

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “SAPIENZA” DI ROMA

Anno Accademico 2012 – 2013



Facoltà di Giurisprudenza

Tesi di dottorato in Economia dell'Impresa

curriculum Diritto del Lavoro

**“La funzione derogatoria del contratto collettivo
di livello aziendale nel settore privato”**

RELATORE

PROF. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI

DOTTORANDO

Dr. STEFANO CAIROLI

MATR. N. 1181829

Università degli Studi “Sapienza” di Roma
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Sezione di Diritto Privato
Coordinatore: Prof. Giuseppe Santoro-Passarelli

a Serena

La funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale nel settore privato.

INDICE

INTRODUZIONE (p. 8)

CAPITOLO I (p. 10)

**Evoluzione storica: la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale
Fino all'accordo del 28 giugno 2011.**

- 1. Il superamento in sede negoziale, dottrinale e giurisprudenziale dell'applicazione dell'art. 2077 c.c. e del criterio gerarchico rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.**
- 2. I nuovi assetti contrattuali delineati dal Protocollo del 23 luglio del 1993: risoluzione preventiva del concorso-conflitto tra contratti collettivi di differente ambito applicativo.**
- 3. Una prima regolamentazione della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello decentrato: l'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 e l'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009.**
- 4. Uno sguardo d'insieme: problematiche emerse rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale fino al 2011.**

CAPITOLO II (p. 35)

**Recenti novità in tema di funzione derogatoria nell'autonomia privata collettiva.
L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e gli accordi successivi.**

- 1. L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: il riconoscimento da parte della Cgil della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.**
- 2. Accordo interconfederale e art. 8: sequenza cronologica**
 - 2.1. La ratifica dell'accordo interconfederale e l'uscita di Fiat da Federmeccanica/Confindustria.**

- 3. La funzione derogatoria del contratto aziendale secondo la clausola 7: i due regimi.**
- 4. Contenuti dell'Accordo da tenere in considerazione per la funzione derogatoria del contratto collettivo.**
 - 4.1. La competenza delegata della contrattazione aziendale: mero rafforzamento semantico della regola del *ne bis in idem*.**
 - 4.2. L'efficacia soggettiva dell'accordo aziendale (anche derogatorio) nell'A.I. 2011.**
 - 4.3. Le clausole di tregua sindacale: un corollario improntato all'efficacia obbligatoria delle clausole.**
- 5. I limiti alla funzione derogatoria secondo la clausola 7: una funzione a "geometria variabile", che resta pur sempre un'eccezione.**
 - 5.1. Su quali materie e fino a quando opera il regime alternativo di deroga previsto dalla clausola 7, secondo periodo?**
 - 5.2. Sull'obbligo di intesa con le organizzazioni sindacali di livello territoriale: l'unanimità come "meccanismo di sicurezza" fino alla regolamentazione nazionale.**
- 6. L'asimmetria tra l'efficacia generale del contratto aziendale e la (mancata) regolamentazione del dissenso a livello nazionale nel testo dell'accordo del 28 giugno 2011.**
 - 6.1. L'accordo unitario di Confindustria del 31 maggio 2013: un'influenza solo parziale sul problema del dissenso.**
- 7. L'accordo interconfederale come criterio di coordinamento negoziale interno e come criterio ermeneutico di interpretazione della volontà delle parti.**
 - 7.1. Un interessante caso concreto: l'ordinanza del Tribunale di Roma sul secondo contratto collettivo separato nel settore metalmeccanico. Sulla configurabilità degli obblighi dell'Accordo come obbligazione tra le Confederazioni per il fatto di terzi: spunti critici.**

CAPITOLO III (p. 77)

La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale secondo la legge.

L'art. 8 d.l. n. 138 del 2011.

- 1. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale autorizzata dalla legge: uno strumento già utilizzato in passato, ma in modo del tutto circoscritto. – 2. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale secondo l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, conv. In legge n. 148 del 2011.**
- 2. Caratteristiche.**
 - 2.1. Una norma (almeno formalmente) eccezionale.**

2.2. (Segue) I soggetti legittimati alla stipulazione.

2.3. (Segue) I presupposti: intese specifiche e finalità predeterminate

2.4. (Segue) Le materie.

2.5. Un nuovo requisito ai fini della validità della deroga: il deposito presso la D.t.l. (art. 9, comma 4, d.l. n. 76 del 2013).

3. La funzione derogatoria a norme imperative di legge: la genericità delle materie e delle finalità.

3.1. (segue) la genericità dei limiti interni: vincoli di natura costituzionale, comunitaria ed internazionale.

3.2. In conclusione: sui possibili profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 117, comma 2, lett. m), Cost.

4. La derogabilità del contratto collettivo nazionale ex art. 8.

4.1. L'ammissibilità del potere di deroga a prescindere dalla deroga alla legge.

4.2. L'irrilevanza delle clausole di inscindibilità contenute in contratti collettivi nazionali.

4.3. Il rapporto tra contratti collettivi di diritto comune e contratti ex art. 8: l'ammissibilità di una modifica migliorativa da parte del contratto collettivo nazionale successivo alle intese ex art. 8.

4.4. La possibile illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 comma 1 Cost.

5. L'efficacia generale dei contratti di prossimità. Inadeguatezza degli strumenti diversi dalla legge per risolvere il problema dell'efficacia *erga omnes*.

5.1. Problematiche interpretative connesse alla condizione del rispetto di un "criterio maggioritario".

5.2. Un requisito non scindibile dalla deroga alla legge.

5.3. L'impossibilità di ricondurre le intese specifiche ex art. 8 a contratti gestionali.

5.4. Le intese ex art. 8 come contratti delegati o regolamento, fonti *extra ordinem* svincolate dal rispetto dell'art. 29 commi 2 ss.: critica.

5.5. Art. 39 commi 2 ss. e contratti collettivi aziendali: per una lettura in chiave storica e non letterale della norma.

5.6. Conclusione: la necessaria applicazione dell'art. 39, commi 2-4 Cost. alle intese ex art. 8 e la sua incompatibilità con le clausole 4 e 5 dell'Accordo del 28 giugno 2011.

6. L' illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3.

7. Il rapporto tra contratti collettivi di livello aziendale e di livello territoriale stipulati ex art. 8 e insistenti sullo stesso ambito di applicazione e la successione tra contratti di prossimità.

CAPITOLO IV (p. 126)

La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale nell'ordinamento spagnolo: brevi spunti di riflessione in chiave comparatistica

1. **Premessa metodologica: differenze tra i due ordinamenti e utilità di un confronto comparato.**
2. **Prima differenza di fondo: il riconoscimento legale di contratti collettivi con efficacia *erga omnes*.**
3. **Seconda differenza di fondo: regole diverse e di tenore limitativo del concorso-conflitto tra *convenios colectivos estatutarios*.**
4. **La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale prima della riforma del 2010: deroghe mediante contratti collettivi gestionali e deroghe retributive ai contratti collettivi di categoria validi *erga omnes*.**
5. **La riforma del 2010.**
6. **Le riforme del 2011 e 2012 in Spagna: dalle deroghe alla “priorità applicativa” del contratto collettivo di livello aziendale**
7. **Conclusioni: tendenze identiche e soluzioni simili entro un contesto regolato dal legislatore**

CONCLUSIONI (p. 144)

1. **La mancata regolamentazione della funzione derogatoria nel Protocollo unitario del 1993.**
2. **Il differente contesto economico-sindacale e la nuova funzione derogatoria: la stagione degli accordi separati.**
3. **L'accordo del 28 giugno 2011, la funzione derogatoria e i primi tentativi di gestione del dissenso.**
4. **L'accordo del 2013: parziale risoluzione del problema.**
5. **Brevi riflessioni sul dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale del 3 luglio 2013.**
6. **I soggetti vincolati dall'Accordo Interconfederale: critica all'esclusione di obblighi in capo alle federazioni di categoria.**
7. **La nullità del contratto per violazione dell'art. 8: critica. La possibile applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c.**
8. **L'art. 8 e le deroghe alle regolamentazioni contenute nei Ccnl. La possibile violazione dell'art. 39 comma 1.**
9. **L'applicabilità dell'art. 39 commi 2 ss. alle intese *ex art. 8* efficaci *erga omnes*.**

10. La difficoltà di pervenire ad un'attuazione dell'art. 39 comma 4 Cost. attraverso l'Accordo del 28 giugno 2011.
11. La funzione derogatoria rispetto a norme di legge: profili di illegittimità costituzionale.
12. L'incentivo alla funzione derogatoria del contratto aziendale nell'ordinamento spagnolo: tendenze simili entro un sistema regolato dalla fonte eteronoma, ma più coerente.

APPENDICE: CASISTICA DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA (p. 159)

- A) Primi riconoscimenti di contrattazione aziendale in deroga nei Ccnl delle industrie chimiche e chimico-farmaceutiche e delle industrie tessili.
- B) La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale nei contratti di categoria successivi all'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009
- B₁) Il CCNL separato del settore metalmeccanico del 2009 e il caso Fiat.
- C) Attuazione dell'Accordo Quadro del 2009 al di fuori di Confindustria: il CCNL separato nel settore Terziario-Confcommercio/Confesercenti.
- D) Primi contratti collettivi attuativi dell'Accordo del 28 giugno 2011 (clausola 7).
- E) Il recepimento del modello dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 al di fuori di Confindustria. In particolare: l'accordo quadro ABI nel settore bancario.
- F) Prime ipotesi applicative dell'art. 8 commi 1, 2 e 2-bis.

BIBLIOGRAFIA (p. 178)

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni, in Italia, si è assistito al potenziamento del contratto collettivo aziendale come strumento flessibile di adattamento alle mutevoli esigenze delle imprese, in particolare in situazioni di contrasto a difficoltà economiche.

In gioco, il più delle volte, è la tutela del bene supremo dell'occupazione, o della competitività e quindi indirettamente, ancora una volta, di incremento della stessa occupazione.

È stata quindi affermata, in sede politica, sindacale e dottrinale la necessità di potenziare la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale rispetto ai trattamenti uniformi previsti dal contratto di categoria, anche sulla scia di esperienze di altri ordinamenti europei (Spagna, Francia, Germania) considerati più moderni e competitivi, nonché della pressione delle istituzioni europee (vedi lettera della Bce di Draghi e Trichet del 2011).

A tali istanze, in modo per nulla coordinato, hanno dato risposta sia le parti sociali, il 28 giugno 2011, mediante un'intesa finalmente unitaria che si propone di regolamentare in modo autonomo il concorso-conflitto tra contratto collettivo aziendale e quello nazionale insieme ad altri aspetti centrali, sia il Governo Berlusconi mediante l'art. 8 d.l. n. 138/2011, nel tentativo di attribuire alla cd. "contrattazione di prossimità" un'effettiva efficacia erga omnes e il potere di derogare non soltanto a clausole del Ccnl, ma anche a norme imperative di legge su una vasta serie di materie.

L'approccio a un tema così delicato risulta diviso in quattro parti.

Nel primo capitolo, si descrive l'evoluzione che ha condotto al riconoscimento unanime di una tendenziale anomia legislativa in tema di concorso-conflitto tra contratti di diverso ambito applicativo, rispetto ai quali si è affermato il principio della pari rilevanza giuridica ed autonomia, con effetti meramente obbligatori in caso di violazione di regole predefinite dalle stesse parti.

L'approccio è condotto sia in riferimento alle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, connotate da notevole varietà di orientamenti al riguardo, sia in riferimento alle regole delle quali le parti sociali si sono dotate nel corso del tempo per la gestione degli assetti contrattuali, con attenzione al Protocollo del 1993 ed al primo tentativo di autoregolamentazione delle deroghe nel 2009, e si conclude con una descrizione relativa all'influenza del tema oggetto di tesi sulla recente diffusione del fenomeno degli accordi separati (cfr. caso Fiat, rinnovi Ccnl mtalmeccanici e Terziario).

Nel secondo capitolo viene analizzato l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 in attenzione alla disciplina negoziale che le parti sociali hanno inteso dettare per le specifiche intese modificative di regolamentazioni contenute nel Ccnl (clausola 7), nonché all'interazione tra tale disciplina e le altre novità contenute nell'accordo, che devono essere ricondotte ad un disegno unitario.

Vengono evidenziati ed analizzati con riflessioni interpretative di taglio critico i diversi profili di interpretazione dell'accordo secondo la volontà delle parti contraenti, con uno sforzo di analisi delle regole negoziali in sé considerate, a prescindere da interazioni con le norme imperative che del resto le parti firmatarie, almeno formalmente, si sono impegnate ad evitare in sede di ratifica dell'accordo stesso, nel dichiarato intento di gestire la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale sul piano dell'autonomia privata collettiva.

Ne deriva una serie di riflessioni sull'ambiguità di molte regole poste, forse troppo pretenziosamente dall'accordo, che non vengono risolte del tutto dal recente accordo del 31 maggio 2013 sulla rappresentatività e sull'efficacia della contrattazione in sede nazionale.

Il terzo capitolo si occupa della regolamentazione legale di tale delicata funzione, secondo una prospettiva storica che, partendo dalle prime ipotesi di delega legale alla regolamentazione in sede aziendale di istituti normativi ed economici ben determinati, conduce all'analisi dei riconoscimenti di funzioni di ben più ampia portata, operato mediante l'art. 8, nonché delle possibili interazioni tra la norma legale e le regole dell'accordo interconfederale sulla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.

Verrà evidenziata l'ontologica diversità dei due gruppi di regole, soffermandosi anche sugli aspetti dubbi di legittimità costituzionale della norma e sul problema, ben più ampio ma connesso, della rappresentatività dei soggetti sindacali abilitati alla gestione della funzione derogatoria.

L'ultimo capitolo si propone di evidenziare i tratti rilevanti, sul tema oggetto di tesi, che possono essere rinvenuti nell'ordinamento spagnolo, caratterizzata, come noto, da recenti ed omologhi tentativi di potenziare in via legale la contrattazione aziendale a scapito dei trattamenti minimi economico-normativi previsti nella contrattazione di categoria e che rappresenta un'esperienza matura di riconoscimento dell'efficacia generale dei contratti collettivi.

CAPITOLO I

Evoluzione storica: la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale

Fino all'accordo del 28 giugno 2011.

1. Il superamento in sede negoziale, dottrinale e giurisprudenziale dell'applicazione dell'art. 2077 c.c. e del criterio gerarchico rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.

2. I nuovi assetti contrattuali delineati dal Protocollo del 23 luglio del 1993: risoluzione preventiva del concorso-conflitto tra contratti collettivi di differente ambito applicativo

3. Una prima regolamentazione della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello decentrato: l'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 e l'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009.

4. Uno sguardo d'insieme: problematiche emerse rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale fino al 2011.

1. Il superamento in sede negoziale, dottrinale e giurisprudenziale dell'applicazione dell'art. 2077 c.c. e del criterio gerarchico rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.

Il tema della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale rispetto al contratto collettivo di categoria - ossia della disciplina di istituti già regolati dal contratto di categoria ed in specie dal contratto collettivo di livello nazionale - è stato caratterizzato da una rilevante quantità di riflessioni dottrinali, oltre che da una vasta produzione giurisprudenziale, che si inserisce nel più ampio tema del concorso-conflitto tra contratti collettivi di differente sfera applicativa nella regolamentazione di un medesimo istituto.

Si usa l'espressione concorso-conflitto in quanto la convergenza di contratti collettivi di diverso ambito applicativo non si risolve necessariamente in un conflitto, ossia nella regolamentazione difforme di un'identica fattispecie, perché sono ipotizzabili rapporti di specializzazione o coordinamento i cui effetti ricadono su istituti diversi o su aspetti diversi del medesimo istituto, come è stato efficacemente spiegato da Grandi nella sua relazione alle storiche Giornate AIDLASS sul tema dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nel 1981.

Nello stesso intervento, l'autore chiarisce da un lato per la risoluzione di tale concorso-conflitto non è possibile fare riferimento a un criterio gerarchico di ordinamento delle fonti, basato sul differente grado di forza normativa delle stesse, e per altro verso, occorre tener presente che nel sistema policentrico della contrattazione collettiva italiana la diversità dei livelli riflette la diversità degli

ambiti di competenza dei rispettivi effetti e si determina sulla base di criteri di qualificazione interni al sistema, ponendo in essere un sistema piramidale di assetti ad equilibrio storicamente instabile¹.

Se la seconda constatazione trae origine da un dato empirico, la prima è possibile alla luce del fatto che nell'ordinamento italiano post-corporativo si registra l'assenza di una norma di legge che disciplini i rapporti tra i due livelli contrattuali.

Ciò è certamente vero fino all'anno 2011, anno di entrata in vigore dell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011 che ha introdotto in via legale regole di disciplina della funzione derogatoria ad "intese specifiche" contenute in contratti collettivi di livello aziendale o territoriale (cd. contrattazione "di prossimità", su cui v. *amplius infra*, cap. III).

Ma, proprio perché la contrattazione aziendale in deroga *ex art. 8* è prevista soltanto a fronte di presupposti, finalità, soggetti e materie di intervento ben delimitati dalla stessa norma, se ne può dedurre che la previsione rappresenta l'eccezione alla regola, senza sovvertire sul piano tecnico-formale il rapporto tra la legge e il contratto collettivo².

In via generale, quindi, l'assenza di una norma legale di riferimento sul concorso-conflitto di contratti collettivi di diverso livello resta ancora attuale e questo vuoto normativo rende necessario per gli interpreti interrogarsi anzitutto su quali siano le regole che gli stessi soggetti sindacali hanno, nel tempo, elaborato.

Invero questa considerazione iniziale, che può apparire assiomatica, è il frutto della consapevolezza degli esiti del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è creato a partire dal dopoguerra circa il rapporto tra i contratti collettivi di diverso livello ed ha condotto a riconoscere la natura collettiva dell'accordo aziendale e l'impossibilità di riconoscere una prevalenza del contratto di categoria ed in particolare nazionale sullo stesso, principi inizialmente radicati nei primi interpreti, che è opportuno descrivere per comprendere l'evoluzione attuale.

Occorre anzitutto chiarire che il tema della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale non era un tema attuale, così come, più in generale il tema dell'abilitazione del contratto aziendale alla rappresentanza e stipula contrattuale, risultano temi ampiamente dibattuti in dottrina dalla fine degli anni cinquanta agli anni sessanta, ma in quegli stessi anni la questione non si è posta frequentemente

¹ Grandi, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, Relazione in *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS di Arezzo, 15-16 maggio 1981*, Giuffrè, Milano, 1982, 9 e 131.

² Come sottolineato da Bellomo, *Intervento*, in VII Seminari di Bertinoro, "Dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare", in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012, 284, "la tecnica di intervento a cui è ricorso il Legislatore risulta, a ben vedere, assai più ortodossa e tradizionale, ossia quella del rapporto regola-eccezione, delimitato a situazioni astrattamente particolari e riservato ad una particolare categoria di "fonti" negoziali come quella dei contratti di prossimità".

in sede giurisprudenziale, e per alcuni motivi connessi alla struttura dell'organizzazione sindacale e dei rapporti tra contratti collettivi nell'esperienza sindacale industriale³:

- in primo luogo l'accordo interconfederale dell'8 maggio 1953, in un contesto sindacale fortemente centralizzato, non offriva ampi margini di manovra alle Commissioni interne, pur istituite dal precedente accordo del 7 agosto 1947 – non riconoscendo alcuna competenza in ordine al trattamento economico e normativo dei propri rappresentati – e così limitava le possibilità di concorso tra contratti⁴;
- in seguito, mentre nella contrattazione si andava affermando una delega di funzioni al contratto nazionale di categoria da parte delle Confederazioni, in particolare con l'affidamento, nel 1954 del diritto a contrattare i minimi retributivi, le Commissioni interne, risultavano ancora prive di rappresentanza contrattuale, e nonostante in alcuni casi esse fossero ammesse a svolgere la contrattazione in collegamento con i sindacati provinciali⁵.

Un esempio era rappresentato dalle cd. clausole di temperamento (ad es. sul tema del costo del lavoro), che prevedevano un indebolimento della disciplina minimale prevista dal contratto di categoria da parte del contratto aziendale⁶. Tali ipotesi, invero sporadiche, operavano mediante rinvio da parte della contrattazione di livello superiore e quindi sostanzialmente su invito a trattare, nel quadro di impegni negoziali programmatici e finalizzati all'adeguamento dei contratti collettivi decentrati a standard-guida o massimali.

Di conseguenza tali clausole risolvevano il problema della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale secondo un principio di coordinamento interno volto proprio ad evitare occasioni di concorso-conflitto tra contratti collettivi;

- è solo a partire dal Protocollo d'intesa stipulato tra i sindacati e l'Intersind e l'Asap il 5 luglio 1962 che la contrattazione di livello aziendale ebbe formale riconoscimento.

Ma anche allora la prassi sindacale risolse alla radice i possibili contrasti tra contratti collettivi mediante il ricorso alla tecnica contrattuale della cd. "contrattazione articolata", che prevedeva una serie di tutele nel quadro di una piena supremazia della contrattazione di categoria.

Infatti il contratto collettivo nazionale delegava in modo tassativo, tramite clausole di rinvio, determinate materie (orario di lavoro, classificazione dei lavoratori, livelli retributivi,

³ Occorre tener presente che in altri settori, come nell'edilizia e per un certo periodo nel commercio, l'articolazione tra diversi livelli contrattuali è sempre esistita, ma prevalentemente secondo un'articolazione territoriale, mediante contratti collettivi provinciali, con funzione integrativa, mentre nell'agricoltura è mancato fino al 1977 un contratto collettivo nazionale: v. Veneziani, D. Garofalo, Lagala in Veneziani (a cura di), *La contrattazione collettiva in Italia 1945-1977*, Cacucci, Bari, 1978, rispettivamente 195 ss., 205 ss., 247 ss.

