. – 6. Conclusioni: molto rumore per nulla?

1. L'art. 8 della legge n. 148/2011 e la nozione di “prossimità” della contrattazione di secondo livello

L'art. 8 della “manovra d'agosto” 2011 (d.l. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011) ha ricevuto molta attenzione da parte degli interpreti, probabilmente anche oltre le aspettative. Sull'esegesi e sulla portata della norma si è esercitata, con un interesse e una passione “civile” che non si notava da un po' di tempo, la migliore dottrina giuslavoristica.

In queste brevi note, senza alcuna pretesa di esaustività, vorrei fare qualche considerazione sull'aspetto più interessante, ma anche, certamente, più problematico della norma in questione¹, che riguarda la possibile contrattazione in deroga “alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro” (comma 2-*bis*). Come molti hanno già evidenziato, la deroga in questione può riguardare, potenzialmente, una buona parte dell'attuale diritto del lavoro, sia pure in presenza dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, nonché del necessario “rispetto” della Costituzione. Si noti, in proposito, la diversità terminologica, orientata (forse) a far

(*) Lo scritto riprende, con l'aggiunta della bibliografia essenziale, l'intervento svolto dall'A. in occasione dell'incontro di studi su “*Il diritto del lavoro dopo l'art. 8 della legge n. 148/2011*”, tenutosi a Roma presso la LUISS “Guido Carli” il 13 dicembre 2011, per iniziativa del Dipartimento di Giurisprudenza della medesima Università, della Fondazione “Marco Biagi” e del Centro Nazionale Studi di Diritto del lavoro “Domenico Napoletano”.

¹ Cfr. G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, QFMB/Saggi, 2.VI, 2011, p. 15.

risaltare il primato della Costituzione sulle altre fonti citate nel comma 2-*bis*, ovvero, più semplicemente, a sottolineare come il testo costituzionale non contenga “vincoli”, bensì piuttosto principi meritevoli di essere “rispettati”.

E’ stato puntualmente notato come la più sensibile novità dell’art. 8 della legge n. 148/2011 riguardi proprio il mutato rapporto tra fonte legale e fonte contrattuale, al punto che la prima “rinuncia al tradizionale e noto carattere dell’inderogabilità in *pejus* e autorizza una volta per tutte la fonte contrattuale aziendale a modificare il disposto legale in una serie molto ampia di materie”²; tutto ciò configurerebbe una vera e propria “cambiale in bianco rilasciata alla contrattazione collettiva”³.

Viceversa, la deroga al contratto nazionale da parte di quello aziendale, anche in senso peggiorativo, è un dato da tempo acquisito in sede giurisprudenziale, secondo il criterio della posteriorità temporale⁴ e con il solo limite dei diritti acquisiti. Ciò in quanto, analogamente a quanto vale per i contratti di eguale livello, il rapporto è in questo caso tra fonti privatistiche, tra le quali non è configurabile una gerarchia in senso proprio⁵.

Anzi, una contrattazione aziendale in deroga a quella di categoria può costituire, secondo alcuni, un fenomeno positivo, “perché permette di modificare una regolamentazione nazionale tutta all’insegna di una uniformità unificante” (che altri preferisce definire “uniformità oppressiva”⁶), “per curvarla a misura di una singola realtà interessata da situazioni particolari, di crisi o di innovazione”⁷. Si realizza, in questo modo, la “prossimità” di cui parla la rubrica dell’art. 8 della legge n. 148/2011, in quanto la contrattazione collettiva di secondo livello rivela una duttilità ancor maggiore rispetto a quella nazionale, sotto il profilo delle sue capacità di adattamento al contesto lavorativo da regolamentare.

Non va peraltro dimenticato che, ormai, molti aspetti della disciplina del rapporto di lavoro, anche tra quelli espressamente menzionati dall’art. 8, comma 2 – ad esempio l’orario di lavoro – sono affidati in gran parte, dalla legge stessa, alla regolamentazione contrattuale, anche di secondo livello, al fine di modulare la disciplina sulle necessità specifiche del territorio o della singola azienda, valorizzando così, ancora una volta, la “prossimità” della

² L. GALANTINO, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, QFMB/Saggi, 2.V, 2011, p. 2; VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, QFMB/Saggi, 2.II, 2011, p. 7)

³ F. CARINCI 2011, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato e il legislatore* cit., p. 35.

⁴ Cfr. Cass. 26 gennaio 2009, n. 1832, in RIDL, 2009, II, 619.

⁵ Così ancora A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, QFMB/Saggi, 2.II, 2011, p. 5.

⁶ A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*

⁷ In tal senso F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato e il legislatore* cit., p. 33.

contrattazione collettiva. In queste ipotesi, dove l'ingresso della contrattazione collettiva in funzione regolativa è un dato acquisito o comunque legalmente previsto da tempo (si pensi all'installazione di impianti audiovisivi: art. 8, comma 2 lett. a) della legge n. 148/2011, in relazione all'art. 4, comma 2 Stat. lav.), la portata "rivoluzionaria" del comma 2-bis dell'art. 8 sembra davvero limitata.

Ma la stessa nozione di prossimità, intesa come "maggior vicinanza" rispetto alla situazione da risolvere o da disciplinare, non è inedita nel diritto sindacale: essa viene ad esempio utilizzata per giustificare la legittimazione attiva dell'organismo locale del sindacato nazionale nel procedimento *ex art.* 28 Stat. lav.⁸.

2. La derogabilità alla disciplina legale del rapporto di lavoro: il comma 2-bis

Molto più delicata, per i suoi riflessi sul rapporto individuale di lavoro, e quindi da realizzare con adeguata ponderazione, è invece la (possibile) deroga del contratto di secondo livello rispetto alla disciplina legale, prefigurata dal comma 2-bis dell'art. 8⁹, che riguarda, come già detto, numerosi e importanti ambiti di regolamentazione del diritto del lavoro¹⁰.

Dirò subito che, a mio avviso, la portata "dirompente" della norma in questione, sottolineata da molti commentatori, dovrà essere adeguatamente valutata alla prova dei fatti, e cioè sul piano della sua *effettività* nel quotidiano svolgimento delle relazioni sindacali¹¹.

Questo più concreto ambito di analisi, al momento pressoché inesistente, potrebbe condurre ad un'opportuna rivisitazione dell'attuale lettura della norma in chiave "rivoluzionaria", analogamente a quanto è avvenuto (sia pure *mutatis mutandis*) per altre norme di legge assai discusse e ritenute largamente intangibili sul piano della politica del

⁸ G. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, vol. I – *Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di C. ZOLI, Torino, UTET, 2007, p. 542.

⁹ V. ancora F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato e il legislatore* cit., p. 34.

¹⁰ Per un'analisi dettagliata cfr. A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, QFMB/Saggi, 2.IV, 2011.

¹¹ Cfr. in proposito P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, Relazione al Convegno dell'Associazione dei civilisti italiani su "Il diritto civile e gli altri", in archivio.pietroichino.it/saggi/viem.asp?IDArticle=947, 2011, p. 32, che parla del rischio plausibile di un "nulla di fatto"; la stessa espressione trovasi in R. PESSI, *La reciproca interdipendenza di fattispecie e disciplina della subordinazione*, Relazione svolta al seminario di Bertinoro "Dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare", Bologna, 26-27 ottobre 2011 (dattiloscritto), p. 7; v. ancora R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in *nelmerito.com*, 2011, p. 1; M. MAGNANI, *Manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*, in *cuorecritica.it*, 2011, p. 3; V. FILÌ, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di Ferragosto (art. 8 D.L. n. 138/2011)*, in *LG*, n. 10, 2011, p. 984, la quale ritiene che "non ci sarà una gran propensione" verso l'utilizzo estensivo dell'art. 8.

diritto: il riferimento, quasi scontato, è all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la cui effettività, almeno per quanto concerne il concreto ripristino del rapporto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato, è com'è noto assai scarsa¹².

3. Ostacoli “bilaterali” alla contrattazione in deroga

Mi sia consentito, a questo punto, accennare ad un'esperienza personale di qualche tempo fa, concretizzatasi in una serie di incontri con gli amministratori di un ente locale, di limitata estensione territoriale, ma caratterizzato da una concentrazione (quasi anomala) di imprese di uno specifico settore alimentare, tale da rappresentare una percentuale assai significativa, a livello nazionale, di quel comparto.

Ebbene, l'idea degli organi “di vertice” dell'ente, di per sé interessante, era quella di aprire un tavolo negoziale con i principali imprenditori del settore e i sindacati, al fine di valutare eventuali accordi locali in deroga, finalizzati (uso qui volutamente le parole dell'art. 8) “alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività” imprenditoriali: in pratica ad evitare, nel medio – lungo periodo, una irreversibile crisi del comparto, con conseguente diaspora delle imprese, soffocate dall'eccessivo costo del lavoro, dalla concorrenza e dalla presenza di un mercato in stagnazione.

Il progetto non ebbe seguito, per due ragioni principali: da un lato la difficoltà di realizzare, con l'avallo sindacale, “specifiche intese” (uso ancora le parole dell'art. 8), territoriali o aziendali, in deroga al contratto nazionale (deroghe alla disciplina di legge, all'epoca, erano impensabili); d'altro lato, sul versante imprenditoriale, l'attenzione predominante alla vera (e forse unica) deroga “auspicata”, e cioè quella al costo del lavoro contrattualmente definito.