⁴ Mancini, *Commissione interna*, Voce in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 887.

⁵ Sabbatucci, *La contrattazione dal dopoguerra a oggi: il livello aziendale*, in *Quad. rass. sind.*, 1971, 35, 26 ss.

⁶ Riva Sanseverino, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 1976, 247 e Simi, *Il contratto collettivo di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 172.

regolamentazione generale del cottimo, indennità per lavoro in condizioni disagiate) ai contratti collettivi di livello inferiore (provinciale e aziendale)⁷, ma gli organismi competenti per la stipula a livello aziendale erano i sindacati provinciali di categoria.

Come è stato fatto notare, per un verso il riconoscimento della contrattazione articolata, e quindi della contrattazione aziendale all'interno di essa, comportò come corrispettivo l'inserimento nei testi contrattuali delle cd. clausole di pace sindacale, ossia l'impegno a non promuovere azioni o rivendicazioni intese a modificare, integrare, innovare quanto ha formato oggetto di accordo ai vari livelli (clausole di tregua)⁸.

Non deve dunque stupire se l'accordo interconfederale del 18 aprile 1966 attribuiva, al pari dei precedenti, alle Commissioni interne il compito di "concorrere a mantenere normali i rapporti tra i lavoratori e la Direzione dell'azienda per il regolare dell'attività produttiva, in uno spirito di collaborazione e di reciproca comprensione" (art. 3) mentre "la disciplina collettiva dei rapporti di lavoro, nella fase di formazione, e le relative controversie" erano riservate "alla contrattazione collettiva rientrando nella competenza delle rispettive organizzazioni sindacali" comportando, così, che la stipulazione dei contratti venisse affidata ai sindacati provinciali⁹.

La contrattazione articolata fu più importante dal punto di vista del principio del decentramento, introdotto nel nostro sistema di relazioni sindacali, che non dal punto di vista operativo. Infatti il contratto nazionale continuava ad essere il perno del sistema contrattuale e ad esso spettava determinare le competenze ed i soggetti della contrattazione aziendale, competenze per altro ancora poco rilevanti¹⁰.

Si può dire quindi che la contrattazione collettiva delle grandi centrali sindacali e delle Federazioni di categoria risolveva il problema a monte, dapprima escludendo i soggetti sindacali aziendali dalla gestione dei trattamenti *tout court*, e successivamente mediante un rigoroso sistema di clausole di rinvio che comunque prevedeva deleghe da parte del contratto nazionale con legittimazione alla stipula riconosciuta esclusivamente, se non di concerto, agli attori sindacali provinciali, nonostante di fatto esistessero già contratti aziendali su materie disparate¹¹.

⁷ Sul punto v. *amplius* Ghezzi, *Contratto nazionale e clausole di rinvio a contratti integrativi provinciali e regionali*, in *dir. lav.*, 1961, II, 382; Zangari, *Il procedimento di contrattazione articolata (un'ipotesi di fattispecie negoziale complessa)*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, I, 75; Bonifati, *Considerazioni in tema di rapporti tra contratti collettivi stipulati a diverso livello*, in *Riv. giur. lav.*, 1963, II, 363.

⁸ Cella, *Intersind e contrattazione collettiva: un bilancio sugli orientamenti e i modelli*, in Sapelli (a cura di) *Impresa e sindacato. Storia dell'Intersind*, Il Mulino, Bologna, 1996, 123 ss.; Bortone, *L'evoluzione della contrattazione. Il contratto aziendale*, in Id., Curzio, *Il contratto collettivo*, in *Dottrina e Giurisprudenza di diritto del lavoro*, Collana diretta da Giugni, Utet giuridica, Torino, 1984, 249.

⁹ Bortone, *ivi*, 248.

¹⁰ G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, 114.

¹¹ Romagnoli, *Il contratto collettivo difficile*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 1979, 220; Guidi, Valcavi *et al.*, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva 1945-1970*, Angeli, Milano, 1971, 216 ss.

Fu proprio il divario esistente tra previsioni formali ed esperienze concrete a spingere la dottrina negli anni '60, pur in assenza di un'ampia casistica giurisprudenziale, a formulare ricostruzioni sulla natura degli accordi sindacali e sulla loro efficacia, in particolare in caso di conflitto tra il contratto collettivo nazionale e quello aziendale¹², mentre restavano tendenzialmente estranei a tale dibattito i contratti collettivi provinciali e ciò si spiega con il fatto che essi sono stipulati direttamente dalle organizzazioni sindacali e non da organismi distinti.

La giurisprudenza, fino alla fine degli anni '60 e con isolate conferme nei decenni successivi, ha inizialmente negato la natura collettiva del contratto di livello aziendale, qualificandolo come pattuizione plurisoggettiva¹³ e valida soltanto nella misura in cui garantisse a lavoratori specificamente individuati ed in servizio un trattamento di miglior favore rispetto a quello previsto dal contratto collettivo nazionale¹⁴.

Non mancarono però posizioni critiche, seppur minoritarie, sia nella giurisprudenza¹⁵ che nella dottrina nel corso degli anni sessanta¹⁶.

Ad ogni modo a tale impostazione si univa, a monte, al ricorso al principio del *favor* verso il lavoratore come criterio ordinatore in caso di concorso tra contratti collettivi di diverso livello, mediante assimilazione dei rapporti tra i contratti collettivi nazionali e quelli aziendali alle relazioni giuridiche tra gli atti di autonomia individuale e collettiva, risolvendosi mediante l'applicazione dell'art. 2077 c.c.¹⁷.

Altre autorevoli opinioni avevano individuato il fondamento dell'inderogabilità del contratto collettivo nazionale:

¹² Ancora Bortone, *ivi*, 249.

¹³ Cass. 26 giugno 1965, n. 1353, in *Foro it.*, 1965, I, 1906, con nota di Pera, la quale addirittura negava la derogabilità *in melius*; Cass. 31 maggio 1967, n. 721, in *Mass. giur. lav.*, 1967, 241 con nota di Sermonti; Cass. 11 settembre 1972, n. 2736, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Lavoro (contratto collettivo)*, 47; nel merito: App. Milano 7 maggio 1965, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 548, con nota di Galoppini; A Milano 24 gennaio 1967, *Riv. dir. lav.*, 1967, II, 7 ss. con nota di Grandi; Trib. Napoli 13 luglio 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 362. Confronta in dottrina Zangari, *Legge, norma collettiva e contratto aziendale*, in *Dir. economia*, 1958, 483, 488.

¹⁴ Cass. 31 marzo 1967, n. 721 e Cass. 11 settembre 1972, n. 2736, citate; Cass. 12 maggio 1973, *ivi*, 19, *ivi*.

¹⁵ Cfr. la famosa pronuncia Cass. 27 aprile 1961, n. 954, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 400, che ha riconosciuto la natura di contratto collettivo al contratto di impresa, al contempo ammettendo la deroga, ma solo quando fosse espressamente prevista nel contratto collettivo nazionale e v. anche Cass. 5 aprile 1963, n. 861, in *Mass. giur. lav.*, 1963, 237; Cass. 23 aprile 1965, n. 735, in *Lav. sic. soc.*, 1965, 799; App. Firenze 15 ottobre 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, 915, in cui si ammise una sorta di contratto di solidarietà espansivo; Cass. 13 ottobre 1967, n. 2448, in *Riv. dir. lav.*, 1967, II, 474.

¹⁶ Grandi, *I soggetti del contratto collettivo d'impresa*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, I, 96; Romagnoli, *Il contratto collettivo d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1963, Minervini, *Brevi note introduttive alla problematica del contratto aziendale di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 400.

¹⁷ Cass. 5 maggio 1958, n. 1470, in *Dir. lav.*, 1959, II, 509 e in seguito Cass. 18 febbraio 1960, n. 279, in *Dir. lav.*, 1960, II, 81. Trib. Genova, 2 aprile 1963, in *Riv. giur. lav.*, 1963, II, 361 ss., con nota di Bonifazi; Trib. Genova, 17 maggio 1963, in *Temi gen.*, 1963, 401, Trib. Napoli 13 luglio 1966, in *Orient. giur. lav.*, 1967, 362; App. Bari 24 gennaio 1968, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, 55; Cass. 11 settembre 1972, n. 2736, cit.; formulava osservazioni critiche su tale impostazione interpretativa già F. Santoro-Passarelli, *Norme corporative, autonomia collettiva, autonomia individuale*, ora in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, 253 a sua volta criticato, sulla base di un generico (e non convincente) principio di tutela del contraente debole da Bonifazi, considerazioni in tema di rapporti tra contratti collettivi stipulati a diverso livello, in commento a Trib. Genova 2 aprile 1963, in rif. cit., 365.

- nell'irrevocabilità del mandato collettivo¹⁸, secondo lo stesso meccanismo in virtù del quale si può sostenere l'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale, perché nel momento in cui le associazioni di grado inferiore aderiscono a quelle di grado superiore, il mandato impegna gli iscritti alle prime a rispettare quanto statuito dalle seconde, senza possibilità di revoca fino al momento in cui essi appartengono alle associazioni stesse.

Questa tesi è stata successivamente criticata nell'estensione ai rapporti tra contratti collettivi, in quanto da un lato si è obiettato che questa impostazione condurrebbe ad impedire la derogabilità *tout court* del contratto, non solo *in peius*¹⁹, ed in secondo luogo perché basata, sull'equiparazione tra il fenomeno dell'iscrizione del singolo all'associazione e quello dell'adesione dell'associazione di grado inferiore all'associazione di grado superiore, secondo un'impostazione tesa a riconoscere ai sindacati categoriali ed intercategoriali un ruolo egemonico²⁰.

- sul dettato dell'art. 7, legge 14 luglio 1959, n. 741 (cd. legge Vigorelli)²¹, che prefigurerebbe uno schema risolutivo del conflitto fondato sulla prevalenza del criterio della disciplina a più ampia sfera applicativa, con l'eccezione delle clausole migliorative anche contenute nei contratti aziendali.

Questa teoria interpretativa è stata criticata in quanto riferita ad una norma speciale e transitoria, inapplicabile oltre la sfera dei rapporti tra norme delegate e contratti collettivi di diritto comune²².

Paradossalmente, come è stato sottolineato molti anni dopo, tale argomento avrebbe potuto fornire spunti per dimostrare il riconoscimento in sede legislativa dell'attività negoziale delle Commissioni interne, non contemplata dai coevi accordi interconfederali e limitata dalla giurisprudenza²³;

- sul principio di non regredibilità del trattamento giuridico dei lavoratori, desumibile da alcune norme costituzionali come l'art. 3, comma 2 o gli artt. 35 e 46 Cost.²⁴, che avrebbero impedito la dismissione, mediante regolamentazioni successive, di quanto già riconosciuto in precedenza al lavoratore, che però si scontrava con l'impossibilità di configurare doveri di funzionalizzazione della libertà e dell'attività sindacale a obiettivi o risultati da conseguire;

- nell'art. 1374 c.c., come norma idonea a fondare l'inderogabilità del contratto collettivo e la prevalenza del contratto collettivo di livello superiore²⁵.

¹⁸ F. Santoro-Passarelli, *Inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Saggi di diritto civile*, op. cit., 217.

¹⁹ Cessari..G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità*..op. cit., 623.

²⁰ Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, 372-3.

²¹ Cass. 18 maggio 1972, n. 1469, in *Mass. giur. lav.*, 1972, 599; Cass. 16 giugno 1977, n. 2516, in *Foro it.*, 1978, I, 2046 ed in seguito anche Cass. 15 settembre 1981, n. 5115, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 159 ss. con nota di Riva Sanseverino e Cass. 5 marzo 1982, n. 1354, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, 705 ss., con nota di Fabris.

²² V. già Cass. 8 maggio 1968, n. 1410 *Mass. giur. lav.*, 1968, 371; Cass. 22 settembre 1979, n. 4912, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Lavoro (contratto collettivo)*, 73, ambedue criticate da G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità*, op. cit., 612 ss.

²³ Sciarra, *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Angeli, Milano, 1985, 156-7.

²⁴ Terzago, *Modificabilità della contrattazione collettiva in peius e diritti acquisiti del lavoratore*, in *Foro pad.*, 1969, I, 945 ss., Di Nubila, *Sulla modificabilità "in peius" di una regolamentazione collettiva per mezzo di una regolamentazione successiva*, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, 468 ss.

²⁵ Giugni, *La funzione giuridica*..op. cit., 33; in senso critico Mengoni, Grandi, *Interventi in ivi*, 192-3.

Già negli anni sessanta solo una dottrina minoritaria, ancorché autorevole, riteneva che eventuali deroghe peggiorative da parte del contratto aziendale nei confronti di quello nazionale di categoria fossero giuridicamente legittime e quindi valide, data l'impossibilità di argomentare l'indisponibilità dei diritti soggettivi, previsti nel contratto nazionale di categoria ai sensi degli artt. 2077 e 2113 c.c.²⁶ con conseguente ed immediata disapplicazione delle clausole difformi.

Questa affermazione non implicava tuttavia di escludere, secondo il pensiero di Romagnoli l'invalidità delle deroghe *in peius* al contratto nazionale in caso di abuso del potere rappresentativo sindacale, previa impugnazione della delibera associativa viziata da abuso di potere che è a base del contratto collettivo²⁷, ma lo stesso autore conveniva sulla difficoltà di individuare con precisione un criterio dirimente per l'individuazione delle concrete fattispecie di abuso, posta l'elasticità del mandato sindacale²⁸.

L'abuso non poteva essere sanato da una eventuale e successiva "ratifica" della maggioranza degli associati; allo stesso tempo, nel timore di interferenze da parte degli organi giurisprudenziali, il limite di fronte a cui il potere collettivo doveva cedere è stato individuato nell'esigenza di non violare il principio democratico, peraltro non ricondotto alla meccanica applicazione del principio di maggioranza.

Altre tesi, pur riconoscendo la natura plurisoggettiva degli accordi aziendali, sostenevano che la comunità della maestranza possedesse una sua autonomia, idonea a sottrarla da ogni ingerenza dei sindacati²⁹.

Anche al lordo di tali diverse impostazioni, in un bilancio complessivo dei primi trent'anni del dopoguerra può affermarsi che, pur essendo stata progressivamente riconosciuta la natura collettiva del contratto aziendale, anche grazie all'evoluzione della distribuzione interna di funzioni tra i soggetti sindacali, sia in dottrina che in giurisprudenza era quasi unanimemente sostenuta la tesi dell'inderogabilità del contratto nazionale di categoria da parte di quello aziendale, anche se sulla base di argomentazioni diverse, ed era comunque maggioritaria la tesi dell'invalidità delle clausole contenute nel contratto collettivo aziendale che risultassero peggiorative rispetto al contratto nazionale.

²⁶ Cfr. Romagnoli, *Il contratto collettivo di impresa*, Giuffrè, Milano, 1963, 120 e in senso di poco difforme Pochini-Frediani, *Derogabilità in peius del contratto collettivo di livello nazionale da parte del contratto collettivo aziendale*, in *Atti..op. cit.*, 339 e 370; Ballestrero Gentili, *Osservazioni sul problema delle modificazioni in peius dei contratti collettivi e sui diritti acquisiti dagli associati*, in *ivi*, 249.

²⁷ Romagnoli, *op. cit.*, 128, 136-7.

²⁸ Pera, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 157 e vedi anche le osservazioni critiche di Grandi, *Rapporti..op. cit.*, 373-4.

²⁹ Novara, *Il contratto collettivo aziendale*, Giuffrè, Milano, 1965;

Ad ogni modo i limiti posti dalla contrattazione vincolata vennero travolti in conseguenza della cd. “fase dell’autunno caldo” e dal conseguente rifiuto a livello sindacale di sottoscrivere le clausole di pace sindacale³⁰.

Il contratto dei metalmeccanici del dicembre 1969 che concluse l’autunno caldo sindacale, decretò anche la fine della contrattazione articolata, non conservando le competenze della contrattazione aziendale e delineando un sistema nuovamente centralizzato.

Il venire meno di un formale riparto di competenze tra contratto nazionale e contratto aziendale non significò, tuttavia, l’eliminazione del secondo livello di contrattazione.

Al contrario, alla contrattazione articolata, che presupponeva il coordinamento tra i due livelli di contrattazione, si sostituì la contrattazione non vincolata: un sistema di relazioni sindacali articolato ancora su due livelli, nazionale e decentrato, ma non più coordinati tra loro.

Emergeva una rottura pressoché completa tra i vari livelli di contrattazione, senza che potesse sovrapporsi alcun criterio di coordinamento interno tra i soggetti sindacali, con l’unica eccezione, almeno formalmente, del contratto di categoria del 1973 nel settore metalmeccanico.

Sullo sfondo operano le modifiche in tema di rappresentanza dei lavoratori, con l’introduzione per opera dello Statuto dei lavoratori (art. 19 legge n. 300 del 1970) delle Rappresentanze Sindacali Aziendali (R.s.a.) e dell’annessa legislazione di sostegno all’attività sindacale nei luoghi di lavoro.

Sul punto, non è casuale osservare che quella legislazione non ha assegnato, come noto, una specifica forma giuridica alle forme di rappresentanza in azienda, ma non ha neppure attribuito (né, viceversa, negato) espressamente in via legale un potere contrattuale alle R.s.a., sul presupposto, probabilmente, che fosse più opportuno, in una fase così dinamica e surriscaldata delle relazioni industriali, non cristallizzare le regole e le competenze dei soggetti ai vari livelli³¹.

Del resto in quegli anni era da poco stato travolto il sistema della contrattazione articolata, ma non vi erano elementi per ritenere che l’utilizzo di un sistema di coordinamento negoziale fosse definitivamente tramontato, perciò si è confermata un’astensione legislativa sul tema, protrattasi fino ai giorni nostri.

Al contempo, è corretta l’affermazione secondo cui il sistema di relazioni industriali creato dall’autunno caldo era sopravvissuto a quella stessa stagione, ponendo in essere un sistema in cui il contratto nazionale, anziché essere la cornice dei contratti collettivi aziendali ed il perno della negoziazione collettiva, finiva col recepire ed estendere le conquiste ottenute dai lavoratori nelle

³⁰ Su cui v. Ghera, *Linee di tendenza della contrattazione sindacale 1968-71*, in *Quad. rass. sind.*, 1971, 35, 675 ss.

³¹ V. sul tema le considerazioni di Sciarra, *Contratto..op. cit.*, 168-9, che inserisce tale opzione legislativa in un fenomeno di proporzioni europee a livello teorico-applicativo.

aziende maggiori, nonostante i tentativi di controllo e ridimensionamento del fenomeno da parte dei soggetti sindacali confederali e di categoria³².

Ed infatti questa identica competenza dei due contratti collettivi di diverso livello continuò inizialmente a risolversi, in un periodo di espansione economica, in un incremento e miglioramento costante del contratto di secondo livello, di scarsa problematicità.

Successivamente, però, il periodo di recessione economica determinato anche dalla prima crisi petrolifera determinò un aumento considerevole dei prezzi e un conseguente aumento nominale dei salari, automaticamente adeguati al costo della vita per mezzo del meccanismo della contingenza, cosicché il contratto aziendale, fino ad ora sempre acquisitivo, cominciò anche ad introdurre clausole peggiorative rispetto a quelle del contratto nazionale.

Entro tale mutato scenario, divenne di estrema attualità la questione sulla derogabilità del contratto collettivo nazionale da parte del contratto aziendale, che di fatto si pone sempre più sia in sede sindacale che in sede giudiziale, anche grazie al superamento, ormai consolidato, della tesi che attribuiva natura plurisoggettiva e non collettiva al contratto aziendale.

Così sul finire degli anni '70 il rinvio all'art. 2077 c.c. nel rapporto tra contratti collettivi di diverso livello, che come osservato era ancora seguito dalla giurisprudenza maggioritaria, spesso alla luce di un criterio di *favor* per il lavoratore, iniziò ad essere messo in discussione in giurisprudenza così come in dottrina solo sul finire degli anni settanta, anche e soprattutto alla luce del contesto di crisi del sistema economico e produttivo nazionale (crisi petrolifera del '73, crisi economica degli anni successivi), in un momento in cui, paradossalmente, si assisteva ad una marcata centralizzazione del sistema di contrattazione³³.

Infatti nella in quegli anni, proprio al fine di contenere quei fenomeni contrattuali che spesso conducevano alla deroga in sede aziendale, si assistette al potenziamento del livello interconfederale ed all'emanazione di accordi in funzione difensiva dell'occupazione, come l'accordo del 1975 sull'indicizzazione dei salari al costo della vita o quello sul costo del lavoro e la produttività del 1977, in un quadro di politica sindacale teso a scambiare moderazione nelle rivendicazioni salariali ed un uso più flessibile della forza lavoro in cambio della partecipazione alla politica economica e ad un maggior controllo dei processi di mobilità dei lavoratori³⁴.

In anticipo sulle soluzioni interpretative poi sviluppatesi, una prima dottrina sostenne la piena derogabilità, oltre che della legge, anche del contratto collettivo di livello superiore sulla base del testo dell'art. 2113 c.c., come sostituito dall'art. 6 della legge 11 agosto 1973, n. 533.