Quest'ultimo obiettivo condizionava, da parte delle aziende, l'opzione per le possibili tipologie contrattuali di impiego del personale, spostando, ad esempio, la preferenza sull'appalto di servizi piuttosto che sulla somministrazione, anche a tempo indeterminato. L'attenzione prioritaria alla contrazione dei costi del personale poneva in secondo piano (fino al punto di renderla indifferente) qualsiasi ulteriore valutazione, sempre da parte aziendale, sulla possibile concessione di *benefits* ai lavoratori, non solo di tipo economico,

¹² Cfr. in proposito R. PESSI, *Art. 8 della manovra d'estate e stabilità reale: molto rumore per nulla*, in *cuorecritica.it*, 2011, p. 1, anche per quanto concerne il dibattito sulla inclusione o meno dell'art. 18 dello Statuto nelle deroghe prefigurate dall'art. 8, comma 2-*bis*.

ma anche, in senso lato, di tipo “sociale” (assicurazioni, alloggi, borse di studio per i figli, ecc.): aspetti sui quali avrebbe potuto forse intervenire anche l'ente locale.

Un punto a favore delle imprese - ma ancor prima il presupposto stesso di qualsiasi negoziato - era indubbiamente l'intenzione di mantenere un radicamento sul territorio, evitando la totale delocalizzazione dei centri decisionali (spesso già attuata da tempo sul piano produttivo). Tale scelta si basava non solo su ragioni puramente “affettive”, ma anche, più prosaicamente, sulla finalità di conservare il valore aggiunto che caratterizza i “marchi” storicamente legati al territorio di riferimento. Inoltre, come il recente “caso FIAT” insegna, anche la dimensione delle imprese (nella fattispecie di tipo medio, e non certo a carattere “multinazionale”) influisce non poco sul mantenimento dei legami con il territorio di origine¹³.

4. Limiti alla derogabilità in materia retributiva e di qualità del lavoro

Mi sono chiesto, in presenza dell'art. 8 della legge n. 148/2011, se un progetto come quello sommariamente narrato in precedenza avrebbe potuto avere un diverso, magari più fausto epilogo. La risposta penso debba essere negativa, per una serie di ragioni.

Innanzitutto perché la deroga più accattivante, nella prospettiva imprenditoriale, sarebbe stata - come già detto - quella alla struttura retributiva, così come delineata dai diversi livelli contrattuali (in attesa del salario minimo legale, che ogni tanto si profila all'orizzonte). Ovviamente, però, si tratta di una deroga impensabile anche nella vigenza dell'art. 8 della legge n. 148/2011, almeno per quanto riguarda i minimi contrattuali, “coperti” dalla garanzia costituzionale dell'art. 36 cost., per il tramite del consolidato orientamento giurisprudenziale sulla retribuzione minima sufficiente¹⁴.

E' pur vero che deroghe legali a previsioni contrattuali in tema di retribuzione non sono inedite: penso al sottoinquadramento degli apprendisti, ribadito dal recente Testo unico 14 settembre 2011, n. 167 quale alternativa alla retribuzione “percentuale” o graduata (art. 2, comma 1, lett. c) del Testo unico)¹⁵. Ma si tratta appunto di deroghe legali “dirette”, nelle quali la legge fa valere la sua supremazia sul contratto collettivo: viceversa le “specifiche intese” dell'art. 8, comma 1 della legge n. 148/2011 non potrebbero intervenire in deroga

¹³ Cfr. S. SCIARRA, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in *GDLRI*, 2011, p. 345.

¹⁴ In tal senso anche A. PERULLI – V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del diritto del lavoro*, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 132/2011, p. 49.

¹⁵ Cfr. in particolare E. MASSI, *Nuove prospettive per l'apprendistato*, in *DPL*, n. 41, 2011, VIII.

– ad esempio abbassando ulteriormente il sottoinquadramento dell'apprendista oltre i due livelli contrattuali – senza rischiare di violare il limite posto dall'art. 36 cost.

Occorre aggiungere che le caratteristiche dell'attuale contrattazione aziendale sono spesso assai garantiste, e comunque “accrescitive” sul piano dei benefici (non solo economici) rispetto alla contrattazione nazionale, ed anche alla legge stessa: e ciò al punto da rendere improbabile, se non addirittura improponibile, l'accettazione da parte sindacale di consistenti deroghe. Mi riferisco, per fare qualche sporadico esempio, all'accollo, da parte aziendale, dei costi delle cure termali del dipendente, ovvero alle varie indennità contingenti, come quella di “lavaggio indumenti”: simili *benefits* realizzano già ampiamente l'obiettivo della “qualità dei contratti di lavoro” cui fa riferimento l'art. 8, comma 1 della legge n. 148/2011, ed è ben difficile che una rappresentanza sindacale, sebbene rafforzata dal “criterio maggioritario”, sia disposta a farne a meno.

Ma ancora, a un livello più elevato, nella contrattazione aziendale si può trovare la conferma di principi che definirei di “civiltà giuridica”, come quello della rotazione del personale adibito a certe mansioni pesanti, finalizzato a garantire la salute del lavoratore o anche, più semplicemente, a rendere meno ripetitivo e monotono il lavoro. Sotto quest'ultimo profilo, deroghe peggiorative alla disciplina legale non sarebbero consentite nemmeno dall'art. 8 della legge n. 148/2011: penso, ad esempio, proprio all'attenuazione del lavoro monotono e ripetitivo, che è prevista dalla direttiva n. 89/391/CEE (art. 6, comma 2 lett. d) ed è quindi un vincolo “comunitario” (sebbene formulato “in positivo”) che va tenuto in considerazione ai sensi dell'art. 8, comma 2-*bis*.

Rimane peraltro valida e interessante, a mio avviso, l'idea di un possibile intervento dell'ente territoriale (o comunque dell'amministrazione pubblica a livello locale) quale terzo attore, con funzioni di mediazione, nella contrattazione di secondo livello: si avrebbe, così, una sorta di accordo trilaterale in versione ridotta, non previsto - ma nemmeno precluso - dall'art. 8, che aumenterebbe non solo il carattere di “prossimità” della contrattazione in deroga, ma anche il “sostegno” alla medesima.

5. Il (difficile) coinvolgimento sindacale nella contrattazione ablativa

In sostanza, per ritornare al punto centrale del discorso, l'operatività delle “specifiche” intese in deroga alla legge presuppone non solo un diretto coinvolgimento, ma anche una notevole motivazione da parte dei sindacati, i quali “se e nei limiti in cui lo riterranno

necessario per il bene comune, potranno di volta in volta adeguare gran parte della disciplina del lavoro nelle forme più utili in ciascuna azienda o in ciascun territorio”¹⁶.

Il punto chiave è proprio la nozione di “bene comune”, che nella prospettiva sindacale è ovviamente quello dei lavoratori. Ma se tale bene viene identificato, semplicemente, con la salvaguardia dei livelli occupazionali, la portata dell’art. 8 viene fortemente ridimensionata: come molti hanno ricordato anche nel dibattito in corso, esiste ormai da decenni un “sostegno” (per riprendere la rubrica dell’art. 8), da parte della legge, a contratti in deroga nella gestione delle crisi occupazionali, mediante il coinvolgimento del sindacato in funzione di collaboratore e non di antagonista¹⁷. Emblematiche sono, ad esempio, le previsioni di cui all’art. 4 comma 11 della legge n. 223/1991, sulla messa in mobilità dei lavoratori eccedenti, e dell’art. 47, comma 5 della legge n. 428/1990, in tema di trasferimento di azienda in crisi.

Proprio in questa direzione è stata prospettata in dottrina, sebbene in modo fortemente dubitativo, una lettura più “morbida” dell’art. 8 della legge n. 148/2011, che lo ridurrebbe ad una semplice razionalizzazione delle “varie ipotesi in cui la normativa vigente rinvia alla contrattazione collettiva, uniformandone la disciplina sul piano dei soggetti e dei livelli contrattuali, ma pur sempre delimitandone implicitamente il margine di operatività nell’ambito delle deleghe già conferite dalla legislazione preesistente”¹⁸.

Tuttavia è indiscutibile che, almeno sulla carta, il carattere derogatorio delle intese di cui all’art. 8, comma 2-*bis* sia assai più ampio di quello che riguarda la “tradizionale” contrattazione gestionale, strettamente finalizzata alla salvaguardia dell’occupazione e non già orientata verso altre “finalità condivise”, quali gli incrementi di competitività, gli investimenti, la qualità del lavoro (v. ancora l’art. 8, comma 1). Questi ultimi obiettivi, per essere davvero “condivisi”, presuppongono da parte sindacale un impegno non comune, e soprattutto la volontà di accettare, praticamente senza riserve, lo strumento della contrattazione in deroga. Ancor più netta (ma realistica) è l’opinione di chi ritiene che manchi, in capo alle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro, la presenza “del *know-how*

¹⁶ Così ancora A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, QFMB/Saggi, 2.II, 2011, 4.