³² Giugni, *L' "autunno caldo" sindacale*, in *Il sindacato tra contratti e riforme*, De Donato, Bari, 1973, 9 ss., come ricordato successivamente da Bortone, *I rapporti tra contratti collettivi..op. cit.*, 250.

³³ Bortone, *Ivi*, 294.

³⁴ Cfr. sul punto le analisi di Ricciardi, *La struttura della contrattazione collettiva in Italia*, Clueb, Bologna, 1981 e Regini, *I dilemmi del sindacato*, Il Mulino, Bologna, 1981.

Tale norma, infatti, abilitava (come tuttora abilita) il lavoratore a disporre di diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili derivanti dalla legge o dai contratti collettivi, con l'assistenza del sindacato in sede di conciliazione, di talché l'Autore desumeva che se il sindacato era abilitato a consentire deroghe a norme imperative di legge in relazione ad un caso concreto, ciò avrebbe dovuto valere a maggior ragione in sede di stipulazione di un contratto collettivo³⁵.

Altra dottrina, pochi anni dopo, criticò tale interpretazione della norma, sottolineando come in sede di rinuncia o transazione il sindacato non esercitasse una funzione dispositiva, bensì di tutela dell'esercizio di tale funzione da parte del singolo lavoratore³⁶.

Quest'ultima dottrina, seguendo una diversa via, criticò il persistente³⁷, e sempre meno diffuso³⁸ richiamo della giurisprudenza all'art. 2077 c.c., nonché al principio del *favor* per il prestatore nella regolamentazione dei rapporti tra contratto collettivo nazionale di categoria e contratto aziendale, sul presupposto che esso fosse idoneo a regolare solamente i rapporti con il contratto individuale³⁹, e proponendo invece l'applicazione di un criterio cronologico, ossia di prevalenza dell'ultimo contratto, nazionale o aziendale, in base al rilievo che esso rappresentasse l'ultima, e conseguentemente, più attendibile manifestazione di volontà delle parti interessate⁴⁰.

Secondo tale impostazione interpretativa non residuava spazio, neppure in via mediata, per sostenere l'invalidità delle clausole difformi del contratto aziendale e ciò tanto in senso migliorativo, quanto peggiorativo, spostando il problema di un eventuale contrasto tra contratti (e tra i relativi soggetti emananti lo stesso) dal piano giuridico a un piano politico, con sanzioni di natura endosindacale⁴¹.

Numerose pronunce, coeve e successive all'elaborazione dottrinale, confermavano l'applicazione di tale nuovo criterio per la risoluzione del concorso-conflitto tra contratti collettivi aziendali⁴², superando l'impostazione gerarchica del rapporto tra soggetti ed atti sindacali di diversa sfera applicativa.

³⁵ Persiani, *Legge, giudice e contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1977, 17-8.

³⁶ G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, 617 ss. e ora in *Id.*, *Realtà e forma nel diritto del lavoro. Scritti giuridici 1972-2006*, Giappichelli, Torino.

³⁷ Cass. 18 gennaio 1978, n. 233, cit.

³⁸ La prima, storica, sentenza che ha negato l'applicazione di un principio gerarchico in favore del criterio di successione cronologica è, nel merito, Trib. Parma 10 dicembre 1971, in *Dir. lav.*, 1973, II, 337 con nota di Galantino, ma v. già, in favore di un incremento dell'occupazione in azienda, la citata sentenza A Firenze 15 ottobre 1965, e in seguito Pret. Napoli 18 ottobre 1979, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, 150 ss., con nota di Caruso; nella giurisprudenza di legittimità il primo precedente, con parziale accoglimento del principio, si rinviene in Cass. 23 aprile 1978, n. 2018, in *Not. giur. lav.*, 1978, 813 ove, pur negando l'applicazione dell'art. 2077 c.c. in caso di contratto collettivo aziendale successivo ad un contratto collettivo nazionale, fu salvaguardata acriticamente l'applicazione dell'art. 2077 c.c. in caso di contratto collettivo nazionale successivo rispetto al contratto collettivo aziendale.

³⁹ G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità*..op. cit., 625.

⁴⁰ G. Santoro-Passarelli, *ivi*, 633; in seguito v. l'interpretazione adesiva di A. Vallebona, *Intervento*, in *Rapporti*, op. cit., 80 ss.

⁴¹ G. Santoro-Passarelli, *ivi*, 628 e 639.

⁴² Cass. 22 settembre 1979, n. 4912, cit.; Cass. 3 dicembre 1980, n. 6414, in *Rep. giur. it.*, 1981, voce *Lavoro (contratto collettivo)*, 28; Cass. 12 dicembre 1980, n. 6426, in *Rep. giur. it.*, 1980, voce *cit.*, 18; Cass. 13 gennaio 1981, n. 300, in *Rep. giur. it.*, 1981, voce *cit.*, 26; Cass. 15 gennaio 1981, n. 349, *ivi*, 25.

Occorre infatti considerare che una certa giurisprudenza, pur mettendo da parte le tesi sulla natura plurisoggettiva del contratto collettivo aziendale e sull'applicabilità dell'art. 2077 c.c. alle deroghe del contratto collettivo aziendale rispetto al contratto nazionale di categoria, riconosceva ancora la prevalenza di quest'ultimo secondo un principio gerarchico.

In particolare rileva quella tesi secondo cui tale principio dovesse ritenersi desumibile, dopo l'entrata in vigore della legge n. 300 del 1970, dal vecchio testo dell'art. 19 St. lav., che riconosceva la costituzione delle R.s.a. soltanto nell'ambito delle confederazioni maggiormente rappresentative o di associazioni sindacale firmatarie di contratti collettivi di categoria (e non aziendali), creando una gerarchia tra le rappresentanze che si rifletterebbe in un rapporto di gerarchia tra gli atti da esse compiuti⁴³.

Sul punto è stato rilevato in seguito che l'art. 19 St. lav. e più in generale il titolo III a sostegno della contrattazione aziendale e lo stesso Statuto dei lavoratori nell'insieme forniscano elementi utili a sostenere esattamente l'opposto⁴⁴ ed inoltre che dalla gerarchia dell'organizzazione sindacale non potesse discendere una gerarchia dei livelli contrattuali⁴⁵.

Altre pronunce confermavano la tesi gerarchica seppure sulla base di argomentazioni diverse⁴⁶, come il principio per cui il contratto nazionale contiene norme generali che possono trovare applicazione solo in sede nazionale⁴⁷.

Anche la dottrina, parallelamente, fornì tesi favorevoli alla inderogabilità del contratto collettivo nazionale (e, più in particolare, di categoria) da parte di quello aziendale, motivate su tesi diverse dalla natura plurisoggettiva dell'accordo o dal *favor*.

In particolare rileva quella tesi che faceva leva sull'esclusivo riferimento dell'art. 39 al contratto nazionale di categoria⁴⁸, o sulla prevalenza degli interessi di gruppo su quelli più particolari, giustificando tale assunto sulla base di quanto previsto dall'art. 2 della Costituzione, attraverso cui la Repubblica garantisce i diritti dell'uomo anche nell'ambito delle formazioni sociali, in cui si svolge la sua personalità, a conferma dell'esistenza nell'ordinamento italiano di un principio pluralista, che riconosce la rilevanza giuridica degli interessi della collettività particolari⁴⁹.

⁴³ Ancora Cass. 23 aprile 1978, n. 2018, in *Foro it.*, 1978, I, 590, con nota critica di Pera, mentre è conforme in dottrina l'interpretazione proposta da Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, 186 e in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 247.

⁴⁴ Sciarra, *Intervento*, in *Rapporti*, op. cit., 74-5, con considerazione ripresa anche da Giugni, *ivi*, 122.

⁴⁵ Icasticamente G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità*, op. cit., 624.

⁴⁶ V. già, anni prima, nel merito, seppure senza adeguata argomentazione, Pret. Gubbio 21 aprile 1969, in *Nuovo dir.*, 1969, 619, con nota di Terzago e in seguito Pret. Gallarate, 18 agosto 1977, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 1022; Pret. Torino 11 dicembre 1978, in *Not. giur. lav.*, 1979, 225; Cass. 28 marzo 1980, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 394; Pret. Milano 26 maggio 1980, in *Not. giur. lav.*, 1980, 451.

⁴⁷ Sia pure in riferimento a un contratto provinciale, Cass. 21 luglio 1979, n. 4365, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Lavoro (contratto collettivo)*, 22.

⁴⁸ Pera, *Intervento*, in *Rapporti*, op. cit., 79-80.

⁴⁹ Suppiej, *Intervento*, in *Rapporti*, op. cit., 93.

Particolare è poi la posizione di Dell'Olio a sostegno di una prevalenza gerarchica del contratto nazionale all'interno di uno stesso sindacato, ricorrendo allo schema dell'organizzazione per officia in luogo dello schema tradizionale dell'associazione di associazioni, con la conseguenza di attribuire l'esercizio delle attività tipicamente sindacali soltanto all'associazione centrale (nazionale) e di riconoscere le strutture sindacali periferiche come strumento di attuazione della volontà (*officia*), a livello locale, dell'associazione sindacale nazionale⁵⁰.

Anni dopo, l'Autore giustificava il rapporto di gerarchia tra contratti di diverso livello sul diverso presupposto secondo cui il contratto collettivo nazionale, avendo un ambito più ampio rispetto agli interessi di una collettività minore, potesse essere derogato solo da tutte le parti che lo avevano stipulato e non solo da alcune⁵¹.

A queste tesi si contrapponevano altre interpretazioni, tese a negare la prevalenza del contratto nazionale e, in generale, ad ammettere la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.

Fu elaborata, ad esempio, una teoria interpretativa alla cui stregua era ammissibile una regolamentazione aziendale in conflitto, anche peggiorativo, rispetto al contratto collettivo nazionale, purché in riferimento al trattamento futuro e non a diritti quesiti, e purché stipulato da R.s.a. costituite ai sensi dell'art. 19 lett. a) St. lav., vecchio testo, ossia costituite nell'ambito delle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale⁵².

Nello stesso anno un'autorevole dottrina, sul presupposto di un rapporto da *genus a species* tra contratto nazionale e contratto aziendale, propose di valorizzare, nel concorso tra tali contratti, il criterio della specialità, attribuendo prevalenza applicativa alla norma collettiva aziendale, in virtù di una maggiore corrispondenza ed adeguatezza dell'interesse collettivo (tutelato dalla contrattazione aziendale) allo specifico contesto produttivo e territoriale⁵³.

In particolare, l'Autore precisava che il criterio di specialità avrebbe dovuto essere utilizzato solo in assenza di altri criteri ermeneutici interni al sistema di contrattazione⁵⁴.

Altra dottrina riconobbe tale criterio come applicabile, ma solo se i vari contratti fossero stati stipulati dai medesimi soggetti o agenti contrattuali e cioè dalle medesime organizzazioni⁵⁵, pur senza ritenere necessaria una parità di fonti.

⁵⁰ Dell'Olio, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, 142 ss. *contra* si v. le argomentazioni di G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità*..op. cit., 628-9.

⁵¹ Dell'Olio, *Intervento*, in *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, Atti delle giornate di studio AIDLASS, Milano, 1982, 107, rilevando anche l'impropria commistione linguistica, nell'uso dottrinale, tra "livelli" di contrattazione, e "ambiti" di contrattazione, ossia tra un'impostazione gerarchica del rapporto tra contratti e non in base all'ampiezza delle collettività coinvolte, come da lui sostenuto.

⁵² Ferraro, *Ordinamento*..op. cit., 379-81.

⁵³ Grandi, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Atti Giornate di Studio AIDLASS*, Giuffrè, Milano, 1982, 47 ss.

⁵⁴ Grandi, *Sul concorso-conflitto tra regolamentazioni contrattuali collettive di diverso livello*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2721.

⁵⁵ Giugni, *Intervento*, in *Rapporti*..op. cit., 122 e in seguito *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2004 (3za ed.), 172.

Di queste ed altre storiche posizioni interpretative, non richiamate per esigenze di spazio e di chiarezza, è doveroso dar conto richiamando gli Atti delle Giornate AIDLASS di Arezzo del 1981, vera pietra miliare sul tema del concorso tra contratti di diverso ambito applicativo.

Nel corso degli anni ottanta si registrano evoluzioni tanto nell'interpretazione giurisprudenziale che nella prassi sindacale, sulla scia dell'evoluzione avviata alla fine del decennio precedente, paradossalmente in una fase in cui alcuni studiosi osservano una progressiva riduzione del grado complessivo di autonomia della contrattazione aziendale⁵⁶.

La giurisprudenza maggioritaria della Cassazione ha affermato la prevalenza della regolamentazione dettata dal contratto collettivo posteriore nel tempo, applicando le regole proprie della successione tra contratti collettivi del medesimo livello, in tal modo ammettendo anche una funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale⁵⁷.

Si faceva peraltro strada in giurisprudenza un altro principio di diritto e cioè che, nell'ipotesi di successione di contratti collettivi di diverso livello, il conflitto tra le relative clausole contrattuali andasse risolto alla stregua dell'effettiva volontà delle parti contraenti, e non necessariamente secondo i principi di gerarchia o di specialità⁵⁸.

Più precisamente, venivano proposti da alcune pronunce legittimità due temperamenti al criterio di successione cronologica: il primo relativo alla necessità che la norma di risoluzione del concorso-conflitto andasse ricercata nell'interpretazione dell'intero sistema contrattuale⁵⁹ e in secondo luogo, secondo un ragionamento quasi specificativo del primo requisito, che nel contratto collettivo fosse ravvisabile la volontà delle parti di modificare il contratto precedente, ancorché di diverso ambito applicativo⁶⁰.

Contemporaneamente in dottrina si osservava come la combinazione tra crisi economico-occupazionale e conseguente centralizzazione a livello interconfederale della negoziazione avrebbe fisiologicamente condotto ad un depotenziamento del contratto di categoria a vantaggio della contrattazione di livello interconfederale e di quello aziendale⁶¹.

⁵⁶ Cella, Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 2009, 135 ss.

⁵⁷ Cass. 16 marzo 1981, n. 1516, in *Foro it.*, 1982, I, 244, con nota di Mazzotta; Cass. 16 giugno 1981, n. 3920, in *Giur. it.*, 1982, I, 230, con nota di Ardu; Cass. 4 ottobre 1985, n. 4819, in *Giust. civ. mass.*, 1985, 1481; Cass. 16 novembre 1985, n. 5648, in *Not. giur. lav.*, 1986, 123; cfr. Giugni, *ult. loc. cit.*

⁵⁸ Cfr., tra le altre, Cass. 17 maggio 1985, n. 3047, in *Riv. giur. lav.*, 1985, II, 508; Cass. 1 luglio 1986, n. 4354, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (contratto)*, 66; Cass. 11 dicembre 1987 n. 9175.

⁵⁹ Cass. 10 novembre 1989, n. 4743.

⁶⁰ Cass. 10 gennaio 1990, n. 15; Cass. 16 marzo 1990, n. 2155, in *Not. giur. lav.*, 1990, 611.

⁶¹ In questo senso le previsioni di Cella, *Quale futuro per la contrattazione collettiva*, in *Prosp. Sind.*, 1980, 35, 5 ss., *Per rilanciare la contrattazione collettiva*, *ivi*, 1981, 39, 33 ss.; *Ancora sulla struttura sindacale*, in *Contrattazione*, 1983, 5, 94 ss.; di Ricciardi, *La struttura*, *op. cit.*, e *Tendenze della contrattazione collettiva*, in *Città e regione*, 1982, 5, 47 ss.; e di Napoli, *Conflitto e consenso*, Ed. lavoro, Roma, 1983, 100 ss., Perulli, *Il sindacato nella recessione*, De Donato, Bari, 1983, 20 ss.

La previsione fu in parte contraddetta dalla stipula del Protocollo Scotti del 22 gennaio 1983, prima esperienza di concertazione sindacale, che, nel cercare di garantire una dinamica del costo del lavoro in linea con i tassi medi di inflazione programmata, dettò formalmente direttive in materia di contenuti e di struttura della contrattazione collettiva di categoria e aziendale, sia di tipo congiunturale, che a lungo termine, incidendo sulla struttura stessa della contrattazione collettiva⁶².

In particolare rileva in tal senso, al fine di prevenire il concorso-conflitto tra livelli, la formalizzazione di un principio di non sovrapposizione della contrattazione aziendale su materie già definite ad altri livelli (cd. principio del *ne bis in idem*) reintroducendo, un principio di specializzazione tra i vari livelli, ma anche di coordinamento-gerarchico entro un'ottica di prevenzione del ricorso al conflitto (v. ad es. composizione in sede aziendale della microconflittualità)⁶³ che non lasciava margini ad una funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale e salvaguardava al contempo, almeno formalmente, la centralità del contratto collettivo di categoria, il cui ruolo risultava a sua volta ridefinito e predeterminato dalla contrattazione interconfederale⁶⁴.

Senonché proprio con il Protocollo e con l'emanazione della legge-quadro la fase di centralizzazione contrattuale e monopolio sindacale confederale era ormai giunta al suo culmine, fino al collasso di tale sistema con la mancata sottoscrizione dei cd. Accordi di S. Valentino del 1984 da parte della Cgil⁶⁵.

A seguito di tale inedita rottura dell'unità sindacale, cercando comunque di dare attuazione agli obiettivi macroeconomici del Protocollo Scotti, si delinearono due tendenze: una, centralizzata, alla forte flessibilità organizzativa, con diversificazione dei trattamenti di lavoro e riduzione delle rigidità della regolazione dei rapporti di lavoro (cfr. ad es. la legge n. 863 del 1984 in tema di lavoro a tempo parziale e di accordi di solidarietà difensivi e l'art. 23 della legge n. 56 del 1987 in tema di contratti a termine, che riconosce solo ai contratti nazionali o locali il potere di introdurre nuove fattispecie⁶⁶), e l'altra, concorrente, al decentramento di fatto delle relazioni industriali⁶⁷.

⁶² Ancora Giugni, *Diritto..op. cit.*, 173.

⁶³ Sul punto v. F. Carinci, *La via italiana all'istituzionalizzazione del conflitto*, in *Pol. dir.*, 1983, 417; Tosi, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, 449 ss. e più in generale l'opera di Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985.

⁶⁴ V. la prudente quanto brillante analisi di Sciarra, *Contratto*, op. cit., 175, che sottolinea tale controtendenza sia nel Protocollo del 1983 che in alcuni contratti collettivi di categoria.

⁶⁵ Vd. F. Carinci, *La contrattazione di nuove regole del gioco*, in Lettieri (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Angeli, Milano, 1989, 63.

⁶⁶ L'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché all'art. 8-*bis* del d.l. 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79, è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

⁶⁷ Giugni, *Diritto..op. cit.*, 160.

Si delinearono due strategie distinte in risposta a queste tendenze: quella neoliberista di Federmeccanica, tesa a limitare il ruolo dei sindacati, e quella tesa al coinvolgimento dei sindacati nella definizione e nella gestione a livello decentrato dei processi di riorganizzazione produttiva, perseguita ad esempio nei Protocolli Iri del 18 dicembre 1984 e 16 luglio 1986, nonché nelle intese con Eni, Gepi, Efim; questa seconda strategia prevalse fino a condurre all'emanazione della legge 23 luglio 1991, n. 223 in tema di razionalizzazione degli ammortizzatori sociali⁶⁸.

2. I nuovi assetti contrattuali delineati dal Protocollo del 23 luglio del 1993: risoluzione preventiva del concorso-conflitto tra contratti collettivi di differente ambito applicativo.

Nel mutato quadro economico dell'inizio degli anni '90, superata ormai ogni tesi volta a negare la natura collettiva del contratto aziendale e preso atto dell'assenza, anche nella giurisprudenza, di un orientamento univoco sul conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, era sorta l'esigenza di un sistema di relazioni sindacali ordinato, capace di garantire il contenimento dei prezzi obiettivi del protocollo, anche in vista del soddisfacimento degli obiettivi finanziari e monetari definiti dagli accordi di Maastricht del 1992⁶⁹.

È anzitutto nell'ottica concertativa degli obiettivi del Protocollo del 23 luglio 1993 che devono essere lette le modifiche concordate tra Confindustria, CISL, UIL e CGIL sugli assetti contrattuali.

Uno dei principali obiettivi del protocollo del 1993 era rappresentato dalla pace sindacale in occasione dei delicati rinnovi contrattuali, soprattutto per tale parte economica, e a tal fine era previsto in tali ipotesi un periodo di raffreddamento durante il quale le parti si impegnavano a non assumere iniziative unilaterali né a procedere ad azioni dirette da tre mesi prima a un mese dopo la scadenza del contratto.

Contemporaneamente, le parti sociali hanno raccolto quell'istanza, risalente ad oltre un decennio prima⁷⁰, favorevole all'autoregolamentazione e al coordinamento negoziale interno tra soggetti sindacali facenti capo alla stessa sigla sindacale, mediante clausole di specializzazione e rinvio.

È incontestabile che il Protocollo del 1993 presenta una rilevanza storica sul tema del concorso-conflitto tra contratti, perché *“pur facendo, come in precedenti esperienze concertative, del costo del lavoro e del sistema retributivo l'epicentro del sistema e pur elevando ancor di più a obiettivo centrale ed impellente l'abbassamento del tasso e del differenziale inflazionistico, non si è limitato al contenimento della dinamica salariale, ma ha posto in stretta correlazione il sistema retributivo con*

⁶⁸ Giugni, *ibidem*.

⁶⁹ Come riassunto da Zoli, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema*, in Persiani (a cura di), vol. I., *Le fonti del diritto del lavoro*, in Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, 508 ss.

⁷⁰ Vedi, sempre in riferimento alle Giornate AIDLASS di Arezzo del 1981, gli interventi in tal senso di Giugni, G. Santoro-Passarelli, Biagi, oltre alla relazione ed alla replica di Grandi.

quello di relazioni industriali”, a tal fine elaborando regole e principi, e che tali regole e principi sono sopravvissuti alla situazione contingente per cui era stato emanato per oltre 15 anni⁷¹.

Il protocollo del 1993 ha confermato all'interno del sistema di Confindustria la presenza di due livelli di contrattazione: uno nazionale di categoria e l'altro aziendale o territoriale, impedendo la compresenza di entrambi i livelli al fine di favorire la semplificazione dei livelli di negoziazione⁷².

Viene inoltre regolata a livello intercategoriale la durata dei contratti collettivi: è stabilito che la parte normativa del contratto di categoria vincoli le parti stipulanti per quattro anni, mentre la parte retributiva per due; la vigenza del contratto collettivo aziendale o territoriale è di quattro anni.

Dal protocollo del 23 luglio 1993 è derivata anche l'istituzione di rappresentanze a composizione mista, le Rappresentanze Sindacali Unitarie (R.s.u.) mediante l'accordo del 20 dicembre 1993, con espresso riconoscimento di competenze contrattuali alla stipula di contratti aziendali⁷³, seppure secondo il principio della c.d. doppia titolarità negoziale: il contratto aziendale veniva stipulato non solo dalle competenti strutture territoriali delle associazioni firmatarie del contratto nazionale.

Come sottolineato nella relazione Aidlass di Copanello 2011, con l'accordo del 20 dicembre 1993 la legittimazione contrattuale transita “intatta” dalle R.s.a. alle R.s.u.: il nuovo modello nasce per consentire al sindacato, in azienda e fuori, di risolvere i problemi di raccordo con i lavoratori non iscritti e i conflitti che sempre più spesso si svolgono in orizzontale, ovvero quelli intersindacali⁷⁴.

Non va peraltro sottaciuto che è proprio per favorire il “*necessario raccordo tra le organizzazioni stipulanti i contratti nazionali e le rappresentanze aziendali titolari delle deleghe assegnate dai contratti medesimi*”, che il Protocollo stabilisce (Clausola 2-Assetti contrattuali, sub Rappresentanze aziendali, lett. a), secondo periodo) che la composizione delle rappresentanze derivi “*per 2/3 da elezione da parte di tutti i lavoratori e per 1/3 da designazione o elezione da parte delle organizzazioni stipulanti il C.C.N.L., che hanno presentato liste, in proporzione ai voti ottenuti*”.

In tal senso è possibile affermare che già nel Protocollo del 1993, quantomeno rispetto alle R.s.u., era noto il concetto di delega al soggetto sindacale (e al relativo atto) di livello aziendale da parte dei soggetti sindacali (e dei relativi contratti) nazionali, seppure non di deroga.

A questo punto è opportuno rimarcare la differenza tra delega e deroga e cioè che la delega attribuisce al contratto aziendale la competenza a regolare una materia che il contratto nazionale

⁷¹ Frutto di un “*lunghissimo, complessivo negoziato che parte dal 10 dicembre 1991 e giunge al 23 luglio 1993*” che rappresenta “*il nucleo duro, davvero portante, di questo Protocollo*” secondo Ghezzi, *Accordi interconfederali e protocolli d'intesa*, Voce in *Enc. Dir.*, 1999, [agg. III.], Giuffrè, Milano, § 6; cfr. anche Zoli, *Intervento* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012.

⁷² Treu, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, 215 ss.

⁷³ Aspetto particolarmente valorizzato da Giugni, *Intervento in Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS di Pisa*, 26-27 maggio 1995, Giuffrè, Milano, 85.

⁷⁴ Lunardon, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS di Copanello, 24-25 giugno 2011, Giuffrè, Milano, 78 ss., riprendendo il pensiero di Napoli, *La rappresentanza sindacale unitaria nell'accordo del 23 luglio 1993*, in *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, 363.

rinuncia a disciplinare o, in relazione alla quale, detta solo una regolamentazione di principio destinata ad essere attuata ed integrata da quella di dettaglio affidata al contratto aziendale, mentre in caso di deroga, il contratto aziendale interviene a regolare una materia stabilendo condizioni diverse – normalmente rilevanti se peggiorative – rispetto a quelle già previste dal contratto nazionale. Di conseguenza in caso di delega tra le due regolamentazioni, quella nazionale e quella aziendale non c'è nessun concorso/conflitto⁷⁵.

Come è stato sottolineato, le regole poste dal Protocollo del 23 luglio 1993 rappresentano “*un raccordo più flessibile di quello del 1962, basato su una specializzazione delle competenze, che valorizza la funzione organizzativa e gestionale del contratto decentrato*”⁷⁶ che salvaguardava l'esistenza e l'utilità del contratto collettivo aziendale, sia pure, come è stato sottolineato, con competenze eminentemente residuali rispetto al contratto nazionale di categoria, investito di un ruolo di assoluta egemonia⁷⁷. Non va dimenticato che nella fase di concertazione presieduta dal Governo Ciampi, “*gli industriali reclamavano l'abbandono del tradizionale assetto contrattuale italiano a due livelli, ben sapendo che ciò avrebbe comportato un radicale ridimensionamento del ruolo del sindacato nell'impresa, inaccettabile per larga parte del sindacalismo confederale*”⁷⁸.

Il risultato è il mantenimento di un assetto contrattuale a doppio livello, ma con una ridefinizione delle competenze e dei rapporti tra i due livelli all'insegna del principio del *ne bis in idem*, già contenuto nel Protocollo Scotti del 22 gennaio 1983, ossia dell'impossibilità che un medesimo istituto (o fattispecie all'interno di esso) sia trattato contemporaneamente a livello nazionale e decentrato, dovendo il contratto di livello aziendale o provinciale disciplinare «*materie e istituti diversi e non ripetitivi a quelli retributivi propri del c.c.n.l.*»: un principio, come accennato, teso ad evitare alla radice il concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo⁷⁹ ma, giova sottolineare, limitato a materie e istituti “retributivi”⁸⁰.

Sul punto, nell'assetto dettato dal Protocollo del 1993, il contratto collettivo nazionale mantiene il tradizionale compito di salvaguardare il potere di acquisto delle retribuzioni e di aumentarne l'importo, mentre la contrattazione aziendale o territoriale, invece, opera sulla base di clausole di rinvio predisposte dal contratto di categoria.

⁷⁵ G. Santoro-Passarelli, *Diritto..op. cit.*, 121.

⁷⁶ Treu, *Contrattazione collettiva*, Voce in *Enc. Dir.*, 2011, Annali IV, Giuffré, Milano, § 10.

⁷⁷ Zoli, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in Persiani, F. Carinci (dirr.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, 509.

⁷⁸ D'Antona, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l'“autunno freddo” dell'occupazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 418.

⁷⁹ Leccese, *Gli assetti contrattuali delineati nel Protocollo del luglio 1993 e i rapporti tra contratti collettivi di livello diverso*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 265 ss.

⁸⁰ Precisazione evidenziata anche da Treu, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 3, 618.

Il secondo livello di contrattazione, infatti, ha ad oggetto erogazioni “*strettamente correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità ed altri elementi di competitività di cui le imprese dispongano, compresi i margini di produttività, che potrà essere impegnata per accordo tra le parti, eccedente quella eventualmente già utilizzata per riconoscere gli aumenti retributivi a livello di C.C.N.L., nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa*” e sia pure indirettamente, la «*gestione degli effetti sociali connessi alle trasformazioni sociali quali le innovazioni tecnologiche, organizzative e i processi di ristrutturazione che influiscono sulle condizioni di sicurezza, di lavoro e di occupazione*».

Riassumendo, il protocollo del 1993 ha definito una struttura contrattuale in cui vi è un livello confederale, che svolge una funzione di controllo delle dinamiche salariali e di orientamento programmatico dei negoziati posti in essere dalle categorie e delle relative scadenze, un contratto (collettivo) di categoria, che risulta rafforzato e che ha le funzioni sopra dette in materia retributiva e definisce le competenze della contrattazione di secondo livello e, appunto, una contrattazione decentrata (aziendale o territoriale), che ha una funzione specializzata rispetto al primo livello.

Il rapporto tra i vari livelli, quindi, si risolve sulla base di due principi.

In primo luogo, vi è un rapporto di tipo gerarchico: il contratto collettivo nazionale determina, attraverso clausole di rinvio, le materie di competenza della contrattazione aziendale o territoriale, con funzione di controllo centrale⁸¹.

In secondo luogo, vi è un rapporto funzionale, poiché il livello decentrato ha una propria specializzazione, e questo conduceva Giugni a ritenere che il modello di struttura contrattuale fosse apparentemente assai centralizzato ma, a ben vedere, basato su un decentramento controllato e coordinato della contrattazione collettiva⁸².

La realtà dei fatti, negli anni successivi, dimostrerà come il Protocollo si sia rivelato inadeguato a gestire dinamiche di contrazione produttiva, essendo stato concepito dalle parti secondo una logica di riduzione delle rivendicazioni salariali ma comunque antagonistica e rivendicativa, con una funzione del contratto collettivo aziendale specializzata, ma integrativa ed acquisitiva⁸³.

In altri termini, la contrattazione decentrata avrebbe potuto solo migliorare i trattamenti economico-normativi rispetto a quanto pattuito a livello nazionale.

Per quanto concerne la giurisprudenza successiva al Protocollo del 23 luglio 1993, si è registrata una sostanziale continuità interpretativa nel ritenere che i contratti collettivi di livello decentrato, ed

⁸¹ Treu, *ult. loc. cit.*

⁸² In q. senso anche D'Antona, *Il Protocollo...cit.*, 416-7.

⁸³ F. Carinci, *La concertazione*, in Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in Persiani, F. Carinci (dirr.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, 932 ss. e spec. 934.

in particolare il contratto collettivo aziendale all'interno di essi, potessero derogare al contratto collettivo nazionale⁸⁴, tanto *in melius* quanto *in peius*⁸⁵, alla stregua dell'effettiva volontà delle parti contraenti, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutti pari dignità e forza vincolante⁸⁶, salvaguardando i diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori, che non possono ricevere un trattamento peggiore in ragione della posteriore normativa di eguale o diverso livello.

Particolare è poi quell'interpretazione secondo cui dovrebbe farsi riferimento alla "effettiva volontà delle parti operanti in area più vicina agli interessi disciplinati"⁸⁷.

Alcune sentenze hanno precisato che la derogabilità costituisce espressione di un principio di libertà sindacale⁸⁸.

Si deve segnalare, però, un diverso orientamento giurisprudenziale secondo cui tra contratti collettivi di diverso livello, sottoscritti da articolazioni delle medesime organizzazioni sindacali e datoriali, pur essendo ormai escluso che tra contratti collettivi di diverso livello esista un rapporto di gerarchia, in virtù di "una naturale forma di sovra-ordinazione delle organizzazioni nazionali su quelle locali" sussisterebbe comunque una esigenza di raccordo e di coesione dei diversi livelli di contrattazione sindacale, che formano nell'insieme l'ordinamento sindacale, con la conseguenza che un contratto integrativo aziendale non potrebbe travalicare la delega conferitagli dal contratto collettivo nazionale per la disciplina di dettaglio di istituto stabilito nei suoi caratteri essenziali dal nazionale⁸⁹.

È di tutta evidenza che l'accoglimento di un'interpretazione così restrittiva in tema di delega avrebbe comportato, sia pure con efficacia puramente obbligatoria, l'impossibilità per il contratto collettivo aziendale (o anche provinciale) stipulato da soggetti appartenenti al sistema negoziale di Confindustria a derogare al contratto nazionale.

In merito all'efficacia soggettiva di tali intese derogatorie, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, in tempi non lontani, che nell'ordinamento italiano, improntato al pieno pluralismo sindacale e all'efficacia contrattuale del contratto collettivo di diritto comune, che l'efficacia del

⁸⁴ Cass. 3 febbraio 1996, n. 931, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 330; Cass. 2 aprile 2001, n. 4839, in *Dir. lav.*, 2002, II, 194, con nota di Bottino; Cass. 19 giugno 2001, n. 8296, in *Not. giur. lav.*, 2001, 706; Trib. Torino 18 ottobre 2001, in *Giur. piem.*, 2003, 188; Cass. 1 marzo 2005 n. 4259; Cass. 11 luglio 2005, n. 14511, in *Guida lav.*, 2005, 39, 36.

⁸⁵ Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 312 ss. con nota di Bollani.

⁸⁶ Cass. 3 aprile 1996, n. 3092, in *Not. giur. lav.*, 1996, 496; Cass. 4 marzo 1998, n. 2363, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (contratto collettivo)*, Cass. 6 ottobre 2000, n. 13300, in *Not. giur. lav.*, 2001, 144; Cass. 19 maggio 2003, n. 7847, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 600; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Not. giur. lav.*, 2008, 1; in riferimento al contratto collettivo territoriale cfr. A Potenza 12 giugno 2008, inedita e da ultimo Cass. 18 maggio 2010, n. 12098, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 771.

⁸⁷ Cass. 19 aprile 2006, n. 9052, in *Lav. giur.*, 2006, 10, 1015.

⁸⁸ Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, cit.; Cass. 26 gennaio 2009, n. 1832, in *Riv. it. dir. lav.*, con nota di Pasquarella; in *obiter dictum* Cass. 19 febbraio 2009, n. 4078, inedita; Cass. 18 maggio 2010, n. 12098, cit.

⁸⁹ Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, in *Guida dir.*, 2003, 50, 46.

contratto collettivo aziendale non possa estendersi a quei lavoratori che, aderendo ad un'organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale, ne condividano l'esplicito dissenso dall'accordo⁹⁰.

l'impossibilità di desumere una gerarchia contrattuale, sul piano dell'ordinamento generale, dalla sopraordinazione di un soggetto sindacale rispetto ad un altro, rileva tanto nel caso in cui i soggetti sindacali di diverso livello facciano capo a sigle ed organizzazioni diverse, quanto in ipotesi di riconducibilità di soggetti diversi entro il medesimo sindacato, come spesso accade nell'ambito delle confederazioni storiche.

E se ciò è avvenuto sotto il profilo giuridico si deve al superamento della tesi relativa alla natura plurisoggettiva (quindi non collettiva) del contratto di livello aziendale, della tesi dell'incorporazione del contratto⁹¹ e del principio del *favor*⁹²; ma il processo non può essere compreso senza allargare la visuale al più ampio fenomeno dell'autunno caldo, che ha sostanzialmente sovvertito la concezione tradizionale e consolidata delle relazioni sindacali, imperniata sulla centralità del contratto collettivo di categoria, conducendo alla cd. contrattazione permanente, riproponibile in qualsiasi momento, a qualsiasi livello e per qualsiasi materia.

L'impatto dirompente di tale nuova configurazione è stato tale da spingere gli interpreti in dottrina (Santoro-Passarelli, Vallebona ed in diversa prospettiva Ferraro) ed in giurisprudenza, a prediligere il criterio cronologico, accolto dalla giurisprudenza a partire dagli anni '80, di prevalenza della regolamentazione posteriore nel tempo, anche se peggiorativa.

Altre isolate pronunce, nel solco dell'interpretazione fornita da altra autorevole dottrina (Grandi) hanno seguito il criterio di competenza e specialità, nel rispetto del principio di autonomia, ma anche in questo caso le pronunce iniziano ad essere datate⁹³.

Secondo altra giurisprudenza⁹⁴, la concorrenza delle due discipline, nazionale e aziendale, non rientrando nella disposizione recata dall'art. 2077 cod. civ., va risolta tenuto conto dei limiti di efficacia connessi alla natura dei contratti stipulati, atteso che il contratto collettivo nazionale di diritto comune estende la sua efficacia nei confronti di tutti gli iscritti, nell'ambito del territorio nazionale, alle organizzazioni stipulanti e il contratto collettivo aziendale estende, invece, la sua efficacia, a tutti gli iscritti o non iscritti alle organizzazioni stipulanti, purché svolgenti l'attività lavorativa nell'ambito dell'azienda. I lavoratori ai quali si applicano i contratti collettivi aziendali

⁹⁰ Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, cit.; A Brescia 7 marzo 2009, in Riv. giur. lav., 2010, II, 188, con nota di Aiello.

⁹¹ In q. senso deponavano le argomentazioni di Di Nubila, *Sulla modificabilità in peius di una regolamentazione collettiva per mezzo di una regolamentazione successiva*, in Riv. giur. lav., 1968, II, 45, in nota critica a Cass. 1968, n. 1410. *Contra* già Cass. 18 gennaio 1978, n. 233, e di recente, Cass. 18 maggio 2010, n. 12098.

⁹² Cfr. la monografia sul tema di Cessari, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 1956.

⁹³ Cass. 18 febbraio 1988, n. 1759; Pret. Vicenza, 20 gennaio 1995; Cass. 18 settembre 2003, n. 12079, secondo cui "la fonte collettiva più prossima agli interessi disciplinati è, nei limiti della normativa inderogabile di legge, prevalente sulle altre consimili, anche se di livello superiore".

⁹⁴ Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, cit.

possono, pertanto, giovare delle clausole dei contratti collettivi nazionali se risultano iscritti alle organizzazioni sindacali che hanno stipulato i relativi contratti collettivi⁹⁵.

3. Emersione della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello decentrato: l'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 e l'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009

Senonché era ormai maturata in molti operatori ed interpreti del settore la convinzione che il Protocollo del 1993, in quanto norma concepita secondo una logica accrescitiva di tutele, fosse ormai divenuto inadeguato rispetto alle istanze di potenziamento della negoziazione di livello decentrato per far fronte alla crisi del sistema economico-produttivo nazionale in corso dal 2008.

Emergeva in particolare la necessità che la contrattazione di livello decentrato potesse derogare ai trattamenti minimi previsti nella contrattazione di categoria, ma tali proposte incontravano il veto della CGIL, tanto a livello confederale quanto a livello di categoria, con la sola eccezione del settore delle industrie chimico-farmaceutiche.

E così la stipula dell'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009⁹⁶ intesa di tipo sperimentale, della durata di quattro anni, per la riforma degli assetti contrattuali, ha rappresentato una fase scarsamente incisiva nella dinamica delle relazioni industriali, posta in essere nelle forme del dialogo sociale e non di una concertazione *strictu sensu* intesa, in virtù della mancata firma da parte della Cgil.

Gli stessi effetti e le stesse ragioni di fallimento possono essere ricollegati all'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009 tra Confindustria e le grandi centrali sindacali, attuativo dell'Accordo Quadro, che fu siglato soltanto con Cisl e Uil⁹⁷.

Tuttavia i due Accordi del 2009 sono rilevanti per due ragioni:

- per aver introdotto la regola della durata triennale del contratto collettivo nazionale di categoria, tanto per la parte economica che normativa, nonché del contratto collettivo aziendale: regola ormai consolidata nelle relazioni industriali⁹⁸;
- per aver riconosciuto in via generale⁹⁹ e cercato di regolare per la prima volta in forma di coordinamento interno in sede negoziale una funzione derogatoria del contratto collettivo di livello inferiore a quello nazionale¹⁰⁰, sebbene non ancora riconosciuta al contratto aziendale.

⁹⁵ Cass. 26 giugno 2004, n. 11939 cui *adde ex plurimis*: Cass. 7 giugno 2004, n. 10762.

⁹⁶ Su cui vedi F. Carinci, *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 177 ss.; Pandolfo, *L'accordo quadro sugli assetti della contrattazione collettiva: una regolamentazione in fieri*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 4, 210.

⁹⁷ Ales, *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP CSDLE.IT*, 2011, 134, 8 ss.; Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, D.L. n. 138/2011, conv. In L. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, 365 ss..

⁹⁸ Zoli, *Intervento*, in *Contrattazione*..op. cit., 140.

⁹⁹ Zoli, *ibidem* e v. anche la ricostruzione delle previsioni in Id., *Contrattazione in deroga*, in F. Carinci (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, 2011, 44 ss.

Proprio quest'ultimo aspetto rappresentò il “nodo gordiano” che impedì di raggiungere un accordo tra la CGIL, ostile al riconoscimento di tale funzione, e le altre parti sociali.

Infatti il punto 5.1 nell'A. I. del 15 aprile 2009 costituiva l'aspetto più dibattuto¹⁰¹, nel riconoscere alle parti contrattuali, in situazioni di crisi, di derogare a “*singoli istituti economici o normativi previsti dal contratto di categoria in tutto o in parte*”, “*anche*”¹⁰² in via sperimentale e temporanea, previa approvazione da parte delle parti sociali stipulanti il Ccnl della categoria interessata¹⁰³.

Tale clausola ammetteva la derogabilità *in peius* del Ccnl non solo in ipotesi di grave difficoltà finanziaria o produttiva dell'impresa, ma anche in caso di “*sviluppo economico e occupazionale*”: un concetto, quest'ultimo, assai vago, perché suscettibile di ricomprendere ogni possibile condizione gestionale, organizzativa e patrimoniale.

Tuttavia Confindustria scelse in via sperimentale di ammettere deroghe concordate a livello esclusivamente territoriale, nonostante il punto 16 nell'A.Q. del 22 gennaio 2009 tacesse riguardo al livello di negoziazione delle stesse.

Dunque l'Accordo interconfederale del 2009 riconosceva una funzione derogatoria al contratto collettivo territoriale, ma soggetta ad approvazione a livello nazionale (non necessariamente preventiva, in sede di rinnovo contrattuale) e su singoli istituti economico-normativi.