¹⁷ Cfr. V. FILÌ, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di Ferragosto (art. 8 D.L. n. 138/2011)*, in *LG*, n. 10, 2011, p. 984.

¹⁸ G. FERRARO, *L’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, QFMB/Saggi, 2.VI, 2011, p. 16.

necessario per una riforma della legislazione in materia di lavoro della portata di quella di cui il Paese ha bisogno”¹⁹.

Dunque in molti casi, come già visto per la nozione di “prossimità” della contrattazione di secondo livello, anche il “sostegno” legislativo ai contratti in deroga non costituisce una novità. Piuttosto, sullo “sfondo” dell’art. 8 è difficile intravedere una piena disponibilità del sindacato, sebbene autorizzato dal “criterio maggioritario” cui fa riferimento il comma 1 della norma, ad accettare deroghe ai livelli di protezione e qualità del lavoro già acquisiti (anche solo a livello aziendale), a prescindere da situazioni di crisi occupazionali o di impresa. A maggior ragione ciò sarà vero qualora si tratti di modificare in *pejus* i livelli di tutela raggiunti a livello di contrattazione nazionale, o addirittura sanciti sul piano legislativo.

6. Conclusioni: molto rumore per nulla?

In conclusione, a mio avviso, se si eccettua la contrattazione con finalità gestionali in caso di crisi aziendali o diminuzione dei livelli occupazionali, l’accettazione da parte sindacale delle deroghe più consistenti e “indigeste” alla disciplina dei rapporti di lavoro non è agevole da ipotizzare; a ciò dovranno aggiungersi prevedibili incertezze e ritrosie anche da parte imprenditoriale, suscitate dal timore di un possibile contenzioso giurisdizionale avente ad oggetto la validità degli accordi in deroga. Da tutto ciò discende che l’effettività dell’art. 8 (se uscirà indenne dal prevedibile vaglio di costituzionalità, da più parti invocato) potrebbe ridursi a poca cosa.

Solo il consolidamento della prassi e della giurisprudenza (per la quale già si prefigura un’interpretazione “restrittiva”²⁰) potrà dire se siamo in presenza di un vero e proprio “stravolgimento del diritto del lavoro vigente”²¹, da molti aspramente stigmatizzato²², ovvero di una norma, per varie ragioni, largamente ineffettiva, in merito alla quale - almeno

¹⁹ Cfr. P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, Relazione al Convegno dell’Associazione dei civilisti italiani su “Il diritto civile e gli altri”, in archivio.pietroichino.it/saggi/view.asp?IDArticle=947, 2011, p. 32.

²⁰ A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’art. 8, D.L. 13 agosto 2011, n. 138*, in *cuorecritica.it*, 2011, p. 5.

²¹ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 132/2011, p. 47.

²² Cfr. ad es. M. RUSCIANO, *L’articolo 8 è contro la Costituzione*, in egualianzaeliberta.it, 2011; S. CENTOFANTI, *L’art. 8 d.l. n. 138/2011 convertito in l.n. 148/2011: una norma lesiva dei principi del diritto del lavoro*, in *LG*, n. 11, p. 1089.

per ora – è possibile utilizzare la citazione di scespiriana memoria “molto rumore per nulla”²³.

²³ R. PESSI, *Art. 8 della manovra d'estate e stabilità reale: molto rumore per nulla*, in *cuorecritica.it*, 2011, p. 1, con riferimento alla derogabilità della disciplina di legge sulla stabilità reale.

NUOVI ASSETTI CONTRATTUALI E LEGITTIMAZIONE A CONTRARRE DOPO L'ACCORDO INTERCONFEDERALE 28 GIUGNO 2011

Francesco Santoni
Università degli Studi di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. - Il superamento del Protocollo 23 luglio 1993; 2. - La rappresentatività degli agenti contrattuali nell'accordo 28 giugno 2011; 3. - Rappresentatività e legittimazione a contrarre; 4. - Le competenze negoziali; 5. - Principio maggioritario e dissenso; 6. - Tregua sindacale e dissenso.

1. Il superamento del Protocollo 23 luglio 1993.

L'assenza di una disciplina legale ha pesato non poco nella problematica del contratto collettivo nel settore privato, sollecitando l'interesse della dottrina a soffermarsi in maniera prevalente sulla natura imperativa e inderogabile riconosciuta alla disciplina sindacale. Così, il contratto collettivo è stato esaminato quale negozio produttivo di regole nei suoi aspetti concernenti l'efficacia soggettiva ed oggettiva oltre che la sua natura di fonte atipica del diritto¹.

Ma non minore interesse ha sollevato lo studio della struttura della contrattazione collettiva nella sua dimensione dinamica al fine di esaminare i livelli fra i contratti ed il rapporto tra le reciproche competenze². Si tratta di una problematica che ha assunto nel tempo un rilievo sempre maggiore per la sua influenza sul piano macro-economico, sulle dinamiche salariali ed occupazionali e sul piano aziendale per determinare gli incrementi di produttività nei concreti ambiti organizzativi. E' noto in proposito come il sistema della contrattazione collettiva sia stato prevalentemente centralizzato, anche se non sono mancati periodi nei quali si è tentato di definire le competenze fra i diversi livelli attraverso clausole di organizzazione dell'attività contrattuale in maniera da determinare un coordinamento funzionale tra livelli e soggetti contrattuali nel tentativo, avallato pure dalla giurisprudenza, di dare corso ad un ordinato svolgimento delle procedure negoziali³. La stessa

¹ V. di recente, anche per un riepilogo dei diversi orientamenti, F. MODUGNO, *I contratti collettivi sono fonti del diritto?* in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene Editore, Napoli 2010, 7 ss..

² V. M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello* in DLRI, 1981, 355.

³ V. Cass. 12 luglio 1986, n.4517 e Cass. 15 marzo 1986 n.1445, in FI 1987, I, c. 512 ss., con note di B. CARUSO e G. DE TOMMASO.

giurisprudenza è stata del resto incline a ritenere prevalente, nell'ipotesi di concorso fra le fonti sindacali, il contratto più favorevole per il lavoratore anche se di livello inferiore. Ma è stato soprattutto agli inizi degli anni novanta che si è avvertita maggiormente l'esigenza di rafforzare la concertazione fra le principali forze del sistema economico e politico per stabilire talune regole sui rapporti tra i livelli contrattuali e perseguire una più efficace politica dei redditi attraverso un contenimento dell'inflazione anche in vista del soddisfacimento degli obiettivi finanziari e monetari definiti con gli accordi di Maastricht⁴.

A questi più vasti obiettivi è risultato funzionale soprattutto il *Protocollo di intesa sulla politica dei redditi e sugli assetti contrattuali* siglato da Governo e sindacati il 23 luglio 1993 con il quale si è tentato di introdurre un raccordo tra la concertazione e la contrattazione collettiva non soltanto per instaurare un controllo sulle dinamiche salariali, come peraltro già avvenuto in precedenza con il progressivo superamento della scala mobile attraverso l'accordo del 31 luglio 1992, ma anche per ridefinire gli assetti contrattuali all'interno del sistema sindacale e rafforzarne le prospettive di stabilità⁵. Il protocollo del 1993 intende così superare il precedente modello fortemente centralizzato con la previsione di alcuni criteri convenzionali fra cui, in particolare, la presenza di due livelli negoziali: il primo, affidato al contratto collettivo nazionale di categoria, con durata quadriennale per la parte normativa e biennale per la parte economica; il secondo demandato al contratto aziendale o territoriale, con cadenza quadriennale⁶. A questi livelli vengono attribuite competenze diverse e non sovrapponibili, tanto che il livello aziendale può svolgersi solo nell'ambito delle competenze definite nel contratto nazionale e non può disciplinare materie già da questo regolate⁷. La coerenza fra i due livelli viene poi conseguita per il tramite di una legittimazione congiunta delle organizzazioni sindacali territoriali e della rappresentanza unitaria del personale, la cui istituzione e le cui competenze trovano una composizione nel successivo accordo interconfederale del 23 dicembre 1993, con la previsione di rappresentanze a composizione mista.

⁴ Cfr. C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contratto collettivo come sistema di regole* in M. PERSIANI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro. Vol. I: Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, Padova 2010, 508 ss..

⁵ Cfr. M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale* in F. GALGANO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, vol. XLII, Cedam, Padova 2006, 203 ss..

⁶ Cfr. T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione* in RGL, I, 1993, 215 ss..

⁷ Cfr. V. LECCESE, *Gli assetti contrattuali delineati nel Protocollo del luglio 1993 e i rapporti tra contratti collettivi di diverso livello* in ADL, 1997, 265 ss..

L'intesa aveva previsto inoltre la definizione di talune scadenze procedurali stabilendo che le piattaforme rivendicative dovessero essere presentate in tempo utile per consentire l'apertura delle trattative tre mesi prima della scadenza dei contratti e che in tale periodo, e per il mese successivo alla stessa scadenza, le parti non avrebbero potuto assumere iniziative unilaterali né azioni dirette. La violazione di tale periodo di raffreddamento avrebbe del resto comportato, come conseguenza a carico della parte inadempiente, l'anticipazione e lo slittamento di tre mesi del termine di decorrenza dell'indennità di vacanza contrattuale.