4. Uno sguardo d'insieme: problematiche emerse rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale nella prima metà del 2011.

L'evoluzione descritta consente di evidenziare una serie di fenomeni giunti al culmine all'inizio del 2011:

- l'assenza, ormai da tempo e unanimemente riconosciuta, di una norma di legge idonea a regolare il concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo, come evidenziato dall'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi vent'anni, ed altresì

- l'impossibilità, nell'elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata all'insegna del pluralismo sindacale, di considerare un contratto collettivo aziendale – al di là dell'ipotesi del contratto collettivo gestionale - applicabile a tutti i dipendenti dell'azienda, anche se non iscritti o iscritti a sindacati dissenzienti. Sul punto, come è stato ben evidenziato nelle non dimenticate giornate AIDLASS di

¹⁰⁰ O anche territoriale, nonostante la scarsa tradizione di contrattazione di livello provinciale nel settore industriale: cfr. F. Carinci,

¹⁰¹ Insieme, si precisa per completezza, all'utilizzo previsto, per la dinamica degli effetti economici, di un indicatore della crescita dei prezzi al consumo in sostituzione del tasso di inflazione programmata basato su un nuovo indice previsionale costruito sulla base dell'IPCA (l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia), depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati.

¹⁰² La congiunzione “*anche*” permette di considerare le deroghe ammissibili in via definitiva, in tal modo contraddicendo la natura eccezionale dell'istituto, come subito sottolineato da Bellardi, *Gli incentivi al decentramento della contrattazione: elemento di garanzia, clausole di uscita*, in www.nelmerito.com.

¹⁰³ Solleva tale problematica Pizzoferrato, *L'accordo separato del 22 gennaio 2009: quali ulteriori prove di dialogo?*, in www.lavoce.info (voce Relazioni industriali).

Macerata, tali principi mostrano la corda nel momento in cui il sindacato è chiamato a ripartire sacrifici anziché aumenti retributivi e benefici contrattuali¹⁰⁴.

- l'inadeguatezza dello stesso Protocollo del 23 luglio 1993 a regolare tali fenomeni in un contesto di crisi economica perché esso, pur essendo stato concepito in una fase di difficoltà economica, cd. "neocorporativismo" concertativo in risposta a forti pressioni, anche internazionali, per il contenimento dell'inflazione attraverso i salari, risultava comunque imperniato:

A) su una logica contrattuale sostanzialmente acquisitiva, in cui la contrattazione, in specie di II livello, era non a caso finalizzata principalmente all'incentivo della produttività e non alla distribuzione di sacrifici, come nel contesto attuale;

B) sui criteri, già conosciuti nell'era del Protocollo Scotti del 22 gennaio 1983, di centralità del contratto collettivo nazionale per la determinazione dei minimi economico-normativi e di determinazione dall'alto, mediante delega, delle competenze specializzate proprie del livello decentrato di negoziazione, all'insegna del principio del *ne bis in idem* (quantomeno a livello retributivo).

- l'esigenza, ormai insistente dal versante imprenditoriale ma anche da quello politico, di una diversa regolamentazione degli assetti contrattuali ed in specie delle competenze del contratto collettivo aziendale in caso di concorso-conflitto con i trattamenti minimi economico-normativi del contratto nazionale di settore.

La problematica era già emersa con gli accordi interconfederali del 22 gennaio e del 15 aprile 2009, che per primi avevano proposto una regolamentazione del conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo, favorevole al contratto territoriale, salvaguardando una funzione di autorizzazione preventiva da parte del livello nazionale.

Sul punto emergono due considerazioni sulla breve – e complessivamente poco fortunata – esperienza applicativa di tali accordi: in primo luogo era emersa la sostanziale inadeguatezza del contratto collettivo territoriale ad essere investito della delicata gestione delle deroghe al contratto nazionale, a vantaggio del contratto collettivo aziendale, sempre più percepito come lo strumento negoziale più idoneo a gestire situazioni di crisi aziendale, sia per l'esistenza di rappresentanze previste dalla legge (R.s.a.) o dalla fonte collettiva (R.s.u.) e titolari di diritti sindacali, sia per l'esperienza applicativa più recente (CCNL chimico-farmaceutico, CCNL metalmeccanico e caso Fiat, CCNL terziario).

¹⁰⁴ De Luca Tamajo, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 16 e 35; G. Santoro-Passarelli, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale. Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato. Atti delle giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989*, Milano, 1990, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, 62-3.

In secondo luogo, lo stesso meccanismo della preventiva autorizzazione da parte dei soggetti sindacali nazionali (o di loro organi delegati), al di fuori dell'esperienza del settore chimico, era stato del tutto trascurato nei CCNL più rilevanti del terziario e dei metalmeccanici;

- la rottura dell'unità sindacale tra le tre grandi confederazioni in risposta a tali istanze, resasi evidente nei rinnovi di due importanti contratti collettivi nazionali come quello dei metalmeccanici e del terziario, con conseguenti problematiche connesse alla rappresentanza in sede aziendale del sindacato comparativamente più rappresentativo.

Infatti, alla luce della formulazione e dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 19 St. lav., un sindacato che non ottenga la firma del contratto nazionale, come la Cgil in caso di contrattazione separata, potrebbe essere escluso dal diritto a vedere costituite rappresentanze sindacali aziendali dai propri lavoratori, e non a caso tale norma, alla luce del mutato contesto storico, è oggi sottoposta ad un nuovo esame di legittimità costituzionale¹⁰⁵;

- l'esistenza di pericolose tendenze centrifughe in seno a Confindustria, a rischio di degenerazione in caso di mantenimento dello *status quo* negli assetti contrattuali, come dimostrato dal caso Fiat;

- il ritorno a forme di garantismo flessibile, a seguito dell'abbandono di quelle ipotesi legislative che tendevano ad affidare all'autonomia individuale la distribuzione delle tutele¹⁰⁶;

- il rischio di una eccessiva differenziazione tra i settori in seno alle grandi Confederazioni sullo stesso tema, come evidenziato dall'ammissione, a firma unitaria e in piena unità sindacale, di deroghe contrattuali anche forti nel settore dei chimici anche prima dell'accordo quadro del 2009, e dal rifiuto, in occasione del rinnovo del CCNL metalmeccanico, di una commissione bilaterale volta a formulare una proposta circa le materie che il CCNL avrebbe potuto delegare, "in via esclusiva o concorrente", alla contrattazione aziendale.

Le considerazioni sopra esposte aiutano a comprendere la rapida evoluzione degli eventi successivi e soprattutto le diverse strategie messe in atto, in maniera per nulla coordinata ed anzi confliggente, dalle parti sociali storiche nel settore industriale (Confindustria, Cgil, Cisl e Uil) mediante l'accordo interconfederale, dalla volontà politica (Governo Sacconi) in forma di intervento legislativo mediante l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148 (su cui v. *infra*, cap. III). ed infine dalla Fiat S.p.a., mediante la dichiarazione di uscita dell'intero gruppo da Federmeccanica del 3 ottobre 2011, con effetto dal 1° gennaio 2012.

È utile anzitutto concentrarsi sulle misure che la principale associazione imprenditoriale italiana, insieme alle confederazioni comparativamente più rappresentative, ha inteso predisporre per il settore

¹⁰⁵ Cfr. le ordinanze di rimessione del Trib. Di Vercelli 2011 e del Trib. Di Modena 2011.

¹⁰⁶ Pessi, *Ancora sull'art. 8 della manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 57-8.

industriale privato in risposta ai fenomeni descritti, in forma di coordinamento negoziale interno nell'ambito dell'autonomia privata.

CAPITOLO II

Recenti novità in tema di funzione derogatoria nell'autonomia privata collettiva.

L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e gli accordi successivi.

SOMMARIO: 1. L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: il riconoscimento da parte della Cgil della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale. - 2. Accordo interconfederale e art. 8: sequenza cronologica. - 2.1. La ratifica dell'accordo interconfederale e l'uscita di Fiat da Federmeccanica/Confindustria. - 3. La funzione derogatoria del contratto aziendale secondo la clausola 7: i due regimi. - 4. Contenuti dell'Accordo da tenere in considerazione per la funzione derogatoria del contratto collettivo. - 4.1. La competenza delegata della contrattazione aziendale: mero rafforzamento semantico della regola del *ne bis in idem*. - 4.2. L'efficacia soggettiva dell'accordo aziendale (anche derogatorio) nell'A.I. 2011. - 4.3. Le clausole di tregua sindacale: un corollario improntato all'efficacia obbligatoria delle clausole. - 5. I limiti alla funzione derogatoria secondo la clausola 7: una funzione a "geometria variabile", che resta pur sempre un'eccezione. - 5.1. Su quali materie e fino a quando opera il regime alternativo di deroga previsto dalla clausola 7, secondo periodo? - 5.2. Sull'obbligo di intesa con le organizzazioni sindacali di livello territoriale: l'unanimità come "meccanismo di sicurezza" fino alla regolamentazione nazionale. - 6. L'asimmetria tra l'efficacia generale del contratto aziendale e la (mancata) regolamentazione del dissenso a livello nazionale nel testo dell'accordo del 28 giugno 2011. - 6.1. L'accordo unitario di Confindustria del 31 maggio 2013: un'influenza solo parziale sul problema del dissenso. - 7. L'accordo interconfederale come criterio di coordinamento negoziale interno e come criterio ermeneutico di interpretazione della volontà delle parti. - 7.1. Interrogativi sulla responsabilità delle organizzazioni sindacali per violazione della clausola 7. Spunti critici rispetto all'esclusiva riferibilità degli obblighi alle confederazioni.

1. L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: il riconoscimento da parte della Cgil della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.

Nel tentativo di ricomporre l'unità sindacale andata perduta in alcune occasioni precedenti in sede di rinnovo di categoria, in data 28 giugno 2011¹⁰⁷ le confederazioni Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto

¹⁰⁷ Con alcune modifiche successive, apportate il 14 luglio 2011.

con Confindustria un “*Accordo sulla rappresentatività e la contrattazione aziendale*”, orientato alla definizione, come si può leggere nelle Premesse dell’Intesa, di un interesse e di un obiettivo comuni. Con il punto 7 dell’A.I. 2011¹⁰⁸, tra le competenze riconosciute alla contrattazione aziendale rientra anche la possibilità di prevedere deroghe al Ccnl: una facoltà non prevista dal Protocollo del 1993, secondo cui, come accennato, la contrattazione decentrata avrebbe potuto solo migliorare i trattamenti economico-normativi rispetto a quanto pattuito a livello nazionale¹⁰⁹.

Mediante l’A. I. del 28 giugno 2011 le parti concordano, al punto 7, che i contratti collettivi - questa volta soltanto aziendali e non più territoriali come era previsto nell’A.I. 15 aprile 2009 - possano attivare “*strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi*”, che risultano regolati dal Ccnl, secondo un regime ordinario, o dalle stesse R.s.a. o R.s.u., d’intesa con le organizzazioni territoriali aderenti alle confederazioni firmatarie, in assenza di regolamentazione a livello nazionale.

Né la definizione dello strumento, né le finalità descritte esprimono letteralmente l’intento delle parti firmatarie di riconoscere in modo espresso deroghe peggiorative alla disciplina del Ccnl, ma partendo dal presupposto che un concorso-conflitto tra contratti collettivi di tipo migliorativo o acquisitivo non poneva (e non pone tuttora) necessità di regolamentazione, il senso della previsione è univoco.

Tali modifiche, pur corrispondendo singolarmente ad interessi e finalità distinte, corrispondono complessivamente alla finalità di dotare la contrattazione collettiva aziendale di un assetto di regole certe, ancorché di natura contrattuale e non legale.

Viene quindi riconosciuta (anche dalla Cgil) la devoluzione a un livello di negoziazione decentrato della competenza alla conclusione di specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, *anche* in via sperimentale e temporanea, secondo una serie di requisiti che ricalcano gli Accordi separati del 2009, sia pure con importanti differenze (v. *infra*, Cap. II).

Il potenziamento della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale rappresenta uno dei principali aspetti regolati dall’Accordo del 28 giugno 2011, ma non l’unico, e deve essere letto insieme alle altre clausole contenute nello stesso.

Nell’ottica, perseguita dall’Accordo Interconfederale, di potenziamento delle competenze ed in particolare della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale non potevano che essere regolati nella stessa sede alcuni aspetti di rilevanza cruciale, come la misurazione della rappresentatività di ciascuna federazione di categoria, l’efficacia soggettiva del contratto collettivo

¹⁰⁸ Ma in tal senso v. già il punto 5.1. A.I. 15 aprile 2009.

¹⁰⁹ E probabilmente per questo motivo la contrattazione decentrata continuava a registrare un tasso di sviluppo relativamente basso: in questi termini Boeri, *L’ennesima occasione mancata*, in *La Repubblica*, 26 gennaio 2009.

aziendale nella distribuzione di sacrifici (esercizio del potere normativo in funzione derogatoria e peggiorativa rispetto agli istituti trattati dal CCNL) e le clausole di tregua sindacale.

In particolare futuri accordi aziendali, anche in deroga, potrebbero rivestire la stessa efficacia prevista dai punti 4 e 5, ove rispettato il procedimento in essi stabilito, con ciò accogliendo quella proposta dottrinale che già anni fa proponeva il sostegno alle deroghe realizzate per mezzo di contratti aziendali al Ccnl con il consenso dei lavoratori interessati¹¹⁰, ed in tal caso si applicherebbero le clausole di tregua previste al punto 6, per garantire l'esigibilità della pattuizioni.

Va subito chiarito che le clausole 4 e 5 dell'Accordo, essendo previste da una fonte di natura negoziale, potrebbero vincolare soltanto i lavoratori iscritti ad organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie o, al limite, anche i lavoratori che esprimano il proprio consenso ai meccanismi dettati dall'accordo, ad esempio partecipando all'elezione dei rappresentanti R.s.u. o al referendum previsto dalla clausola 5. Ma chiaramente, al di fuori di tali situazioni, l'Accordo del 28 giugno 2011 non può produrre alcun effetto vincolante, né verso sindacati posti fuori dal sistema di Confindustria, né verso altri lavoratori.

2. Accordo interconfederale e art. 8: sequenza cronologica.

Poche settimane dopo l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, e quindi dopo il tentativo di autoregolamentazione in sede negoziale di temi quali l'efficacia dei contratti collettivi aziendali e la funzione derogatoria degli stessi, il Governo Berlusconi, in persona del Ministro Sacconi, interveniva con un decreto legge sugli stessi temi al fine di dare certezza agli assetti espressi dalle parti in tema di centralità della contrattazione decentrata¹¹¹, ma in maniera non del tutto coordinata e per molti aspetti differente rispetto a quanto definito a livello confederale.

L'art. 8 del d. l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. con mod. in legge 14 settembre 2011, n. 148, rubricato, "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità", abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti in presenza di determinati presupposti e secondo un criterio maggioritario da sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale o dalle loro rappresentanze operanti in azienda, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con alcuni effetti peculiari:

- a) possibilità di derogare ai contratti nazionali;
- b) possibilità di derogare anche a norme imperative di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro;
- c) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati.

¹¹⁰ Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, Milano, Mondadori, 2005, 15.

¹¹¹ Pessi, *Ancora..op. cit.*, 158 ss.

Attraverso l'intervento legislativo si apre una nuova fase, qualitativamente diversa da quella descritta nel presente capitolo ed oggetto di apposita, successiva trattazione: la disciplina in sede legale della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, tanto rispetto al contratto collettivo nazionale di categoria, quanto rispetto alla legge.

Pur rimandando ad un'analisi specifica sui contenuti di tale norma e sulle sue interazioni con la fonte negoziale, è opportuno evidenziare subito alcune differenze rispetto alla disciplina contenuta nell'Accordo interconfederale.

In primo luogo l'efficacia *erga omnes* dei contratti *ex art. 8* è una vera e propria efficacia generale perché deriva dalla legge, diversamente da quanto osservato con riferimento alle clausole 4 e 5 dell'Accordo interconfederale.

Posto che l'efficacia generale è disposta da una norma di legge, gli effetti *erga omnes* si producono nei confronti di tutti i lavoratori interessanti indipendentemente da ogni altra circostanza: è irrilevante, pertanto, se siano iscritti all'associazione stipulante, se non siano iscritti ad alcun sindacato o se aderiscano ad un'associazione dissenziente.

In secondo luogo, l'art. 8 comma 2, a seguito delle modifiche operate dalla legge di conversione, elenca in modo tassativo¹¹² le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria¹¹³ e per quanto tali materie siano ampie¹¹⁴, non è consentito alla negoziazione collettiva ampliare o ridurre tali ambiti di derogabilità.

È opportuno sottolineare che su queste materie i contratti *ex art. 8* possono intervenire a prescindere da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali. Si assiste, dunque, ad una attribuzione di competenza al contratto di prossimità *ex art. 8* "a titolo originario", diversamente da quanto previsto, in generale, per i normali contratti aziendali dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Ancora, la competenza derogatoria dei contratti *ex art. 8* si spinge fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali regolati dalla clausola 7 dell'Accordo interconfederale, che possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali.

Infine, l'art. 8 riconosce la funzione derogatoria al contratto collettivo stipulato da R.s.u. o R.s.a., come nell'accordo, ma a differenza di questo anche a contratti stipulati in sede aziendale o territoriale

¹¹² Perulli, Speziale, *Intervento in op. cit.*, 207.

¹¹³ Si tratta 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 e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.

¹¹⁴ Pessi, *Ancora..op. cit.*, 63.

dal sindacato esterno, ossia da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale¹¹⁵.

Sebbene la legge lasci alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali, non v'è dubbio che l'efficacia derogatoria contemplata dall'art. 8 potrebbe mettere in discussione l'impianto generale del diritto del lavoro fondato sulla inderogabilità della norma a tutela del contraente debole.

2.1. La ratifica dell'accordo interconfederale e l'uscita di Fiat da Federmeccanica.

Le discipline dell'efficacia soggettiva e derogatoria del contratto aziendale nell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e nell'art. 8 non sono totalmente sovrapponibili e, come visto, sotto molti aspetti presentano già *prima facie* significative divergenze¹¹⁶.

Non per caso, dopo l'emanazione della norma (14 settembre 2011), in data 21 settembre 2011 le parti firmatarie dell'Accordo interconfederale di giugno, in sede di ratifica dello stesso, hanno aggiunto in calce al medesimo la dichiarazione del comune intento di dare compiuta attuazione a quest'ultimo.

A questo punto a Fiat, pur avendo ottenuto una norma che retroattivamente aveva fatto salvi gli accordi di Pomigliano e Mirafiori (art. 8, comma 3), confermava l'intenzione di stipulare per tutto il gruppo contratti aziendali *ex art. 8* e non alla luce delle regole dell'A.I. del 2011, che salvaguardano la centralità del contratto collettivo nazionale anche per la funzione derogatoria.

Sulla stessa scia la Società Cartiere Pigna proclamava l'uscita dal sistema contrattuale di Confindustria.

Di conseguenza, ritenendo gli accordi *ex art. 8* più in linea con le esigenze di competitività dell'impresa, Fiat ha dichiarato il 3 ottobre 2011 di recedere da Federmeccanica e, quindi, di voler uscire dal sistema confindustriale.

In risposta Federmeccanica, come osservato, il 22 dicembre 2011, ha a quel punto stipulato un "Protocollo di intesa sulla disciplina specifica del comparto auto, ad integrazione e modifica del Ccnl metalmeccanici del 15 ottobre 2009, per evitare defezioni nel settore automobilistico e nell'indotto.

Resta da valutare se con la clausola apposta alla ratifica dell'A.I. 2011 del 21 settembre, le parti firmatarie si siano impegnate soltanto a salvaguardare la funzione di garanzia del contratto collettivo nazionale di settore, o se abbiano inteso rendere inoperativo il disposto legale laddove difforme, per esempio sulla contrattazione territoriale o sulle deroghe alla legge: ancora una volta una clausola firmata unitariamente potrebbe condurre ad esiti totalmente diversi a seconda del soggetto sindacale.

¹¹⁵ Pessi, *ivi*, 59.

¹¹⁶ Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con mod. l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1224 ss.

3. La funzione derogatoria del contratto aziendale secondo la clausola 7: i due regimi.

Mediante l'A. I. del 28 giugno 2011 le parti concordano, al punto 7, che i contratti collettivi - questa volta soltanto aziendali e non più territoriali come era previsto nell'A.I. 15 aprile 2009 - possano attivare “*strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi*”.

Le disposizioni, quindi, in modo espresso ed esclusivo individuano nel contratto collettivo aziendale lo strumento “principe” per predisporre intese contrattuali modificative¹¹⁷: infatti tanto nel regime definitivo, quanto in quello transitorio il livello di negoziazione decentrata cui fare riferimento per le intese modificative diviene quello aziendale.

La scelta di escludere la contrattazione territoriale dalla stipula di intese derogatorie si allinea in modo simmetrico alla scelta delle R.s.a e delle R.s.u. ai fini della stipula di contratti con efficacia generalizzata ed è certamente conforme all'intento di rendere più facilmente misurabile la rappresentatività dei soggetti e il consenso dei lavoratori destinatari dell'effetto del contratto, ma è criticabile sotto due aspetti.

In primo luogo non tiene conto del fatto che in alcuni settori esiste da decenni un doppio livello di contrattazione decentrata che risulta imperniato sulle organizzazioni territoriali (come nel settore edile o nel settore tessile) ma risulterebbe escluso dalle nuove regole, e relegato alle funzioni previste dal Protocollo del 1993 o da quelle degli Accordi del 2009, non firmati però dalla Cgil e non richiamati dall'Accordo del 2011, con tutte le conseguenze che ne derivano.

In secondo luogo la previsione esclude il sindacato esterno chiamato a negoziare a livello aziendale e tale esclusione implica l'impossibilità di negoziare intese modificative laddove non siano presenti R.s.a. o R.s.u. nell'unità produttiva, in contesti per un verso scarsamente sindacalizzati, ma per altro verso non meno bisognosi di un adeguamento flessibile della disciplina contrattuale nazionale alle esigenze produttive, tenuto conto del tradizionale nanismo imprenditoriale italiano.

Un accordo interconfederale a vocazione estensiva avrebbe più opportunamente riconosciuto contratti di livello territoriale o aziendali ma stipulati da associazioni esterne, con efficacia generalizzata e funzione derogatoria, riconosciuti a condizione di essere approvati dalle R.s.a. o R.s.u. delle singole aziende, ove presenti, o di essere sottoposti al meccanismo di approvazione di cui alla clausola 5, mediante referendum.

¹¹⁷ Mentre il punto 5.1 dell'A.I. 15 aprile 2009 escludeva le R.s.u. da qualsiasi ruolo nella negoziazione derogatoria a vantaggio delle Oo. Ss. territoriali, che secondo una certa dottrina sarebbero gli unici soggetti idonei a tutelare i lavoratori non protetti dalla contrattazione aziendale e a differenziare i trattamenti di lavoro, migliorando le condizioni di interi comparti produttivi: Napoli, *La riforma della struttura della contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 359 e Bellardi, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli Accordi separati del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, 455-6.

In ogni caso il punto 7 pone una disciplina ordinaria ed una disciplina transitoria, ammessa “*ove non (ancora) previste*” clausole di deroga ed “*in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell’azienda*”, su cui v. *amplius infra*.

4. Contenuti dell'Accordo da tenere in considerazione per la funzione derogatoria del contratto collettivo.

Il potenziamento della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale rappresenta uno dei principali aspetti regolati dall’Accordo del 28 giugno 2011, ma non l’unico, e deve essere letto insieme alle altre clausole contenute nello stesso.

Nell’ottica, perseguita dall’Accordo Interconfederale, di potenziamento delle competenze ed in particolare della funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale non potevano che essere regolati nella stessa sede alcuni aspetti di rilevanza cruciale, come la misurazione della rappresentatività di ciascuna federazione di categoria, l’efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale nella distribuzione di sacrifici (esercizio del potere normativo in funzione derogatoria e peggiorativa rispetto agli istituti trattati dal CCNL) e le clausole di tregua sindacale.

Tali modifiche, pur corrispondendo singolarmente ad interessi e finalità distinte, corrispondono complessivamente alla finalità di dotare la contrattazione collettiva aziendale di un assetto di regole certe, ancorché di natura sindacale e non legale.

Ed infatti, come è stato sottolineato, la volontà di costruire un sistema di relazioni contrattuali basato su forme rinnovate di democrazia sindacale pone in rilievo la valorizzazione dello schema maggioritario (sia nelle Rsu che nelle Rsa) come possibile strumento di risoluzione dei conflitti sindacali¹¹⁸ che inevitabilmente conseguono – non solo, ma certo in misura incisiva - all’ammissione di una funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale.

E la stessa misurazione della rappresentatività dei soggetti sindacali nazionali, nel rilevante tentativo di realizzare un sistema sindacale “certificato”¹¹⁹, corrisponde al fine di evitare il fenomeno della cd. Contrattazione separata che trovava proprio nel riconoscimento di deroghe al Ccnl uno tra i temi più infuocati rispetto ai rinnovi contrattuali.

Non a caso uno tra i principali interessi dell’Accordo è quello di “*definire **pattizamente** le regole in materia di rappresentatività*” delle Oo. Ss. dei lavoratori nel settore privato: a tale interesse corrisponde la clausola 1, relativa alla rappresentatività minima richiesta per le federazioni sindacali di categoria (aderenti alle confederazioni firmatarie).

¹¹⁸ Scarpelli, *Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WP CSDLE.it*, 2011, 127, 8 ss.

¹¹⁹ Santoni, *Dall’accordo interconfederale 28 giugno 2011 all’art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., 113 ss.

Questa clausola, come si vedrà, è stata successivamente sviluppata dall'accordo del 31 maggio 2013, senza risolvere però alcuni problemi strutturali lasciati aperti dall'Accordo.

Un altro obiettivo condiviso dalle parti, che sembra riprendere la *ratio* dell'Accordo Quadro (A.Q.) del 22 gennaio e dell'A. I. 15 aprile 2009, consiste nella funzionalizzazione della contrattazione collettiva e dei suoi risultati *all'attività delle imprese ed alla crescita di un'occupazione stabile e tutelata* in conformità “*alle differenti necessità produttive da conciliare con il rispetto dei diritti e delle esigenze delle persone*”.

Secondo l'A.I. 2011, spetta al contratto nazionale di categoria l'individuazione dei trattamenti normativi ed i minimi retributivi (punto 2), mentre la contrattazione decentrata deve svolgere di regola le proprie funzioni su materie in tutto o in parte delegate dal contratto collettivo nazionale o dalla legge (punto 3)¹²⁰.

Risulta poi confermata la contrattazione di secondo livello al fine di collegare gli aumenti salariali al raggiungimento di obiettivi di produttività, redditività ed efficienza.

Ed esattamente come nel 2009, il premio variabile, elemento economico proprio della contrattazione di secondo livello, viene inteso al punto 8 dell'A.I. 2011 come quell'aumento retributivo collegato ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività e redditività - requisiti particolarmente pregnanti alla luce della successiva negoziazione di settore¹²¹, di qualità, di redditività, di efficacia, di innovazione, di efficienza organizzativa ed altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività aziendale, nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa¹²².

Spicca, infine, sempre al punto n. 8, il rinnovato invito al Governo ad introdurre sinergiche misure di incentivo allo sviluppo della negoziazione di livello aziendale, mediante l'esplicita connessione di sgravi fiscali alla retribuzione aziendale di risultato per il raggiungimento di obiettivi di produttività¹²³.

¹²⁰ Al riguardo Liso, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno e sulla legge in materia di "contrattazione di prossimità"*, in WP CSDLE.it, 2012, 157, 13, sottolinea la valorizzazione della contrattazione aziendale in virtù del mancato richiamo del principio del «*ne bis in idem*».

¹²¹ Si vedano ad esempio i requisiti per la retribuzione integrativa previsti dal Ccnl del settore chimico-industriale del 18 dicembre 2009 (art. 19) che condiziona il Premio aziendale variabile anche al fatturato medio per addetto (indice di redditività) o al Margine operativo lordo (indice di produttività). V. Anche il Ccnl Edilizia-industria (art. 38) che invece affida alle parti sociali territoriali l'individuazione di indici di produttività per il calcolo del Premio, mentre in fase aziendale limita la corresponsione anche in base al criterio puramente reddituale del volume aziendale di affari Iva.

¹²² Ma il riferimento, *sic et simpliciter*, ai suddetti obiettivi onera gli attori periferici tutto il peso di un'attività negoziale creativa a cui essi hanno talvolta dimostrato di non poter far fronte, come già denunciato nella relazione di verifica del Protocollo del 1993. E di nessun aiuto risulta la disposizione contenuta nell'art. 3.4. dell'A.I. 2009 con cui si affidava ai contratti collettivi nazionali la possibilità di concordare linee guida utili a definire “*modelli di premio variabile*” per la diffusione della contrattazione decentrata nelle imprese di minori dimensioni: di questo avviso Bellardi, *Gli incentivi al decentramento della contrattazione: elemento di garanzia, clausole di uscita*, in www.nelmerito.com; Lassandari, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 2, 320 ss.

¹²³ Punto 8 A.I. 2011 e già punti 9, 13 e 14 A.Q. 2009.

L'A. I. mira pertanto a rendere certe e facilmente accessibili tutte le misure volte a incentivare, in termini di riduzione di tasse e contributi, la contrattazione di secondo livello che collega incentivi economici al raggiungimento di obiettivi di produttività, competitività, nonché ai risultati legati all'andamento economico delle imprese, concordati fra le parti (cfr. punto 2.9 A.Q. 2009): ma questa disposizione non rappresentava un'effettiva novità¹²⁴.

In tal senso il legislatore è comunque intervenuto con l'art. 26 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, delegando il Governo a determinare entro il 31 dicembre 2011, sentite le parti sociali, il sostegno fiscale e contributivo” da esse reputato necessario¹²⁵.

L'intento evidente era quello di favorire i benefici fiscali collegati all'intervento della contrattazione collettiva, per incrementarne lo sviluppo¹²⁶, a scapito delle erogazioni decise unilateralmente dal datore di lavoro¹²⁷.

L'attuazione di tali misure si ricollega a una serie di accordi successivi: in particolare l'accordo quadro sulla produttività del 17 novembre 2012, non firmato dalla Cgil, e l'accordo interconfederale di Confindustria del 24 aprile 2013, firmato anche dalla Cgil, che presentano profili di rilievo anche alla luce di possibili interazioni con l'art. 8 d.l. n. 138/2011¹²⁸.

Una misura che, nel tentativo di garantire che il decentramento della contrattazione in azienda non vada a scapito di quei lavoratori di piccolissime aziende dove la contrattazione si presenta

¹²⁴ In questa direzione si muovevano già il Protocollo sul *Welfare* del 23 luglio 2007, nonché le misure contenute nel d. l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133; l'art. 5 del d. l. n. 185 del 2008 conv. in l. n. 2 del 2009 prevede poi che per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2009 siano prorogate le misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro già previste dall'art. 2, comma 1, lett. c), d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 126.

¹²⁵ Sebbene la norma, nel riferire la detassazione e la decontribuzione soltanto ai risultati riferiti all'andamento economico o agli utili, così come al miglioramento della competitività su base aziendale e non anche territoriale, sembra mal raccordarsi con l'art. 8 del d.l. 17 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

¹²⁶ Occorre allora confrontarsi con l'esiguità delle risorse che nel quadro economico attuale il legislatore può stanziare, nei limiti delle quali, per l'appunto, le parti sociali potranno dare concreti suggerimenti. Una differenza consistente rispetto al 1993, quando al tavolo stesso sedeva il Governo, che si impegnava ad aumentare gli investimenti per la ricerca e lo sviluppo dall'1,4% al 2% del Pil in 3 anni.

¹²⁷ Come invece sembrano orientate le normative citate, peraltro verso una platea di lavoratori molto limitata, come notato da Megale, *Accordo separato del 22 gennaio 2009. Un grave errore*, in www.nelmerito.com (voce Relazioni industriali).

¹²⁸ L'accordo del 24 aprile 2013, firmato dalla Cgil a differenza del precedente accordo quadro del 17 novembre 2012, si differenzia per il riconoscimento dell'aumento (straordinario) o della modifica (ad esempio mediante turni) dell'orario di lavoro applicato in azienda come indicatore quantitativo di riferimento sulla base del quale quantificare la maggior produttività e non soltanto come una delle misure modificative che devono essere attivate congiuntamente mediante contratto collettivo per ottenere gli sgravi fiscali.

In altri termini attraverso il nuovo accordo le modifiche relative all'orario di lavoro – di dubbia utilità al fine di garantire un utile incentivo della produttività – sono state “sganciate” dalle altre misure previste dall'accordo del 17 novembre 2012 nonché dal regolamento attuativo, evitando di toccare necessariamente altri temi delicati (mutamenti tecnologici *alias* controllo a distanza dei lavoratori, inquadramento e mansioni *alias* mobilità orizzontale, ferie) che in parte sembrano coincidere con le materie dell'art. 8, comma 2, d.l. n. 138 del 2011. V. anche i commi 481 e 482 della legge 24 dicembre 2012, n. 228 e il d.P.C.M. del 22 gennaio 2013 e la circolare ministeriale del 3 aprile 2013, n. 15.

problematica¹²⁹, potrebbe al contempo favorire la diffusione di contratti decentrati, in quanto ciascuna impresa sarebbe stata comunque obbligata dal Ccnl ad erogare una voce retributiva aggiuntiva ai minimi e, per di più, non collegata al proprio andamento economico produttivo¹³⁰.

Il rischio è tuttavia che, ove l'elemento di garanzia risulti di una certa consistenza ed il legislatore non disponga i suddetti incentivi, le aziende siano indotte ad evitare la contrattazione di secondo livello¹³¹ e gli inviti di cui al punto 8 sarebbero sulla carta.

Se fino a questo punto si registra una certa continuità con gli A. I. precedenti, è invece nel modo in cui le parti intendono perseguire l'obiettivo di una maggiore occupazione e produttività che si riscontrano notevoli innovazioni e queste ultime, nel silenzio del testo, devono ritenersi inserite in funzione integrativa ovvero sostitutiva, in caso di contrasto, degli A.I. del 23 luglio e del 20 dicembre 1993 e sostitutiva delle disposizioni degli accordi separati del 2009¹³².

L'A.I. 2011, infine, non menziona esplicitamente un aspetto su cui faceva perno il punto 4.1. dell'A.I. 15 aprile 2009: l'elemento di garanzia retributiva¹³³, secondo cui i contratti collettivi nazionali possono stabilire – come avvenuto pressoché sempre nei recenti e principali tra essi - che sia riconosciuto un importo a favore dei lavoratori che in sede aziendale non percepiscano altro che il trattamento economico del Ccnl.

4.1. La competenza delegata della contrattazione aziendale: mero rafforzamento semantico della regola del *ne bis in idem*.

Si è detto che secondo il punto 3 dell'A.I. 2011 la “contrattazione aziendale” si esercita sulle materie delegate in tutto o in parte dal Ccnl o dalla legge, mentre ai sensi della clausola 2 al Ccnl è demandata “*la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*”.

Rispetto a tale funzione perequativa e uniformante, la funzione derogatoria, riconosciuta a determinate condizioni al contratto collettivo aziendale, si configura come eccezione alla regola, sempre nel rispetto delle condizioni e dei limiti previsti dal contratto collettivo nazionale, almeno secondo il regime ordinario di cui alla clausola 7, primo capoverso dell'Accordo.

¹²⁹ Cfr. Dell'Aringa, *Tra garanzie e produttività*, in *Il sole 24 ore*, 24 gennaio 2009; Santini, *Note sulla riforma della contrattazione*, in www.nelmerito.com.

¹³⁰ Sulla complessità della funzione Pandolfo, *L'accordo quadro sugli assetti della contrattazione collettiva: una regolamentazione in fieri*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 4, 214; sul carattere di incentivo della contrattazione di 2° livello cfr. Tiraboschi, *Le relazioni industriali e di lavoro dopo il protocollo del 22 gennaio 2009*, in *Guida al lav.*, 6, 2009, 32.

¹³¹ Un rischio subito paventato in riferimento al punto 4.1 dell'A.I. 15 aprile 2009, da Bellardi, *Gli incentivi al decentramento della contrattazione: elemento di garanzia, clausole di uscita*, in www.nelmerito.com e Fadda, *La Riforma della contrattazione. Un rischio e una proposta circa il secondo livello*, in www.nelmerito.com.

¹³² Si veda ad esempio il punto 7 dell'A.I. 2011, che si sostituisce al punto 5.1 dell'A.I. 15 aprile 2009.

¹³³ Idea proposta nelle linee guida concordate tra Confindustria, Cisl e Uil il 12 settembre 2008.

Pertanto al Ccnl compete la definizione delle modalità e degli ambiti di applicazione della contrattazione aziendale, la tempistica dei rinnovi, le materie e le voci nelle quali essa si articola, utilizzando le ormai collaudate clausole di rinvio e di specializzazione, in base alle quali non si possono riproporre questioni già negoziate a livello nazionale (c.d. *ne bis in idem*).

È stato sottolineato che l'utilizzo del termine "delega" rappresenterebbe una novità rispetto al Protocollo del 1993 e tuttavia, come osservato, a ben vedere il concetto di delega non era alieno a quello stesso accordo interconfederale, come si evince dalla parte relativa all'istituzione delle R.s.u.

È stato affermato che il riferimento ad una delega di origine legale consentirebbe di ritenere compatibile una funzione derogatoria del contratto aziendale di origine eteronoma, ossia legale, senza violare l'accordo (come ad es. l'art. 8)¹³⁴.

Ad avviso di chi scrive l'affermazione è contestabile, perché la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale è espressamente disciplinata dalla clausola 7, senza fare riferimento alcuno alla legge, bensì solo alle previsioni del Ccnl che, come visto, presentano un assetto che, pur risultando "a geometria variabile", è comunque rimesso alle federazioni nazionali nella determinazione di limiti e procedure.

Solo in riferimento alla regola generale, ossia alla delega di attribuzioni che, come visto, rappresenta la negazione del concorso-conflitto tra contratti di differente ambito applicativo, è ammessa una delega di natura legale.

Secondo un'altra autorevole dottrina, il riferimento ad una delega totale da parte del contratto nazionale esprimerebbe l'intenzione di spostare il baricentro della negoziazione collettiva verso la contrattazione aziendale¹³⁵.

Infatti il riconoscimento della delega "totale o parziale" implicherebbe la possibilità di un concorso di regolamentazione del medesimo istituto da parte di ambedue i contratti collettivi, nazionale e aziendale, anche al di fuori dello specifico esercizio della funzione derogatoria di cui alla clausola 7.

Si tratta di capire se alla nuova formulazione contenuta nella clausole 3 possa essere attribuito un valore diverso e, quindi, sostitutivo delle previsioni del Protocollo del 23 luglio 1993 in tema di assetti contrattuali.

Anche tale deduzione è condivisibile solo in parte, perché la funzione di regolamentazione dei trattamenti minimi collettivi, sia economici che normativi, risulta espressamente attribuita al contratto nazionale dalla clausola precedente (n. 2) e quindi, di converso, non può essere assegnata alla contrattazione aziendale: di conseguenza la delega, parziale o totale, potrà investire trattamenti diversi, nel rispetto della diversità di funzioni.

¹³⁴ Bavaro, *Accordo, azienda e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012, 132.

¹³⁵ Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, 451 ss.

Funzioni che, si ribadisce, quando e nella misura in cui sono “delegate”, a prescindere dall’intensità e dall’ampiezza della delega, non prevedono ed anzi risolvono a monte il concorso-conflitto tra i due contratti, impedendo che sia posta in essere, nel periodo di decorrenza del Ccnl, in ambo i livelli di negoziazione, una diversa regolamentazione delle materie e degli istituti.

In definitiva la diversa formulazione appare meno rilevante di quanto possa sembrare a prima vista, perché dalle clausole 2 e 3 si desume il mantenimento di un assetto contrattuale che, almeno di regola, prevede l’attribuzione di competenze dal livello nazionale¹³⁶, confermando la regola del principio *ne bis in idem*, di non sovrapposizione, sulla stessa materia, da parte dei due livelli contrattuali e casomai rafforzando la centralità delle previsioni contenute nel Ccnl, cui si contrappone come eccezione – sempre pienamente regolata, però, dalla clausola 7 – la funzione derogatoria riconosciuta alle sole R.s.a. o R.s.u., sempre su autorizzazione da parte del contratto nazionale, o comunque rimessa al controllo delle organizzazioni territoriali.

Come si vedrà meglio in seguito, questa affermazione non si pone in contrasto con il riconoscimento alle federazioni nazionali del potere, da parte della clausola 7 dell’Accordo, di determinare l’ampiezza della funzione derogatoria senza alcun limite di materia, perché sussiste una differenza rilevante: la funzione derogatoria presuppone che il trattamento minimo previsto dalla clausola 2 sia stato già dettato, ed opera in riferimento ad esso e quindi, si pone logicamente come eccezione rispetto ad essa.

4.2. L’efficacia soggettiva dell’accordo aziendale (anche derogatorio) nell’A.I. 2011

L’efficacia generalizzata è stata variamente argomentata in dottrina, ora valorizzando l’indivisibilità degli interessi dedotti nel regolamento contrattuale¹³⁷, ora sulla capacità rappresentativa dei sindacati stipulanti¹³⁸, ora sulla legittimazione democratica promanante dall’assemblea dei lavoratori dell’azienda¹³⁹. E anche la posizione della giurisprudenza è ondivaga perché oscilla dall’affermazione dell’efficacia *erga omnes* derivante dall’oggettiva funzione di regolamentazione uniforme¹⁴⁰, a quella che viceversa ritiene che l’ambito di efficacia sia limitata ai soli iscritti alle associazioni stipulanti¹⁴¹, ma in ogni caso resta salvo il dissenso sindacale in omaggio al principio della libertà sindacale.

¹³⁶ Proia, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*..cit., 95-6.

¹³⁷ Dell’Olio, *L’organizzazione e l’azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, 170; Rusciano, *Sul problema della rappresentanza sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 229. Per una efficace, ancorché molto successiva critica Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro, Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2008.

¹³⁸ Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

¹³⁹ Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit.

¹⁴⁰ Cass. 25 marzo 2002, n. 4218; Cass. 15 giugno 1999, n. 5953; Cass. 2 maggio 1990, n. 3607, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 384.

¹⁴¹ Cass. 4 maggio 1994 n. 4295, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 320, Cass. 24 Aprile 1993, n. 4802, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 749 con nota di Lassandari.