Il risultato per tale via conseguito ha senza dubbio rappresentato un decisivo passo verso la costruzione di un modello negoziale stabile nella struttura e nel funzionamento, pur in assenza di un intervento legislativo e nella consapevolezza della fragilità degli assetti legati ai modelli privatistici naufragati in precedenti tentativi, come quelli maturati negli anni Sessanta dove la contrattazione periferica, nonostante un consistente apparato regolativo, ha sempre operato con notevole autonomia.

Questa regolamentazione è stata poi sostituita dall'*accordo quadro per la riforma degli assetti contrattuali*, siglato il 22 gennaio 2009 nonostante il parere contrario della CGIL, con l'obiettivo precipuo di surrogare i contenuti del paragrafo 2 della precedente intesa del luglio 1993 e di favorire l'acquisizione di ulteriori regole sulla contrattazione collettiva sia nel settore privato che nel pubblico impiego. L'accordo del 22 gennaio 2009 si presenta pertanto come una intesa separata, maturata in un contesto di rottura dell'unità sindacale, di natura sperimentale avente una durata di quattro anni, anche perché contempla una regolamentazione contestuale privato/pubblico di temi quali i livelli di contrattazione, il riordino e la semplificazione delle procedure, la revisione della durata delle intese, la coincidenza del periodo di regolamentazione nazionale e quello della contrattazione integrativa. In particolare, viene riproposta la vigenza triennale del contratto nazionale, sia per la parte economica che per la parte normativa, il quale continua a svolgere le funzioni di tutela inderogabile delle condizioni di lavoro e ad assolvere una regolamentazione dell'intero sistema delle relazioni sindacali. La durata triennale è prevista pure per la contrattazione di secondo livello individuandosi, quanto alle competenze, quelle materie che non abbiano trovato definizione altrove⁸.

Uno degli obiettivi di questa intesa è poi quello di favorire una convergenza degli assetti tra il lavoro privato e quello pubblico, con particolare riguardo alle relazioni sindacali nell'impiego pubblico dopo l'approvazione della legge delega n. 15/09; anche se l'accordo

⁸ V. F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali* in RIDL, I, 2009, 177 ss..

quadro non si limita ai temi della contrattazione collettiva ma prospetta pure l'esigenza di introdurre nuove regole sulla rappresentanza delle parti contraenti. In ogni caso, i contenuti dell'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sono stati successivamente meglio specificati, nel settore privato, nell'accordo interconfederale del 15 aprile 2009 e, nel settore pubblico, nell'intesa intervenuta il 30 aprile 2009, cui ha fatto seguito il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

In tal modo, si è inteso confermare, tanto nel pubblico che nel privato, una contrattazione collettiva incentrata su due livelli, con una tendenziale prevalenza del contratto nazionale in funzione di garanzia dei trattamenti economici e normativi per tutti i lavoratori ovunque impiegati nel territorio nazionale. Al livello decentrato sono devoluti gli aumenti salariali connessi al raggiungimento di obiettivi di produttività, qualità ed efficienza volti a migliorare la competitività delle imprese sulla base di indicatori assunti a livello territoriale e con riferimento alla specificità dei settori produttivi⁹.

Quanto agli effetti economici le parti, superando il precedente limite posto alla dinamica salariale sulla base di un tasso di inflazione programmata, hanno previsto un nuovo indicatore previsionale triennale basato sulla crescita dei prezzi al consumo, armonizzato in ambito europeo (IPCA), depurato della dinamica dei prezzi dei beni energetici importati. Tale indicatore viene rimesso ad un terzo di riconosciuta autorevolezza che provvederà alla verifica degli scostamenti tra l'inflazione prevista e quella reale, unitamente ad un controllo da parte di un Comitato paritetico, al fine di ottenere recuperi salariali nel periodo di vigenza di ciascun contratto collettivo. A parte le divergenti valutazioni in ordine al livello di copertura del nuovo indicatore IPCA comparate al tasso di inflazione, assume comunque rilievo la sottolineatura che l'allineamento all'inflazione reale debba avvenire durante la validità del contratto, con un meccanismo di copertura tra la scadenza di un contratto nazionale e la stipula del rinnovo e con una garanzia, già contemplata nel contratto nazionale, volta a compensare la carenza di contrattazione sul premio di risultato per situazioni di difficoltà finanziaria e produttiva¹⁰.

Si è voluto così garantire una maggiore aderenza alla finalità di tutela del salario reale dei lavoratori; finalità che si coglie pure nella previsione dei meccanismi volti ad impedire un eccessivo prolungamento delle trattative per il rinnovo delle intese sindacali. Infatti, l'accordo interconfederale 15 aprile 2009, pur demandando ai singoli contratti nazionali la

⁹ V. M. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali* in RIDL, I, 2009, 353 ss..

¹⁰ Cfr. C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contratto collettivo come sistema di regole*, cit., 516 ss..

definizione dei tempi e delle procedure, contempla alcune utili indicazioni procedurali come quella che induce la parte che abbia ricevuto una proposta di rinnovo a darne riscontro entro venti giorni dalla data di ricevimento, inducendo al rispetto dei tempi per raggiungere una nuova intesa ed all'applicazione dei meccanismi di copertura economica nei periodi di vacanza contrattuale. Qualora il contratto nazionale non venga rinnovato entro sei mesi dalla sua scadenza, è previsto inoltre l'intervento del Comitato paritetico per la gestione dell'accordo per valutare le ragioni del mancato rinnovo.

È frequente del resto, nella pratica, la circostanza che il contratto collettivo non venga tempestivamente rinnovato alla sua scadenza, per cui si pongono anche ulteriori questioni in ordine alla sua efficacia temporale, ritenendosi tradizionalmente inapplicabile ai contratti di diritto comune il principio dell'ultrattività previsto dall'art. 2074 c.c.. Nell'attuale contesto, dovrebbe essere infatti l'autonomia sindacale a stabilire le condizioni sulla decorrenza degli effetti di una pattuizione oltre la sua scadenza, anche se finisce con l'essere applicato il principio secondo cui il contratto scaduto produce i suoi effetti fino al successivo rinnovo. In altri casi, la sopravvivenza di un contratto scaduto può avvenire per fatti concludenti: con la conseguenza che le clausole di un contratto temporalmente e formalmente cessato continuano ad essere applicate per il tempo, talora piuttosto lungo, che intercorre fino alla conclusione del nuovo accordo, ovvero al recesso unilaterale di una delle parti. Ciò non esclude quindi che nella prassi il mancato rinnovo di un contratto collettivo alla sua scadenza possa determinare intervalli e vuoti di disciplina, di durata diversa e talora rilevanti, fino alla stipulazione di quello successivo.

L'accordo del 2009, pur avendo ribadito che la contrattazione decentrata ha una funzione meramente integrativa delle materie regolate dal contratto nazionale, tende in certa misura a superare i consolidati assetti dell'intesa del 1993, fondati sulla radicata convinzione che il contratto nazionale debba svolgere la funzione di definire gli standard inderogabili del lavoro. Per cui l'affermazione esplicitata nell'accordo del 2009 sulla derogabilità dei contratti nazionali tramite accordi di livello aziendale o territoriale per fronteggiare crisi o favorire l'insediamento di nuove attività produttive è stata vista come un tentativo di intaccare il principio di non duplicità di intervento regolativo e svincolare tale effetto da qualunque filtro o soglia di rappresentatività: con il risultato di introdurre una legittimazione di fatto di accordi aziendali derogatori, sottoscritti anche da sigle sindacali minoritarie in azienda o aderenti ad organizzazioni non comparativamente rappresentative nella categoria di riferimento. Né può dirsi che tale derogabilità *in peius* sia stata circoscritta alle sole ipotesi

di grave difficoltà finanziaria o produttiva dell'impresa¹¹. Infatti, a queste causali già riconosciute nel passato per situazioni limitate riferite ad accordi di natura gestionale, è stata aggiunta quella, ben più ambigua, volta ad incentivare lo «sviluppo economico e occupazionale», così introducendosi una formulazione ampia e comprensiva di ogni possibile intesa volta a modificare, sia pur con carattere sperimentale, singoli istituti economici e normativi dei contratti nazionali di categoria.

È stato proprio questa una delle ragioni per le quali si è manifestata l'ostilità della Cgil: con il risultato che l'intesa del 22 gennaio 2009, avendo prospettato una revisione degli assetti della contrattazione collettiva senza la diretta partecipazione del maggiore sindacato italiano, ha finito con il determinare non solo tensioni sociali ma anche con l'acuire quei conflitti giuridici legati al permanere di due contemporanei sistemi di relazioni industriali: l'uno fondato ancora sull'accordo del 1993, l'altro imperniato sulla nuova intesa del 2009. Tuttavia, va rilevato che quest'ultima, così come del resto la precedente, pur attribuendo specifiche competenze alla contrattazione decentrata con la finalità di delineare un più aggiornato assetto del sistema contrattuale, non sia vincolante in assoluto, poiché tali clausole hanno carattere obbligatorio per i soli soggetti stipulanti, anche se i contenuti sono stati condivisi da un buon numero di organizzazioni firmatarie. Di conseguenza, non può escludersi che, nel rapporto tra i contratti collettivi di diverso livello, si possano configurare violazioni dei criteri di competenza o situazioni diversificate e non riconducibili a quanto ipotizzato nel richiamato documento così determinandosi, sul piano degli effetti, conflitti fra discipline dettate per uno stesso istituto da differenti contratti.