Sul dissenso individuale, la Cassazione nel 2004 ha deciso che, solo in caso di contratto aziendale peggiorativo, il dissenso dei lavoratori iscritti al sindacato non firmatario è meritevole di tutela e che in particolare l'efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali sarebbe la regola di carattere generale, in funzione delle esigenze che ne risultano perseguite (tutela di interessi collettivi e inscindibilità della disciplina), la cui eccezione, in omaggio al principio di libertà sindacale, è «che la stessa efficacia non può essere estesa, tuttavia, a quei lavoratori che – aderendo ad un'organizzazione sindacale, diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale – ne condividano l'esplicito dissenso, dall'accordo medesimo, e potrebbero, addirittura, risultare vincolati da un accordo aziendale separato, parimenti diverso»¹⁴².

Già nel Protocollo d'intesa sulla politica dei redditi del 23 luglio 1993, le parti firmatarie auspicavano un intervento legislativo finalizzato ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che fossero espressione della maggioranza dei lavoratori¹⁴³.

Ed oggi le parti sociali accolgono tale invito al punto 4, quarto capoverso, dell'A.I. 2011, laddove si prevede che il contratto aziendale, anche se non sottoscritto da uno o più dei sindacati firmatari dell'A. I., sia vincolante “*per tutto il personale in forza*” se stipulato dalla R.s.u. con il voto favorevole della maggioranza dei suoi membri.

La previsione contenuta nell'A.I. 2011, in ragione della sua natura contrattuale, nulla innova rispetto al passato, in quanto l'Accordo aziendale poteva e può ancora dispiegare efficacia soltanto rispetto ai lavoratori - anche dissenzienti- iscritti a sindacati che abbiano sottoscritto o aderito all'A.I. 2011, ma non verso tutti i lavoratori, non iscritti o iscritti a sindacati che non abbiano firmato l'A.I. 2011¹⁴⁴: l'efficacia del contratto stipulato dalle R.s.u., di per sé andrebbe ancora una volta valutata alla stregua di criteri ordinari e quindi in base ai criteri forniti dal diritto comune¹⁴⁵.

¹⁴² Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 312, nt. Bollani, relativa ad un accordo integrativo aziendale sull'orario di lavoro in deroga al ccnl non sottoscritto da Uil-Trasporti, e più di recente Cass. 23 maggio 2013, n. 12722, in www.bollettinoadapt.it. In dottrina Proia, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, 119 ss. e 167 ss.; in senso contrario, Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001, 264.

¹⁴³ Protocollo 23 luglio 1993, *sub* Rappresentanze sindacali, lett. f).

¹⁴⁴ In questo senso v. F. Carinci, *cit.*, 470, il quale però afferma che “*non è affatto da escludere che, domani, una dottrina, ma soprattutto una giurisprudenza, tentata dal “premiare” una autonomia collettiva rivelatasi matura, possa farla propria, dotandola di quella efficacia di cui è attualmente sprovvista*”.

¹⁴⁵ Analogamente a quanto avveniva in passato: G. Santoro-Passarelli, *La nuova disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali, dopo il referendum*, in Maresca - *Id.* - L. Zoppoli (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quad. arg. dir. lav.*, 1996, 6. Ed ora come allora, nonostante l'altisonante proposito dichiarato al punto 4 dell'A.I. 2011, l'unico argomento per l'estensione *erga omnes* dell'efficacia di un contratto sottoscritto da una R.s.u. resta quello della partecipazione al voto dei lavoratori elettori configurabile come un mandato collettivo di subordinazione della volontà individuale alla volontà della maggioranza dei votanti: cfr. Ghera, *La riforma della rappresentanza sindacale nel Protocollo di luglio e nell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993*, in *ID.*, Bozzao, *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro 1970-1993*, Roma, 1994, 25-26-27; Ferraro, *Morfologia e funzione delle nuove rappresentanze aziendali nell'accordo interconfederale del dicembre del 1993*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, 219; Lunardon, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999, 211; *contra* Bellocchi, *Il contratto collettivo stipulato dalle rappresentanze sindacali unitarie: problemi in tema di efficacia soggettiva*, in *Arg. dir. lav.*, 4, 1997, 288. Sulla questione cfr. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992, 229.

Ad ogni modo, laddove non vi sia alternativa all'unico contratto collettivo applicabile, difficilmente i lavoratori avranno interesse a rifiutare gli effetti del contratto collettivo aziendale, mentre il problema potrebbe porsi, realisticamente, rispetto alle intese modificative di cui al punto 7 dell'A.I. 2011.

Un'interessante novità consiste nel fatto che per la prima volta un accordo interconfederale disciplina le modalità decisionali per l'approvazione del contratto collettivo aziendale stipulato dalle R.s.u.: infatti è espressamente richiesto che, sia pure ai fini dell'attribuzione di efficacia generale al contratto, esso sia approvato “*dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti*”¹⁴⁶.

In tal modo viene colmato il vuoto lasciato dall'art. 7 A.I. del 1993, che si limitava a stabilire che le decisioni relative a materie di competenza delle r.s.u fossero assunte dalle stesse in base ai criteri previsti da intese definite dalle Oo. Ss. dei lavoratori stipulanti l'accordo stesso¹⁴⁷.

Ma v'è di più, perché il presupposto di una decisione a maggioranza ai fini dell'efficacia conferma in modo inequivocabile la natura collegiale della rsu¹⁴⁸.

Al di là della precisazione circa le modalità decisionali, si può in conclusione affermare che il contratto collettivo può considerarsi dotato di efficacia *erga omnes* soltanto ove ciò sia previsto dalla legge¹⁴⁹, e in tal senso è indicativo che il legislatore sia intervenuto in parallelo con le parti sociali, mediante l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, nel testo convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

Oggi, alla luce della novità legislativa, il problema dell'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale prevista dal punto 4 dell'A.I. 2011 si pone in riferimento a quegli accordi aziendali che dovessero esulare dall'ambito applicativo del citato art. 8, comma 1.

In presenza, invece, di R.s.a. costituite *ex art.* 19 della l. n. 300/1970, i contratti collettivi aziendali di cui al punto 4 dispiegano la medesima efficacia verso tutto il personale in forza se approvati dalle stesse R.s.a. in conformità al procedimento previsto al punto 5 dell'A. I. 2011.

La norma non prende in considerazione qualsiasi R.s.a., ma soltanto le R.s.a. costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, “*singolarmente o insieme ad altre*”, risultino destinatarie della

¹⁴⁶ Sia consentita una riflessione: il presupposto dell'attribuzione di efficacia *erga omnes* al contratto collettivo aziendale stipulato dalla R.s.u. risiede nell'approvazione a maggioranza dei componenti dell'organo, regolarmente eletti dal personale dell'azienda, ma detto presupposto risulta essere distorto, nei fatti, dal “terzo riservato” alle liste presentate dalle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva. Un dato pure evidenziato, all'interno di ben più ampie riflessioni, da F. Lunardon, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Le relazioni sindacali nell'impresa, Atti delle giornate di studio AIDLASS*, Copanello, 24-25 giugno 2011, 39-41.

¹⁴⁷ In tal senso l'art. 8 del regolamento per il funzionamento della R.s.u., approvato dal Consiglio generale Unitario Fim, Fiom e Uilm del 19 maggio 1995, ha previsto che le decisioni relative agli atti negoziali di competenza delle R.s.u. siano assunte a maggioranza dei componenti. Sulla questione si veda Ferraro, *Morfologia*, cit., 217; Martinucci, *Principio di maggioranza ed efficacia del contratto collettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 453 e ss.; Ferrante, *Collegialità della r.s.u. e principio di maggioranza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 504 e ss..

¹⁴⁸ Cfr. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, 455.

¹⁴⁹ Soluzione caldeggiata da De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni sindacali italiane*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, 805-6.

maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, con conteggio rilevato e comunicato, questa volta, direttamente dall'azienda.

Tale previsione consolida l'alternativa oggi in atto, in quanto *“dove i tre sindacati vanno d'accordo, si attivano le rappresentanze sindacali unitarie - R.s.u., previste e disciplinate dal protocollo del 23 luglio 1993 (protocollo che è espressamente richiamato e, dunque, per questo aspetto rimane in vigore); dove i tre sindacati non vanno d'accordo, si attivano le rappresentanze sindacali aziendali - R.s.a. previste e disciplinate dall'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori del 1970”*¹⁵⁰.

Queste Oo. Ss., comunque identificate, sarebbero soggetti la cui rappresentatività non è ovviamente misurabile sul dato elettorale, perciò il punto 5 pone una condizione esclusiva di rappresentatività sul dato associativo: si richiede che le R.s.a. siano costituite nell'ambito di associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, detengano una quota maggioritaria delle deleghe dei lavoratori dell'azienda nell'anno precedente, quota che questa volta viene misurata e comunicata direttamente dall'azienda.

Ad ogni modo un aspetto controverso della clausola 5 risiede nella seguente formulazione: *“i contratti collettivi aziendali approvati dalle R.s.a. con le modalità sopra indicate devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle R.s.a. a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa.”*. Non è chiaro infatti se la clausola attribuisca ai lavoratori o alle Oo. Ss. firmatarie dell'A.I. 2011 una facoltà o un obbligo di indire un referendum di ratifica dell'accordo aziendale¹⁵¹.

A sostegno della non obbligatorietà del referendum depone il fatto che l'efficacia generalizzata sia riconosciuta soltanto a quei contratti collettivi aziendali stipulati da R.s.a. costituite nell'ambito di associazioni sindacali destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali.

Ciononostante il tenore letterale della disposizione (*“devono essere sottoposti al voto..a seguito..”*) sembra indicare una fase necessaria del procedimento, anche perché altrimenti la formulazione sarebbe stata diversa e di tipo ipotetico (*“devono essere sottoposti al voto..qualora..”*).

4.3. Le clausole di tregua sindacale: un corollario improntato all'efficacia obbligatoria delle clausole.

¹⁵⁰ Ichino, *cit.*

¹⁵¹ Con maggioranza qualificata (doppio *quorum* del 50%+1), tanto per la validità della consultazione quanto per l'approvazione.

Altro aspetto importante regolato dall'Accordo interconfederale sono le clausole di tregua sindacale, laddove la clausola 6 stabilisce che qualora i “*contratti collettivi aziendali, approvati alle condizioni di cui sopra*”, ossia rispettando le condizioni poste dalle clausole 4 e 5 per l'estensione dell'efficacia degli accordi a tutti i lavoratori iscritti, definiscano “*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 dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori*”.

Fin dagli anni '70 si discuteva sulla riconducibilità di tali clausole alla parte normativa o a quella obbligatoria del contratto collettivo: secondo un'autorevole dottrina il dovere di pace sindacale rappresenterebbe un effetto naturale del contratto collettivo e le clausole di tregua, alla stregua di ogni altra clausola del contratto collettivo, potrebbero vincolare non solo i soggetti collettivi ma anche i singoli lavoratori¹⁵².

Secondo un'altra opinione, invece, le clausole di tregua impegnerebbero i soli soggetti sindacali a non proclamare lo sciopero nell'arco di vigenza del contratto collettivo ma senza vincolare i singoli lavoratori, che resterebbero liberi di esercitare il diritto di sciopero anche in assenza della proclamazione¹⁵³.

Il protocollo del 1993, nel prevedere le cd. clausole di raffreddamento, vincolava evidentemente le sole rappresentanze sindacali e la parte datoriale, che si impegnavano a non assumere iniziative unilaterali, non certo i singoli lavoratori.

Ai sensi dell'accordo del 2011, nella stessa ottica, le clausole di tregua possono vincolare esclusivamente le Rsa, le Rsu e le associazioni sindacali espressione delle confederazioni firmatarie dell'accordo stesso: con la conseguenza che risulta espressamente esclusa l'efficacia nei confronti dei singoli lavoratori delle clausole¹⁵⁴.

In conclusione, la clausola 6 dell'Accordo del 2011 conferma l'appartenenza delle clausole di tregua sindacale alla c.d. parte obbligatoria del contratto collettivo.

¹⁵² F. Santoro-Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (a proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 374. Con la conseguenza che un'astensione dal lavoro durante la vigenza del contratto dovrebbe considerarsi una forma di inadempimento. Si noti che, proprio collocandosi nella prospettiva dell'A., che considerava il diritto di sciopero un diritto a titolarità individuale e quindi non disponibile da soggetti diversi dal lavoratore titolare del diritto si finisce per riconoscere al sindacato che è un soggetto diverso il potere di disporre di un diritto individuale di rango costituzionale qual è il diritto di sciopero.

¹⁵³ Ghezzi, *Il dovere di pace sindacale*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1961, 457-525 e Id. *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963.

¹⁵⁴ Sul punto, tra gli altri, G. Santoro-Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L.148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, 1224 ss., F. Carinci, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, 457 e ss.; Treu, *Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011. L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 613 ss.

Diverso risulta l'atteggiamento assunto dal contratto Newco/Fiat di Pomigliano del 29 dicembre 2011 rispetto alla responsabilità per violazione delle clausole di tregua sindacale ivi previste.

A differenza della clausola 6 dell'Accordo interconfederale, il combinato disposto delle clausole 12 e 9 del contratto di I livello Fiat sembra stabilire anche sanzioni disciplinari nei confronti dei singoli lavoratori in caso di violazione delle clausole di tregua.

Se così fosse, le clausole 12 e 9 inciderebbero sull'esercizio del diritto di sciopero dei singoli lavoratori e, in questa parte, dovrebbero essere considerate nulle¹⁵⁵.

Nella consapevolezza di questa conclusione è stato sostenuto che dette clausole inciderebbero in realtà su comportamenti illeciti, ostruzionistici o di inadempimento dei singoli lavoratori, senza riguardare l'esercizio del diritto di sciopero¹⁵⁶.

Questa ricostruzione, tuttavia, finisce per svalutare la portata delle clausole: come è stato rilevato esse finiscono per non centrare il bersaglio¹⁵⁷ e ci si dovrebbe interrogare sull'effettiva utilità delle stesse, visto che i comportamenti appena descritti possono essere sanzionati disciplinarmente in via ordinaria.

Un ultimo accenno merita il problema della responsabilità per l'eventuale violazione della clausola di tregua da parte delle organizzazioni sindacali che proclamassero ugualmente lo sciopero.

In linea teorica l'inadempimento della clausola di tregua, secondo i principi della responsabilità contrattuale, obbligherebbe il sindacato al risarcimento del danno nei confronti della controparte, ma di fatto la difficoltà di determinare i danni risarcibili e di quantificarli non consente una concreta possibilità di tutela risarcitoria.

Proprio tenuto conto dell'ineffettività della sanzione del risarcimento del danno dovrebbero essere le stesse clausole di tregua a prevedere sanzioni alternative nei confronti dei soggetti sindacali responsabili della loro violazione (ad. es. esclusione dalle trattative, sospensione dei permessi o dei contributi sindacali)¹⁵⁸.

Viene quindi spontaneo chiedersi se in forza della clausola 6 i contratti aziendali possano inserire clausole di tregua simili a quella di responsabilità prevista dal contratto Fiat¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Nella consapevolezza di questa conclusione è stato sostenuto che dette clausole inciderebbero in realtà su comportamenti illeciti, ostruzionistici o di inadempimento dei singoli lavoratori, senza riguardare l'esercizio del diritto di sciopero: De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 807.

¹⁵⁶ De Luca Tamajo, *ibidem*.

¹⁵⁷ L'espressione è di Nogler, *op. cit.*, 325.

¹⁵⁸ Sanzioni di questo tipo, di natura prettamente sindacale, sono previste ad esempio nel settore dei servizi pubblici essenziali in caso di scioperi proclamati in violazione della particolare disciplina dettata dalla legge n. 146 del 1990, come mod. dalla legge n. 83 del 2000.

¹⁵⁹ Clausola 12 del Contratto collettivo specifico di I livello del 29 dicembre 2010. Sulla vicenda FIAT in generale: F. Carinci (a cura di), *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, Milano, 2011; De Luca Tamajo, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 113 ss.; Liso, *Appunti sul alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 331 ss.; Aa. Vv., *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, in *Lav. dir.*, 2011, 2. Sul tema delle clausole di tregua contenute negli accordi FIAT: Ballestrero, *Astuzie e*

Ebbene l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 non preclude ai contratti aziendali di inserire tale clausola se ed in quanto essa preveda l'irrogazione di sanzioni soltanto nei confronti dei soggetti collettivi inadempienti.

Si tratta anche in questo caso di sanzioni che incidono sulle prerogative delle associazioni sindacali e non sui singoli lavoratori, seppur in relazione a comportamenti di quest'ultimi¹⁶⁰. Questa previsione sembra voler garantire un effettivo obbligo di influenza delle associazioni sindacali in ordine ai comportamenti dei lavoratori¹⁶¹.

Se nell'accordo FIAT resta aperto il problema se tale assunzione di responsabilità riguardi i comportamenti dei soli iscritti o anche dei non iscritti, dato il tenore generale della clausola, nell'accordo interconfederale non v'è dubbio che le parti intendano fare riferimento ai lavoratori iscritti ad organizzazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie.

Invece non potrebbero essere inserite nei contratti aziendali, ai sensi della clausola 6 dell'accordo interconfederale le clausole di inscindibilità¹⁶² del contratto Fiat che limitino l'esercizio del diritto di sciopero dei singoli lavoratori in spregio all'art. 40 Cost.; oppure dovrebbe ritenersi che tali clausole siano del tutto inutili qualora se riferite esclusivamente a comportamenti illeciti, perché tali comportamenti ostruzionistici o di inadempimento dei singoli lavoratori potrebbero già essere sanzionati disciplinarmente in via ordinaria.

5. I limiti alla funzione derogatoria secondo la clausola 7: una funzione a “geometria variabile”, che resta pur sempre un'eccezione.

Il regime ordinario di deroga previsto al punto 7 dell'A.I. 2011, primo capoverso, elimina la relazione tra intese modificative e la sussistenza di situazioni di crisi aziendali o di sviluppo economico-occupazionale dell'area. Questi parametri resistono solo in riferimento alla disciplina transitoria¹⁶³, a differenza di quanto previsto dagli Accordi del 2009¹⁶⁴.

ingenuità in clausola singolare, in *Lav. dir.*, 201, 269ss.; Chieco, *Accordi FIAT, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 117/2011*.

¹⁶⁰ La clausola di responsabilità del contratto FIAT nella prima parte, prevede che i “*comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni stabilite dal presente contratto collettivo e i conseguenti diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti all'Azienda dal presente contratto collettivo, posti in essere dalle Organizzazioni Sindacali firmatarie e/o dalle Rappresentanze sindacali aziendali, anche a livello di singoli dirigenti*” siano sanzionati privando le organizzazioni sindacali dei contributi e dei permessi sindacali retribuiti riconosciuti ai componenti degli organi direttivi nazionali e provinciali di ciascuna organizzazione sindacale firmataria.

Nella seconda parte le stesse sanzioni vengono previste per “*i comportamenti, individuali e/o collettivi, dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente Contratto collettivo ovvero a rendere inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso all'Azienda*”.

¹⁶¹ V. sul dovere di influenza delle associazioni di categoria nei confronti dei lavoratori autonomi Maio *La “posizione di garanzia” delle associazioni di categoria nelle ipotesi di astensione dal servizio dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori (nota a App. Roma 31 maggio 2012, n. 2604 e App. Roma 29 maggio 2012, n. 3685)*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 1, 173 ss.

¹⁶² Clausola 9 del Contratto collettivo specifico di I livello del 29 dicembre 2010

¹⁶³ Cfr. Pace, *Relazioni sindacali e contrattazione di II livello*, cit., 716 ss.

In aggiunta, le “intese modificative” fanno riferimento alle “*regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*”: definizione dal significato ambiguo, che potrebbe facilmente essere intesa come più ampia dei “*singoli istituti economici o normativi del contratto nazionale di categoria*”, ai quali faceva riferimento il punto 5.1 dell’A.I. del 15 aprile 2009¹⁶⁵.

Sul punto, è stato sottolineato che *l’accordo rappresenta la normalizzazione della funzione derogatoria*¹⁶⁶ ma a ben vedere l’affermazione, nei termini generali nei quali è posta e in riferimento all’Accordo interconfederale, risulta inesatta.

La deroga prevista e regolata dalla clausola 7 non è sicuramente la regola, perché presuppone un trattamento economico-normativo minimo regolato dal Ccnl, secondo la funzione ad esso attribuita dalla clausola 2 ed inoltre la stessa clausola prevede che i limiti e le procedure per l’esercizio di tale funzione siano determinate dallo stesso contratto collettivo nazionale.

La questione, però, può assumere una diversa configurazione in concreto, dal momento che le federazioni di categoria, al rinnovo del contratto collettivo nazionale potrebbero optare per devolvere materie con estrema ampiezza di contenuti e con estrema libertà di forme¹⁶⁷, non essendo queste delimitate precisamente né nel primo, né nel secondo capoverso della clausola 7.

L’interpretazione del punto 7 dell’A.I. del 2011 sembra in altri termini completamente rimessa alle previsioni del singolo contratto collettivo nazionale, con il limite per cui dette “intese modificative” dovranno avvenire secondo i limiti e le procedure dettate dal Ccnl, allo stesso modo in cui le deroghe erano ammesse “*nella misura ed alle condizioni concordate nei medesimi contratti con particolare riguardo per le situazioni di difficoltà economico-produttiva*” dagli Accordi del 2009¹⁶⁸.

Anche nel regime previsto dal secondo capoverso della clausola 7, saranno le rappresentanze sindacali unitarie o aziendali, d’intesa con le organizzazioni territoriali, a determinare tale ampiezza operativa, ma poco cambia perché lo schema delineato dall’intesa interconfederale assicura il controllo della funzione derogatoria aziendale alla contrattazione di categoria.