Ciò è tanto più vero se si tiene conto della circostanza che tanto l'accordo quadro del gennaio del 2009 quanto il successivo del 15 aprile dello stesso anno, entrambi conclusi con il manifesto dissenso della CGIL, hanno avuto una portata limitata, pur contemplando le riferite aperture nei confronti della contrattazione decentrata e consentendo persino accordi in deroga, ancorché delimitati sul piano soggettivo e contenutistico che hanno tuttavia aperto la strada pure a successivi sviluppi normativi.

Non per caso, in tale articolato contesto, caratterizzato dalla crisi dell'unità sindacale e dalla diffusione di alcuni accordi separati intervenuti all'interno degli stabilimenti del gruppo

¹¹ Sul punto, v. M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009* in *ADL*, 2009, 1281.

FIAT, che hanno determinato pure alcune ricadute sul piano del contenzioso giudiziale¹², è intervenuto più recentemente l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 con l'intento di riproporre soluzioni largamente condivise nel contesto di una recuperata unità sindacale, ritenuta necessaria per un più adeguato funzionamento dell'intero sistema delle relazioni industriali¹³.

2. La rappresentatività degli agenti contrattuali nell'accordo 28 giugno 2011.

Questa ulteriore intesa si caratterizza così per il recepimento di alcune indicazioni di riforma già in precedenza maturate, proponendosi di realizzare un sistema di rapporti più coerente con il modello sociale europeo e tale da aiutare la crescita delle imprese e lo sviluppo dell'occupazione.

Tuttavia, l'aspetto più innovativo è costituito senza dubbio dall'introduzione pattizia di un meccanismo di misurazione certificata della rappresentanza sindacale, quale premessa per stipulare accordi validi e vincolanti sia a livello nazionale sia a livello decentrato.

Analogamente a quanto già avvenuto nella contrattazione pubblica, l'accordo supera pertanto la vecchia nozione della "maggiore rappresentatività" per adottare una misurazione della rappresentanza la cui unità di misura è espressione di un sistema misto, che tenga conto del numero degli iscritti e del dato elettorale risultante dai consensi espressi nelle elezioni periodiche per il rinnovo delle rappresentanze sindacali unitarie da effettuarsi ogni tre anni. I due indicatori si riflettono quindi in una modalità di valutazione quantitativa e consentono di superare le incertezze che hanno caratterizzato nel passato i rapporti tra le diverse organizzazioni sindacali, facendo risultare con maggiore immediatezza il collegamento tra il consenso rilasciato dai lavoratori verso la propria organizzazione e l'incremento della sua stessa forza rappresentativa. Così, accanto al consolidato indice selettivo del numero degli iscritti, viene preso in considerazione pure quello dei consensi elettorali ricevuti dalla singola organizzazione: con il risultato, certo non trascurabile, di introdurre anche nei settori privati una misurazione della consistenza sindacale fondata su specifici indicatori selettivi¹⁴.

¹² V. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore* in *WP Centro studi Massimo D'Antona*, n. 133, 2011, 5 ss.; S. LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", crisi dell'unità sindacale e rinnovi contrattuali separati: prime verifiche giudiziali* in *ADL*, 2011, spec. 491 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

¹³ Cfr. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?* in *ADL*, 2011, 457 ss..

¹⁴ Cfr. M. MISCIONE, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011* in *LG*, 2011, 654 ss..

In un assetto come quello descritto non poteva mancare un riferimento agli strumenti volti a permettere l'attuazione dell'intento comune di determinare un sistema di rilevazione della consistenza rappresentativa degli agenti sindacali, in grado di dare certezze e garanzie sull'affidabilità e sul rispetto delle regole concordate. In proposito, l'accordo del giugno 2011, poi modificato il 14 luglio 2011 con esclusione del riferimento alla "categoria" contenuto nel testo precedente, ha stabilito per la contrattazione nazionale una soglia di accesso non inferiore al 5%, considerando a tal fine la media tra le iscrizioni certificate e la percentuale di voti ottenuti sui voti espressi nel "settore" o "comparto". La certificazione dei dati associativi dovrà avvenire tramite una apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali destinate all'Inps, da predisporre con apposita convenzione tra l'Istituto e le parti stipulanti; mentre la ponderazione con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie dovrà essere effettuata sulla base dei dati trasmessi complessivamente dalle confederazioni al CNEL. L'accordo riprende, in proposito, quanto già previsto da una precedente intesa dell'8 maggio 2008 tra Cgil, Cisl e Uil sulle modalità di adeguamento delle regole sulla rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro; modalità richiamate pure nell'accordo interconfederale dell'aprile 2009 dove la certificazione dei dati sugli iscritti era demandata all'Inps sia pur ai soli fini della stipulazione dei contratti collettivi aziendali¹⁵.

Tuttavia, a ben riflettere, a differenza che nell'impiego pubblico, in questo caso non è la legge ma la fonte negoziale a definire i principi e le regole in materia: circostanza che lascia intravedere non poche difficoltà nella concreta determinazione delle modalità di accertamento della maggioranza necessaria per la sottoscrizione di accordi generali, tenuto conto che nella diversa esperienza pubblica l'accertamento preventivo è reso più agevole dalla presenza dell'Aran, cui è affidata la diretta raccolta dei dati sui voti e sulle deleghe. D'altra parte, in quello specifico contesto, l'Aran non è solo l'agente negoziale unico e come tale vero è proprio rappresentante dei datori di lavoro, ma è anche titolare in via esclusiva del potere di selezionare i propri interlocutori accertandone autonomamente i requisiti d'accesso al negoziato, previa verifica della soglia di rappresentatività¹⁶.

L'accordo del 2011 tenta ora di istituire un analogo procedimento di raccolta dei dati sulla consistenza degli agenti contrattuali nel settore privato, affidato all'Inps ed al CNEL, che non potrà non implicare un'estesa procedimentalizzazione di tutte le attività

¹⁵ V. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit. 466 ss..

¹⁶ V. P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano 2000, 280 ss..

complementari al necessario censimento della consistenza organizzativa dei soggetti sindacali. Ma si tratta di una raccolta sicuramente più complicata seppur egualmente funzionale ad una verifica sulla consistenza delle singole associazioni, superandosi così uno dei tradizionali ostacoli che avevano impedito l'attuazione dell'art. 39 Cost..

Le soluzioni adottate dall'intesa, al di là della loro natura compromissoria perché volte a conciliare le differenti posizioni emerse in seno alle grandi confederazioni tra la valorizzazione del profilo associativo e quello istituzionale, riflettono evidentemente l'intento di consentire l'ingresso nell'area privilegiata della rappresentatività a qualsiasi organizzazione che possa vantare una significativa capacità esponenziale, sia che derivi dalla consistenza organizzativa, sia che promani da una efficienza, per così dire, "movimentista"¹⁷. Ne consegue che la portata innovativa della soluzione proposta consiste piuttosto nel definitivo superamento dei vecchi schemi della rappresentatività presunta attraverso l'apertura verso una rappresentatività certificata: con il risultato di prospettare un sistema di relazioni contrattuali basato non più su meri rapporti di forza ma funzionale a rafforzare forme rinnovate di democrazia sindacale, pur con tutte le difficoltà connesse alla corretta rilevazione dei dati associativi ed elettorali ed alla individuazione degli stessi confini della categoria di riferimento¹⁸.

3. Rappresentatività e legittimazione a contrarre.

Il rilievo dell'intesa sull'accertamento della rappresentatività come criterio di legittimazione reciproca tra le parti contrattuali non implica tuttavia un obbligo a trattare, come avviene nel pubblico impiego dove la legge riconosce il diritto di ogni sindacato che superi la soglia necessaria di partecipare alle trattative.

Infatti, nei rapporti di lavoro privati, la legittimazione a contrarre deriva unicamente da una manifestazione di volontà degli stessi interessati. La partecipazione alle trattative ed alla stipulazione da parte di un'organizzazione sindacale pertanto non è mai garantita, né obbligatoria, ma risiede piuttosto nell'accettazione da parte degli altri interlocutori. La giurisprudenza sul punto ha generalmente, ma non univocamente, escluso l'esistenza di un principio di parità di trattamento fra i sindacati. In realtà, data la funzione della contrattazione quale strumento risolutivo o preventivo rispetto al conflitto, la convenienza di farvi partecipare le organizzazioni effettivamente rappresentative appare evidente: in caso

¹⁷ V. N. DE MARINIS, *I modelli della rappresentanza sindacale tra lavoro privato e lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino 2002, 143 ss..

¹⁸ V. F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore* in *WP Centro studi Massimo D'Antona*, n. 127, 2011, 8 ss..

di esclusione, un sindacato dotato di notevole seguito avrebbe buon gioco a vanificare l'accordo mediante il ricorso all'azione sindacale ed alle manifestazioni conflittuali. Per tale motivo, le stipulazioni coinvolgono di norma, nei vari settori, i sindacati che complessivamente ricevono il maggior consenso, ovvero quello di una notevole parte dei lavoratori interessati.

In ogni caso si deve rilevare come nel lavoro privato, diversamente che nel pubblico impiego, la legittimazione a stipulare i contratti collettivi è riferibile ad ogni sindacato a prescindere dalla sua consistenza numerica, purché il datore di lavoro lo accrediti quale agente negoziale nel contesto di un sistema non istituzionalizzato. Pertanto, non può escludersi che anche sindacati di limitata consistenza associativa siano ammessi alla stipulazione dei contratti collettivi, anche se dopo l'accordo in esame tale circostanza dipenderà sempre più dal requisito della consistenza di cui gode l'associazione stipulante quale corollario di una logica di sostegno maturata all'interno della stessa autonomia collettiva¹⁹. Così, ferma restando l'insussistenza di un generale obbligo a trattare, potrebbe configurarsi come un atteggiamento discriminatorio capace di vanificare la presenza del sindacato nei luoghi di lavoro, una condotta datoriale consistente nel rifiuto a trattare con un sindacato che presenti i requisiti indicati nell'accordo del 28 giugno 2011. E tuttavia il procedimento di repressione della condotta antisindacale, regolato dall'art.28, L. 300/1970, permane ancora l'unico rimedio esperibile di fronte alle eventuali inadempienze datoriali, posto che le conseguenze di una lesione dell'obbligo procedimentale non è presa in considerazione nel testo dell'accordo, né è possibile far seguire una responsabilità risarcitoria per la violazione dell'obbligo a negoziare, di natura precontrattuale o connessa alla lesione dell'immagine del sindacato²⁰. D'altra parte, in passato, la giurisprudenza aveva dichiarato l'antisindacalità del rifiuto ad aprire le trattative nel caso di espresso obbligo convenzionale a negoziare, ravvisando proprio nella violazione della norma collettiva la soglia dell'antisindacalità, ma precisando al tempo stesso l'esigenza di verificare la condotta datoriale in base al criterio della buona fede riferito alla prassi delle relazioni sindacali²¹.

Eguale la misurazione della rappresentatività non può assumere alcuna incidenza sugli effetti del contratto collettivo, a differenza che nel sistema dell'impiego pubblico dove il criterio appare non solo funzionale all'accertamento dei soggetti abilitati alla stipulazione delle intese ma pure alla verifica del consenso necessario per la valida sottoscrizione dei

¹⁹ V. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., 470.

²⁰ Sul punto v. già C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova 1992, 313 ss..

²¹ V. P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit. 226 ss. ivi riferimenti alla nt. 56.

contratti collettivi nazionali, che la legge subordina in ogni caso ad una adesione maggioritaria da parte delle organizzazioni stipulanti. In altri termini, nel contesto pubblico, l'accertamento della rappresentatività riflette non solo il consenso effettivo di cui ciascuna organizzazione gode nei luoghi di lavoro ma opera pure come criterio di regolazione del processo di formazione della volontà contrattuale, nella prospettiva di fornire un concreto fondamento all'efficacia dell'intesa raggiunta. In tal modo, si tende ad assicurare la conclusione degli accordi anche in presenza di possibili posizioni di dissenso fra gli agenti negoziali, tenuto conto che nei settori pubblici ci si imbatte talora in una eccessiva frammentazione dell'associazionismo dei lavoratori e nella necessità di regolare eventuali conflitti intersindacali. Inoltre, l'alternativa che consente all'Aran di quantificare, al momento della conclusione del contratto, la ricorrenza del livello di rappresentatività tra la percentuale media tra dato associativo e dato elettorale e quella, più elevata, esclusivamente ancorata al dato elettorale testimonia l'esigenza di conciliare la matrice associativa del sindacato con quella evolutiva della rappresentanza nei luoghi di lavoro, espressa per il tramite del consenso fondato sul principio maggioritario. In ogni caso, l'operatività del contratto collettivo nei confronti dei singoli non deriva solo dal principio maggioritario ma anche dall'espresso rinvio alla contrattazione collettiva da parte dei contratti individuali e, soprattutto, dal potere di rappresentanza legale attribuito all'Aran. Infatti, come argomentato dalla sentenza della Corte costituzionale 16 ottobre 1997 n. 309, l'efficacia soggettiva del contratto collettivo pubblico non si configura alla stregua dell'efficacia *erga omnes* presupposta nell'art. 39 Cost. ma deriva piuttosto dall'obbligo di conformazione e parità di trattamento che la stessa legge impone alle pubbliche amministrazioni²².

Diversamente, nei settori privati, il contratto collettivo concluso con i sindacati rappresentativi non ha effetti *ultra partes*, ma mantiene i limiti della contrattazione di diritto comune anche dopo l'intesa del 28 giugno 2011, la quale si è tenuta consapevolmente lontana dalla questione coerentemente con i contenuti imposti dall'art. 39 della Costituzione²³. Ciò non esclude però che la misurazione della rappresentatività, cui ancorare la legittimazione a negoziare sia in sede nazionale che in sede aziendale, costituisca un rilevante progresso nel contesto delle relazioni industriali. Che anzi, l'introduzione della soglia di rappresentatività assume in ogni caso un particolare rilievo soprattutto con riferimento alle indicazioni contenute nell'accordo in ordine alla contrattazione aziendale

²² V. Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *RIDL*, II, 1997, con nota di G. PERA.

²³ V. T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, 617.

specie al fine di risolvere l'efficacia vincolante delle intese decentrate sulla base di un criterio maggioritario.

4. Le competenze negoziali.

Con riguardo alla struttura della contrattazione collettiva, l'accordo del 28 giugno 2011 tende a riaffermare, in linea di principio, la preminenza della contrattazione collettiva nazionale “*con la funzione di garantire la certezza di trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori [...] ovunque impiegati nel territorio*” (punto 2), valorizzando al tempo stesso la contrattazione decentrata, anche di livello aziendale, la quale “*si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale*” (punto 3).

In tale formulazione si avverte tuttavia una evidente forzatura rispetto al vecchio principio del *ne bis in idem*, che come accennato caratterizzava gli assetti concordati nel protocollo del 23 luglio 1993 nella parte in cui si affermava che la contrattazione aziendale potesse regolare solo materie ed istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli retributivi propri del contratto nazionale. La formula utilizzata nell'accordo del 28 giugno 2011 induce invece a configurare un superamento della centralizzazione contrattuale, anche se taluni interpreti, facendo leva sull'uso del termine “delega” adoperato nel testo, hanno ritenuto tale espressione come sostanzialmente equivalente ad una clausola di rinvio²⁴. Ma si tratta di una conclusione difficilmente conciliabile con la formulazione letterale del testo dove, sia pur con qualche ambiguità, si delimitano con evidente approssimazione le sole materie delegate alla contrattazione decentrata, come testimoniato dalla formula adoperata “*in tutto o in parte*”.

Questa formula lascia infatti aperti margini di competenza al livello inferiore non del tutto predeterminati: con la conseguenza che i limiti imposti dal contratto nazionale si presentano incerti proprio qualora si volessero individuare i limiti della delega, mentre le competenze riferibili alle intese decentrate risultano apertamente rafforzate dalla previsione del punto 7 dell'accordo che offre piena legittimazione ad eventuali pattuizioni modificative dei contenuti dei contratti nazionali. Per tali motivi, non sembra possibile negare l'emersione di una più generale tendenza verso l'attribuzione di maggiori competenze riferibili alla contrattazione decentrata con uno spostamento del baricentro regolativo che riconoscere più ampie funzioni, anche derogatorie, non solo sulle materie delegate ma

²⁴ V. ancora T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011*, cit. 618, secondo il quale l'uso del termine *delega* piuttosto che del termine *rinvio* sottolinea comunque la stretta dipendenza del contratto aziendale da quello nazionale.

anche su istituti e contenuti di pertinenza esclusiva della contrattazione nazionale²⁵. Si tratta del resto di una prospettiva già sperimentata in altri paesi europei che hanno riconosciuto più ampie funzioni agli accordi di secondo livello proprio per favorire una valorizzazione della produttività ed una definizione dei margini di flessibilità calibrata sugli specifici contesti produttivi delle singole imprese²⁶.

Altra significativa conferma che può estrarsi dal testo dell'intesa è poi quella secondo cui i contratti aziendali possono apportare modifiche agli istituti del contratto nazionale riguardanti gli orari e l'organizzazione del lavoro, qualora non siano state ancora previste le procedure di revisione ovvero siano in attesa di definizione. Anche sotto tale importante profilo si riconosce apertamente l'efficacia delle intese decentrare rivolte a modificare la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro, ancorché con il limite che debba trattarsi di pattuizioni riferite a specifiche situazioni di gestione di crisi aziendali. Questo ulteriore riconoscimento offre una conferma, forse più significativa, di una rinnovata attenzione delle parti stipulanti per le più ampie funzioni attribuite al decentramento contrattuale, tanto da riproporre sotto nuova veste l'interrogativo se non sia possibile a questo punto ravvisare un superamento tra l'inscindibile connessione tra un contratto collettivo nazionale ed un contratto aziendale²⁷.

L'accordo interconfederale affida poi allo strumento dei contratti collettivi aziendali l'apertura verso la previsione di regole particolari per aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi, in maniera da autorizzare, sia pur solo implicitamente, ulteriori modificazioni dei contenuti del contratto nazionale. Tuttavia, occorre precisare come nel testo dell'intesa non venga mai apertamente riconosciuta una finalità manifestamente derogatoria, di cui è tuttavia indice la formulazione letterale utilizzata nel testo "*specifiche intese modificative*"; formula che potrebbe essere intesa pure in funzione limitativa. In ogni caso, anche a voler accogliere una siffatta prospettiva, nondimeno possono prefigurarsi ambiti di derogabilità *in peius* ad opera dei contratti aziendali per definire, in via sperimentale e temporanea, modificazioni delle pattuizioni contenute nei contratti collettivi nazionali, pur nei limiti e con le procedure all'uopo indicate nell'accordo interconfederale.

Dal tenore delle richiamate disposizioni si profila quindi un chiaro tentativo di riallocare talune materie verso la contrattazione decentrata, come apertamente confermato dai

²⁵ Per tale tendenza v. già prima dell'accordo, A. PIZZOFERRATO, *Il contratto collettivo di secondo livello come espressione di una cultura cooperativa e partecipativa* in RIDL, I, 2006, 434 ss..

²⁶ V. A. SUPLOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto* in DLRI, 2005, 165 ss..

²⁷ V. M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011* in ADL, 2011, 453.

successivi ed imprevedibili sviluppi legislativi che hanno attribuito sostegno a quella contrattazione collettiva definita ora “*di prossimità*” dall’ art. 8, L. 148/2011, e dove si prospetta la possibilità di definire statuti regolativi diversificati tali da incidere addirittura sull’uniformità dei trattamenti normativi²⁸. Ed è forse il caso di rilevare che la soluzione delineata dal legislatore ha circoscritto non solo l’ambito di applicazione dei contratti collettivi ma anche le modalità di formazione delle norme applicabili al livello decentrato, in tal modo destinate a coincidere direttamente con l’ambito territoriale o con il contesto aziendale di riferimento²⁹.

Riaffiora, in certa misura, il criterio della competenza, peraltro già ritenuto rilevante nel passato³⁰, secondo cui sarebbe legittimo un accordo derogatorio su materie sulle quali il livello inferiore avrebbe una riconosciuta pertinenza: circostanza quest’ultima che assume ora un più specifico rilievo perchè la ripartizione delle competenze è imputabile non solo ad atti di autolimitazione dei soggetti contraenti sulla base delle ipotesi richiamate nell’intesa interconfederale ma trae conferma dalle scelte operate successivamente dal legislatore³¹.

5. Principio maggioritario e dissenso.

L’accordo stabilisce inoltre che i contratti aziendali “*per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali, espressioni delle confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, operanti all’interno dell’azienda se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti*” (punto 4). Mentre nel caso di accordi sottoscritti dalle rappresentanze aziendali ai sensi dell’art. 19, esplicano pari efficacia generale soltanto se approvati “*dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell’ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altri, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell’azienda nell’anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente all’azienda*” (punto 5). In questi casi i contratti collettivi aziendali approvati dalle Rsa, con le modalità indicate, devono essere sottoposti al voto dei lavoratori se vi sia stata una specifica richiesta, avanzata entro dieci giorni dalla conclusione del contratto, “*da almeno*

²⁸ V. E. ALES, *Dal caso Fiat al caso Italia. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali* in WP Centro studi Massimo D’Antona, n. 134, 2011, 16 ss..

²⁹ F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, cit., 14.

³⁰ V. M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, cit., 360.

³¹ V. G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l’art.8 del decreto n. 138/2011* in WP Centro studi Massimo D’Antona, n. 129, 2011, 14 ss..

un'organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa”, con la conseguenza che “*per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza dei voti*”. Appare evidente come l'intesa intenda porre su piani diversificati le due ipotesi con una più marcata preferenza per gli accordi sottoscritti dalle Rsu, ritenuti dotati di una intrinseca stabilità perché validati dalla maggioranza dei componenti delle Rsu elette, rispetto a quelli eventualmente sottoscritti dalle Rsa, per i quali si richiede una verifica maggioritaria³². Infatti, l'accordo, pur avendo preso in considerazione entrambe le modalità di legittimazione degli agenti contrattuali, mostra di preferire gli accordi sottoscritti dalle rappresentanze elettive piuttosto che da quelle oggetto tuttora di designazione e prive di investitura diretta. Ne costituisce una chiara conferma il punto 4 dell'intesa dove si stabilisce che l'efficacia vincolante degli accordi aziendali si radichi nella sola approvazione da parte della maggioranza dei componenti (eletti) della Rsu. Diversamente, nell'ipotesi considerata al punto 5, l'efficacia degli accordi sottoscritti dalle Rsa, tuttora riferibili all'operatività della norma residua dell'art.19, L. 300/70, si realizza in due tempi: un'approvazione preliminare da parte delle rappresentanze espressione di sindacati destinatari della maggioranza delle deleghe ed un'ulteriore validazione referendaria per la cui efficacia si richiede la doppia maggioranza degli aventi diritto al voto e dei consensi espressi .

Il *favor* che l'accordo dimostra per l'operato delle Rsu trova la sua giustificazione nell'oggettiva maggiore democraticità che presiede alle modalità di costituzione di questi organismi e dunque in una legittimazione a negoziare nell'interesse di tutti i dipendenti sulla base del principio maggioritario già acquisito . Analoga considerazione non può farsi per le Rsa e proprio per tale motivo il risultato della loro eventuale intesa deve necessariamente passare al vaglio del corpo elettorale che potrebbe anche non approvare quanto stabilito nell'accordo.

D'altra parte va ricordato che, in base al testo dell'art. 19, L.300/70, risultante dopo la parziale abrogazione seguita all'esito referendario del 1995, le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva soltanto nell'ambito delle associazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva. Infatti, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 244/1996, «*la rappresentatività del sindacato [...] è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali come «esigenza di oggettività del criterio legale di selezione [che] comporta*

³² M. MISCIONE, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva*, loc. cit..

un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio [della firma] con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale»³³. Pertanto, legittimate ad acquisire le prerogative stabilite dalla legge e dalla contrattazione collettiva sono soltanto quelle organizzazioni che rispondano al criterio selettivo della partecipazione alla contrattazione collettiva in azienda. Ad integrare tale requisito non è sufficiente però la mera adesione formale ad un contratto negoziato da altri, ma occorre altresì una partecipazione attiva al processo di formazione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o istituto importante della loro disciplina anche in via integrativa a livello aziendale³⁴.

Anche nel nuovo assetto profilato dall'accordo del 28 giugno permane la questione del dissenso, la cui manifestazione non si limita alla costituzione di distinte rappresentanze sindacali, ma può sfociare nell'attività negoziale ovvero nel momento della sua conferma referendaria, con forme di conflitto intersindacali ovvero di contrasti con interessi individuali.

Non si può escludere quindi che possa riproporsi l'annosa questione che la ritenuta validità *ultra partes* del contratto collettivo vada conciliata con la garanzia del dissenso al fine di bilanciare la legittimazione a contrarre con la libertà dei singoli a non essere vincolati da scelte di soggetti sindacali compiute senza mandato. Infatti, nella vigente disciplina, il dissenso viene salvaguardato attraverso l'art. 1398 c.c., che regola l'ipotesi della rappresentanza senza potere, e l'art. 39 Cost., 1° comma, che garantisce la libertà sindacale. In tal modo si riconosce, da un lato, che il lavoratore iscritto possa sottrarsi all'applicazione del contratto collettivo che consideri peggiorativo rispetto alla sua complessiva posizione contrattuale addebitando al sindacato un'esorbitanza dei poteri conferiti al momento dell'adesione associativa; d'altro lato, si lascia impregiudicata la sua scelta di non affiliarsi ad alcun sindacato attraverso la garanzia della libertà negativa ed evitando che gli effetti del contratto collettivo possano investire la propria sfera giuridica³⁵.

Inoltre, il modello sindacale pluralistico sviluppatosi nel corso del tempo ha determinato una condizione di permanente instabilità dovuta alla progressiva proliferazione di sempre nuovi sindacati dissenzienti. Non per caso si ritiene che un possibile punto di equilibrio per la composizione dei conflitti intersindacali

³³ V. Corte Cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *RIDL*, II, 1996, 447 ss., con nota di G. PERA.

³⁴ V. Cass. 21 luglio 2005, n. 15296, in *LPO*, 2005, 1455.

³⁵ V. per tutti i rilievi di P. ICHINO, *Il contratto di lavoro* in A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2000, 224 ss..

possa essere il principio di maggioranza, anche se non mancano argomentazioni divergenti, se non contrarie alla sua applicazione, per l'asserita impossibilità di trasferire le regole della democrazia politica nell'ambito della realtà sindacale³⁶.

Si è argomentato, infatti, che la concreta applicazione del principio maggioritario nella contrattazione collettiva, lungi dal fungere come regola compositiva dei contrasti collettivi ed individuali, determinerebbe l'appiattimento delle rivendicazioni sulle opzioni della maggioranza, sacrificando le posizioni minoritarie ed inasprando i conflitti già esistenti³⁷. Inoltre, si è affermato che talune materie non sono in ogni caso suscettibili di essere governate da decisioni maggioritarie, a meno di comprimere indebitamente l'identità dei soggetti interessati a vantaggio di quel soggetto in grado di aggregare il consenso più ampio a discapito delle minoranze dissenzienti³⁸.

Ma il modello maggioritario presenta aspetti controversi anche nei riguardi delle posizioni dei singoli lavoratori. Basti considerare quegli accordi con contenuto ablativo che incontrano aperte situazioni di dissenso dei destinatari, i quali possono rifiutare il trattamento imposto dal contratto aziendale peggiorativo, rivendicando quello previsto dal contratto nazionale se più vantaggioso³⁹. In altri casi, poi, la legge affida alle organizzazioni sindacali il potere di rappresentare, gli interessi dei lavoratori che vengono coinvolti nella crisi dell'impresa, ma non esclude al tempo stesso che il singolo lavoratore possa contestare la legittimità di atti dai quali derivi un diretto pregiudizio per i propri diritti o interessi⁴⁰. Con il risultato che il singolo lavoratore, pur rimanendo estraneo alle procedure sindacali, conserva intatta la propria legittimazione a contestare le scelte assunte su di una falsa o incompleta rappresentazione della realtà, tale da incidere sulla correttezza dei provvedimenti finali adottati, per non considerare infine che i poteri di rappresentanza nel contratto collettivo risultano palesemente inadeguati poiché portano alla conclusione secondo cui ogni gruppo organizzato è legittimato ad operare in favore dei propri associati, ma non nei riguardi dei lavoratori non sindacalizzati, nei confronti dei quali è difficile

³⁶ Sulla questione, anche per riferimenti, v. G. MARTINUCCI, *Principio di maggioranza ed efficacia del contratto collettivo* in RIDL, I, 1999, 451 ss..

³⁷ Cfr. M. G. GAROFALO, *Osservazioni sulla democrazia sindacale* in LD, 1988, 276.

³⁸ V. B. FIORAI, *Il sistema sindacale italiano e il principio di maggioranza: Ricognizione delle regole per la gestione del conflitto*, Giuffrè, Milano 1991, 103 ss. e *passim*.

³⁹ V. G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio* in RIDL, I, 2010, 487 ss..

⁴⁰ Sul problema, v. M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali* in ADL, 1999, 1 ss..

giustificare l'operatività della stessa regola di maggioranza, perché talora non si tratta soltanto di minoranze quanto addirittura di soggetti estranei⁴¹.

L'accordo unitario del 28 giugno 2011 riconosce comunque l'efficacia del contratto aziendale per tutti i dipendenti e nei riguardi di tutte le associazioni sindacali firmatarie dell'intesa qualora il contratto sia stato approvato dalle rappresentanze in azienda con le due diverse modalità di cui ai punti 4 e 5. Ed in tale linea si pongono pure gli sviluppi legislativi assunti dopo l'emanazione dell'art.8 L.147/2011, con riferimento ai quali il problema del dissenso collettivo potrebbe ulteriormente complicarsi con la comparsa sulla scena delle relazioni industriali degli accordi di prossimità, le cui peculiari caratteristiche possono determinare la previsione di trattamenti deteriori con clausole fortemente limitative dell'autonomia individuale e delle posizioni soggettive dei singoli lavoratori.

L'adozione di questo modello, fondato anch'esso sul principio maggioritario, può favorire infatti una gestione rigida dei conflitti di interesse con l'imposizione delle decisioni ai dissenzienti senza la possibilità di trovare adeguate forme di compromesso e di tutela. Ma in questo modo può perdere addirittura vigore l'assunto, che è pur sempre alla base delle scelte in esame, secondo cui il criterio maggioritario dovrebbe essere in grado di governare la frammentazione degli interessi, di riqualificare il criterio della rappresentatività che da presunta è divenuta misurata e di giustificare motivatamente l'applicazione di un contratto collettivo aziendale che contenga atti di disposizione dei diritti individuali. Ne consegue che anche l'accordo derogatorio eventualmente sottoscritto ai sensi dell'art. 8, L. 147/2001, non può non assumere efficacia limitata nei riguardi dei soli lavoratori rappresentati dai soggetti stipulanti o nei confronti di coloro che abbiano, espressamente o tacitamente acconsentito alla loro attività negoziale⁴².

6. Tregua sindacale e dissenso.

Il rilievo del dissenso individuale trova inoltre conferma nel riconoscimento dell'azione sindacale diretta nel punto 6 dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, laddove si attribuisce alle clausole di tregua sindacale efficacia soltanto nei confronti delle associazioni firmatarie dell'intesa. Viene così riaffermata la concezione tradizionale dell'efficacia obbligatoria dei patti di tregua che non possono vincolare né le sigle sindacali estranee alla

⁴¹ V. F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia* in *Relazione Aidlass 2011* (datt.), 78.

⁴² Cfr. A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva* in *Quaderni Fondazione M. Biagi*, n. 2, 2011, 6. Per una diversa opinione v. E. ALES, *Dal caso Fiat al caso Italia. Il diritto del lavoro di prossimità*, cit., 22.

pattuizione né i singoli lavoratori. Questi ultimi, anche se iscritti ad un sindacato firmatario, potrebbero del resto sempre organizzarsi come comitato occasionale e scioperare in virtù della titolarità individuale del diritto di sciopero. Di conseguenza, pur essendo certamente legittima l'idea che un contratto aziendale approvato a maggioranza possa essere esigibile limitando le azioni conflittuali, non pare possibile superare tuttavia il rapporto esistente fra esigibilità e conflitto, ovvero influire sul grado di consenso verso le scelte che si assumono all'interno delle relazioni sindacali⁴³. Non per caso, la presenza delle clausole di tregua è stata ritenuta solo come una possibilità eventuale all'interno di una determinata pattuizione, dal momento che non può essere il contratto in quanto tale ad imporre alle parti contraenti la sua osservanza, quanto piuttosto la presenza di una clausola di tregua che può diventare di volta in volta elemento di scambio e di contrattazione⁴⁴.

Con la riconosciuta limitata vincolatività, si prospetta così il superamento di quanto era stato previsto in materia dall'accordo quadro del 22 gennaio 2009, che contemplava un periodo di tregua più lungo rispetto a quello stabilito nel protocollo del 1993, ulteriormente allungato dagli accordi interconfederali attuativi, fino a raggiungere una durata complessiva di sette mesi nell'accordo Confindustria del 15 aprile 2009 e nell'accordo Confservizi 18 novembre 2009. Inoltre, le parti hanno previsto pure un apparato sanzionatorio diverso da quello a suo tempo individuato nel testo del 1993, che collegava l'eventuale violazione alla ritardata corresponsione dell'elemento provvisorio della retribuzione, peraltro scarsamente applicata. Infatti, l'intenzione così manifestata nel 2009 era stata quella di superare una logica tutta interna all'ordinamento intersindacale, ammettendo la possibilità di chiedere la revoca o la sospensione delle azioni di autotutela con effetto vincolante anche per i singoli lavoratori. Ed in tale direzione devono essere valutate pure quelle clausole di responsabilità incluse negli definiti all'interno del gruppo FIAT nel 2010 allo scopo di rafforzare gli impegni contrattuali e richiedere ai lavoratori comportamenti coerenti con le obbligazioni sindacalmente assunte⁴⁵.

Tuttavia, come già si riteneva in precedenza, il carattere impegnativo del vincolo in tal modo determinato dalle organizzazioni stipulanti fa scaturire essenzialmente per quest'ultime il solo dovere di osservanza per sé e di influenza per i propri iscritti ad ottemperare agli obblighi, attraverso iniziative tendenti a far desistere i singoli da comportamenti difformi ed eventualmente sanzionandoli sulla base delle previsioni

⁴³ V. T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, cit., 619 ss..

⁴⁴ Cfr. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., 475 ss..

⁴⁵ Sulla clausola di pace sindacale prevista nell'accordo FIAT di Pomigliano v. i rilievi di R. PESSI, *La contrattazione in deroga: il "caso" Pomigliano* in *ADL*, 2010, 1128 ss..

endoassociative. Inoltre, qualora le azioni di autotutela volte a rafforzare situazioni di dissenso fossero spontanee, perché organizzate da coalizioni occasionali di lavoratori, le regole di disciplina e le clausole di responsabilità non potrebbero concretamente esercitare i loro effetti nei confronti dei lavoratori non aderenti ad alcun sindacato.

In definitiva, va rilevato come le clausole di responsabilità, così come eventuali clausole di tregua, possano incidere solo limitatamente sulle posizioni individuali che, qualora violate dagli scioperanti, implicano al più una responsabilità disciplinare nei confronti del sindacato di appartenenza. Senza considerare che l'applicabilità delle sanzioni interne nei confronti degli iscritti è risultata nella prassi sindacale piuttosto teorica, poiché le associazioni raramente hanno adottato misure sanzionatorie per non perdere consensi fra i propri aderenti⁴⁶

⁴⁶ Cfr. F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero* in M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da) *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Cedam, Padova 2010; F. LUNARDON (a cura di) *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, Padova 2011, 33 ss..