Ne deriva, secondo ambedue i capoversi, il riconoscimento di assetti contrattuali “a geometria variabile”, entro i quali la funzione derogatoria può certamente assumere spazi di manovra talmente ampi da rasentare la fungibilità con le regolamentazioni contenute nei Ccnl, ma anche in questo caso tale fungibilità deriverebbe dai singoli Ccnl, e non certo dall’Accordo in generale.

¹⁶⁴ Punto 16 dell’Accordo quadro del 22 gennaio 2009 e punto 5.1, secondo capoverso A.I. 15 aprile 2009: un dato valorizzato da Esposito, Gentile, *Costo del lavoro, competitività delle imprese e nuova struttura della contrattazione collettiva*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 281.

¹⁶⁵ In questo senso Maresca, *Prime interpretazioni del decreto*, in www.ildiariodellavoro.it.

¹⁶⁶ Bavaro, *op. cit.*, 118, fa riferimento, sul punto, a una “normalizzazione” delle deroghe aziendali, come connotato principale dell’accordo.

¹⁶⁷ Come si osserva, ad esempio, come si osserva ad esempio, fuori da Confindustria e quindi anche dall’A.I. 28 giugno 2011, nel rinnovo del CCNL Terziario Commercio-Confesercenti del 2011.

¹⁶⁸ Disattesi però dall’Accordo Fiat di Pomigliano, che è stato stipulato prima dell’art. 4-bis del 29 settembre. L’Articolo non appare conforme, inoltre, ai requisiti previsti dal punto 5.1, secondo capoverso, dell’A.I. 15 aprile 2009, laddove non disciplina i presupposti oggettivi per il subentro e l’efficacia delle clausole.

Peraltro il complesso delle attribuzioni potrebbe rasentare, ma mai raggiungere la fungibilità nella trattazione degli istituti e delle materie, perché ai sensi della clausola 2 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*” e tale garanzia di certezza, che corrisponde ad un obbligo per le federazioni, verrebbe meno qualora la funzione derogatoria fosse autorizzata in modo illimitato.

In tal senso devono essere letti “i limiti e delle procedure”, che devono essere comunque previsti dai ccnl secondo la clausola 7.

In altri termini gli assetti contrattuali delineati dall’Accordo del 28 giugno 2011 in tema di funzione derogatoria rappresentano un sistema di “delega alle deroghe” che, per quanto possa avere ampiezza e intensità variabile, salvaguarda la funzione centrale del Ccnl, deve rispettarne la funzione prevista dalla clausola 2 e rende anche estremamente teorica, oltre che contrattualmente inaccettabile, l’ipotesi in cui il contratto attribuisca la funzione derogatoria senza alcun limite o procedura, fino a rendere ogni clausola del tutto fungibile.

Tutto questo consente di affermare che la deroga, nell’impianto generale dell’Accordo del 28 giugno 2011, rappresenta un’eccezione.

5.1. Su quali materie e fino a quando opera il regime alternativo di deroga previsto dalla clausola 7, secondo periodo?

Il secondo periodo della clausola 7 aggiunge una specifica disciplina per l’ipotesi di assenza, all’interno del CCNL, delle clausole di ammissione di intese modificative, “*ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell’azienda*”.

In tale ipotesi le deroghe da parte dei soggetti sindacali aziendali sono comunque ammesse, ma a differenza del regime ordinario, non sono ammesse in (generico) riferimento a “*singoli istituti economici e normativi*”, bensì esclusivamente rispetto ad istituti contrattuali inerenti la prestazione lavorativa, gli orari e l’organizzazione di lavoro.

In concreto, detta precisazione sconta il prezzo di una notevole vaghezza ai fini della delimitazione degli istituti modificabili.

In particolare è condivisibile l’affermazione secondo cui la prestazione di lavoro realizza l’interesse dell’organizzazione di lavoro, sia attraverso l’orario, che attraverso ogni altro aspetto della disciplina del rapporto di lavoro¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Treu, *Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011. L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 629; Fontana, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (e i suoi avversari). Un commento a caldo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, 327; Bavaro, *Azienda*, cit., 124.

È condivisibile, altresì, la tesi di chi ritiene che la clausola 7 escluda le materie riconducibili alla salute o altri diritti fondamentali, svincolati dall'organizzazione del lavoro¹⁷⁰.

Tra essi, però, pare possa essere individuata solo la retribuzione tabellare prevista dal Ccnl, mentre deve ritenersi che ogni altra voce retributiva sia astrattamente derogabile anche nel regime suppletivo, ovviamente nel rispetto dei limiti previsti dalla normativa legale ed in particolare dall'art. 36, comma 1, Cost.¹⁷¹: sotto questo aspetto, la retribuzione ultra-tabellare attiene alla prestazione di lavoro ed è quindi derogabile.

Alcuni Ccnl escludono espressamente dalle materie derogabili i minimi contrattuali (v. *infra*, all. A) e in tale ipotesi risulta evidente che si fa riferimento sempre ai minimi retributivi tabellari (CCNL metalmeccanici)¹⁷² e che all'inderogabilità di origine legale si aggiunge l'inderogabilità di matrice negoziale.

Inoltre il presupposto degli “investimenti per lo sviluppo economico e occupazionale” è delimitato rispetto agli Accordi del 2009, perché si richiede che essi siano “significativi”, ma soprattutto che siano circoscritti “all'impresa”, per quanto il campo di operatività di tali clausole continui a poter riguardare ogni possibile condizione gestionale, organizzativa e patrimoniale della stessa.

L'esigenza di delimitazione risulta particolarmente pressante in questi casi, proprio perché la derogabilità *in peius* non sarebbe consentita a fronte di ipotesi di grave difficoltà finanziaria o produttiva dell'impresa, bensì anche di sviluppo.

Viceversa, la nozione di “crisi” non è più limitata all'ambito aziendale, ma potrebbe riferirsi anche a crisi settoriali di portata territoriale o nazionale.

Infine, leggendo la formulazione della clausola 7, secondo periodo, “ove non previste ed in attesa dei rinnovi”, potrebbe desumersi che tale disciplina sia transitoria, ossia valida fino al primo momento in cui contratti collettivi nazionali, in sede di rinnovo, abbiano stabilito se ed entro quale misura consentire (o non consentire) la deroga.

Dunque una volta operata questa scelta nel primo rinnovo successivo al 28 giugno 2011, la seconda parte della clausola 7 non potrebbe più trovare applicazione, perché in sede di rinnovo la deroga sarebbe ammessa e regolata, oppure non regolata e non ammessa: così in ogni occasione di rinnovo successiva e per tutti i successivi periodi di decorrenza contrattuale.

Non residuerebbe più spazio, in altri termini, per una deroga a singoli istituti del Ccnl decisa a livello aziendale, perché l'ipotesi di concorso-conflitto tra contratti avrebbe dovuto essere espressamente prevista e regolata a livello centrale.

¹⁷⁰ Angiolini, *Opinione in Aa. Vv., L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, 676.

¹⁷¹ Bavaro, *Azienda.cit.*, 124, che sottolinea l'incongruenza tra l'esclusione della retribuzione e l'espressa ammissione della retribuzione tra le materie derogabili.

¹⁷² Ancora Bavaro, *ivi*, 125.

Tuttavia la disciplina transitoria potrebbe essere in realtà valorizzata come disciplina valida anche oltre i primi rinnovi contrattuali di livello nazionale, per tutti i casi di “silenzio” del contratto nazionale vigente in ordine alla possibilità di deroga da parte di quello aziendale.

Infatti, le condizioni stabilite dal secondo periodo della clausola 7, “*ove non previste*” ed “*in attesa dei rinnovi*”, potrebbero anche essere lette disgiuntamente, con conseguente applicabilità della disciplina anche dopo i rinnovi contrattuali, laddove i contratti nazionali rinnovati non avessero disposto in ordine alle deroghe¹⁷³, come criterio suppletivo e non solo transitorio.

Un regime così configurato varrebbe fino al momento in cui le parti sociali nazionali non ritengano i tempi maturi per consentire e regolamentare la facoltà di deroga per le sole rappresentanze aziendali, nei più ampi presupposti tracciati dal punto 7 dell’A.I. 2011 per modificare il contenuto dei futuri Ccnl, con la garanzia, quantomeno, dell’informazione e del controllo da parte delle organizzazioni sindacali territoriali di categoria, ontologicamente più propense a coordinarsi alle linee direttive dell’associazione nazionale cui aderiscono: per l’interpretazione del significato pratico, invero ambiguo, di codesto “obbligo di intesa”, nonché per la necessità del consenso unanime delle organizzazioni sindacali, si rinvia all’approfondimento del paragrafo successivo.

Quindi il potere per le Rappresentanze dell’azienda di derogare al Ccnl anche in assenza di regolamentazione centrale delle intese modificative varrebbe anche oltre i primi rinnovi successivi alla stipula dell’Accordo del 28 giugno 2011 e fino al momento in cui il Ccnl non regoli espressamente le deroghe ai propri trattamenti, ma a condizione di avere il *nulla osta* delle Oo. Ss. territoriali. La vigenza di un contratto collettivo che non regoli le ipotesi di deroga da parte delle rappresentanze aziendali non impedirebbe ad esse di operare deroghe d’intesa con le organizzazioni territoriali.

Tale possibilità sarebbe preclusa solo una volta regolate le ipotesi di ammissibilità delle “intese modificative” a livello nazionale, perché in tale occasione il CCNL, nel regolamentare tali intese, dovrebbe fornire espressa indicazione dei limiti e delle procedure per l’applicazione delle stesse.

Questa sembra l’interpretazione più corretta, perché idonea a rendere immediatamente operativo il disposto della clausola 7, nonché ad evitare gli effetti paralizzanti che potrebbero conseguire:

- dalla mancata previsione di deroghe, di limiti e procedure delle stesse da parte dei contratti collettivi nazionali, alla quale altrimenti dovrebbe attribuirsi il significato di un divieto assoluto di legittimazione alle deroghe per le rappresentanze sindacali facenti capo alle federazioni firmatarie del Ccnl stesso;
- dal generico richiamo alla clausola 7 dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011, cui altrimenti dovrebbe attribuirsi il significato di una generica ed illimitata autorizzazione alla

¹⁷³ In questo senso Liso, *Osservazioni...cit.*, 14.

stipula di specifiche intese modificative di regolamentazioni contenute nei Ccnl. Nella trattazione successiva (*infra*, Appendice, D) si avrà modo di osservare come nell'applicazione pratica i contratti collettivi nazionali successivi all'accordo non sono risultati sempre precisi sul punto.

5.2. Sull'obbligo di intesa con le organizzazioni sindacali di livello territoriale: l'unanimità come "meccanismo di sicurezza" fino alla regolamentazione nazionale.

Dall'interpretazione letterale dell'art. 5 dell'A.I. del 20 dicembre 1993 (*"la R.S.U. e le competenti strutture territoriali possono stipulare il contratto collettivo aziendale"*) non era dato comprendere se le R.s.u. potessero stipulare contratti collettivi aziendali, oltre che congiuntamente con i sindacati territoriali, anche disgiuntamente dai medesimi.

Da un lato, lo stesso disposto di cui all'art. 7 dell'Accordo del 1993¹⁷⁴, insieme all'attribuzione di rilevanza centrale al principio elettorale di legittimazione rappresentativa rispetto a quello associativo¹⁷⁵, sembravano escludere un obbligo di stipulazione congiunta da parte di tutti i soggetti legittimati alla trattativa; dall'altro, si segnalava l'esigenza di salvaguardare la coerenza del sistema di relazioni sindacali mediante la contitolarità del potere contrattuale¹⁷⁶.

Esigenza soddisfatta dall'A.I. 15 aprile 2009, laddove (punto 3.5) si prevedeva a scanso di equivoci che l'accordo di II livello dovesse essere sottoscritto congiuntamente dalle R.s.u. costituite in azienda e dalle strutture territoriali delle Oo. Ss. stipulanti il contratto nazionale.

Di converso, il punto 5.1. dello stesso accordo riconosceva alle parti sociali territoriali un potere esclusivo di deroga alle disposizioni contenute nei Ccnl a fronte di crisi aziendali, determinando un illogico (e mai seguito) scompensamento operativo, determinato dalla "esautorazione" delle R.s.u.

La contitolarità oggi può senz'altro escludersi rispetto ai punti 4 e 5 dell'A.I. 2011, che qualificano i contratti stipulati da Rappresentanze sindacali unitarie o aziendali - e non gli accordi a firma congiunta - come i normali destinatari del rinvio da parte dei contratti collettivi nazionali.

¹⁷⁴ Secondo cui *"le decisioni relative a materie di competenza delle R.S.U. sono assunte dalle stesse in base ai criteri previsti da intese definite dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori stipulanti il presente accordo"*, suggerendo quindi un criterio di legittimazione a negoziare più che un obbligo di stipulazione congiunta. In giurisprudenza v. A. Milano 4 marzo 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 1; A. Milano 1 agosto 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 496; ma già in tal senso sembrava deporre la stessa Intesa quadro Cgil-Cisl-Uil del 1° marzo 1991, parte IV, lett. n), nel prevedere che le R.s.u. svolgessero le attività negoziali *"con il concorso e il sostegno dei sindacati di categoria"* per le materie proprie del livello aziendale, ma senza richiedere la loro esplicita approvazione come condizione necessaria. Sulla questione, più approfonditamente, cfr. Mariucci, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 2, 241-246.

¹⁷⁵ Da cui deriverebbe l'attribuzione di un potere contrattuale autonomo in capo alla R.s.u., quale conseguenza immediata della qualificazione del mandato elettorale come fonte rappresentativa degli eletti. Cfr. Manganiello, *Verso l'istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale: la disciplina negoziale delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, 446.

¹⁷⁶ App. Milano, 18 febbraio 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 1, 287; Trib. Milano 14 novembre 2008 e 17 febbraio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1, 124-5.

I soggetti sindacali territoriali sono invece espressamente menzionati nel punto 7 dell’A.I. 2011, in tema di intese modificative ad una serie di istituti del Ccnl nazionale, ove si prevede un intervento delle stesse “*d’intesa*” con le R.s.u.

Occorre anzitutto comprendere se la stipulazione “*d’intesa*” si sostanzia in un vero e proprio obbligo di contitolarità negoziale o, piuttosto, in un obbligo di espresso parere positivo o di assenza di veto da parte di tali organizzazioni.

Un primo interrogativo è connesso al fatto che l’espressione “*d’intesa*” potrebbe indicare un obbligo di firma congiunta, come “*intesa nel contrarre*” (contratti stipulati *d’intesa*, e cioè insieme con le organizzazioni territoriali), ma potrebbe anche indicare la necessità di un parere conforme (*nulla osta*) da parte dei soggetti sindacali territoriali, come generica intesa “*a contrarre*” (contratti stipulati con l’intesa delle organizzazioni, ossia con il loro assenso), o ancora, in senso leggermente meno incisivo, la necessità di non ricevere l’espresso rifiuto a contrarre da parte di tali associazioni¹⁷⁷.

La formulazione della clausola 7 non sembra idonea ad indicare un obbligo di contitolarità negoziale, perché sarebbe stato sufficiente elidere il termine “*d’intesa*” (“contratti stipulati con le organizzazioni territoriali) per raggiungere lo stesso effetto.

A ben vedere, tuttavia, qualsiasi interpretazione si adotti, è certo che:

- il parere delle Oo. Ss. territoriali deve ritenersi vincolante, dovendosi altrimenti ritenere del tutto priva di significato la scelta del termine “*intesa*”, che indica una concorde volontà;
- in capo alle parti aziendali stipulanti è posto un dovere di informazione a favore delle organizzazioni territoriali, che nel caso del datore di lavoro potrebbe comportare l’applicazione dell’art. 28 St. lav., se violato;

Ad ogni buon conto la funzione ricognitiva e di controllo assegnata al livello contrattuale territoriale è evidente e pone l’ulteriore interrogativo circa la necessità che le organizzazioni territoriali firmatarie manifestino il proprio assenso all’unanimità o meno sulle intese modificative aziendali: si tratta di un interrogativo di non poco momento, considerata l’esperienza, di poco precedente, dei contratti collettivi nazionali (chimici) e aziendali separati.

Si potrebbe ritenere necessario il parere conforme di tutte le organizzazioni territoriali, in considerazione del riferimento alle organizzazioni territoriali “*firmatarie del presente accordo* (interconfederale)”, dunque corrispondenti alle tre sigle, sebbene ad avviso di altri interpreti né tale elemento, né l’Accordo nel complesso, implicitamente, consentano di giungere a tale conclusione¹⁷⁸.

¹⁷⁷ In senso ancor più blando depone l’interpretazione fornita da Tosi, *L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1218 e Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, L. n. 148/11, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, 1, 39, secondo cui la clausola 7, secondo periodo assegna ai soggetti sindacali territoriali meri compiti di supporto o assistenza nella negoziazione.

¹⁷⁸ Proia, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di) *Contrattazione*..cit., 102.

La prima interpretazione, oltre ad essere supportata dal dato letterale, risulta più in linea con la natura transitoria della disciplina di tale regime derogatorio, che opera fino al momento in cui le intese modificative non siano state approvate dal contratto collettivo nazionale, e definite nei limiti e secondo le procedure ivi previste¹⁷⁹.

La clausola 7, secondo periodo, non indica un generico obbligo “d’intesa con organizzazioni territoriali firmatarie del presente accordo”, e cioè con una o più tra esse, indistintamente, bensì con “*le organizzazioni territoriali firmatarie del presente accordo*”, ossia le tre organizzazioni, nessuna esclusa.

L’unanimità delle organizzazioni territoriali, nel regime suppletivo, rappresenta una soluzione preferibile anche a livello sistematico perché è l’unica che consente di evitare che, nell’assenza di una regolamentazione nazionale, possano essere stipulati contratti collettivi aziendali in deroga, suscettibili, ai sensi delle clausole 4 e 5¹⁸⁰, di dispiegare efficacia generalizzata *ex contractu*, ossia verso tutti i lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie, in assenza di regolamentazione a livello nazionale.

6. L’asimmetria tra l’efficacia generale del contratto aziendale e la (mancata) regolamentazione del dissenso a livello nazionale nel testo dell’accordo del 28 giugno 2011.

Si è detto che la clausola 1 dell’A.I. del 28 giugno 2011 affida al CNEL l’elaborazione degli indici di rappresentatività delle organizzazioni di settore in base ad una media tra il “dato associativo”, cioè il numero di deleghe conferite dai lavoratori alle imprese per il versamento delle quote di iscrizione a ciascun sindacato, fornito dall’Inps, e il dato relativo ai consensi ottenuti sul totale dei voti espressi nelle elezioni periodiche delle R.s.u. del settore di riferimento, fornito dalle confederazioni e rinnovato ogni tre anni, e in questo senso si osserva un’analogia con le previsioni programmatiche del punto 17 dell’Accordo Quadro separato del 22 gennaio 2009¹⁸¹.

È però curioso osservare che l’Accordo interconfederale attuativo nel settore industriale, del 15 aprile 2009, nell’auspicare uno specifico accordo interconfederale “*per rivedere ed aggiornare le regole pattizie che disciplinano la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro*”, (punto 7.1), non si riferiva evidentemente alla contrattazione collettiva nazionale, ma a quella aziendale¹⁸², il che

¹⁷⁹ G. Santoro-Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L.148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1244.

¹⁸⁰ Alle quali la clausola 7 rinvia per l’attribuzione di efficacia soggettiva generalizzata: ai sensi della clausola 7 le “*intese modificative così definite esplicano l’efficacia generale come disciplinata nel presente accordo*”.

¹⁸¹ Punto 17 A.Q. 2009: “*Salvo quanto già definito in specifici comparti produttivi, i successivi accordi dovranno definire, entro 3 mesi, nuove regole in materia di rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo, ivi compresa la certificazione all’INPS dei dati di iscrizione sindacale*”.

¹⁸² Cfr. F. Carinci, *L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, 466.

avrebbe avuto maggior senso allora come oggi, alla luce del potenziamento della contrattazione aziendale operato.

Tuttavia tale clausola, che pure sembra poco pertinente rispetto alle clausole successive, rileva sotto due aspetti, uno squisitamente politico-sindacale, l'altro tecnico-giuridico: sotto il primo profilo la clausola 1 rappresenta probabilmente il corrispettivo richiesto dal sindacato storicamente più forte in termini associativi, la Cgil, per riaffermare il proprio peso in cambio della rimozione di un *totem* da sempre difeso, ossia l'inderogabilità del contratto collettivo nazionale da parte dei contratti di livello inferiore e specialmente aziendali, tenacemente difesa in sede categoriale ed intercategoriale nel triennio precedente.

A livello tecnico, l'intervento delle parti sociali corrisponde alla trasposizione, seppure in via meramente pattizia e non legale, dei criteri di rappresentatività propri del lavoro pubblico¹⁸³, perché è posto il requisito del raggiungimento di una soglia minima di rappresentatività del 5% per l'accesso alla trattativa negoziale di livello nazionale nel campo dei rapporti di lavoro privatistici.

Tale soluzione, se da un lato si inserisce in un dibattito dottrinale ampiamente discusso¹⁸⁴, dall'altro costituisce lo sviluppo di un'impostazione sulla quale le stesse parti sociali oggi firmatarie si erano già ritrovate concordi non molti anni or sono¹⁸⁵ e potrebbe rilevare in qualche misura per l'individuazione della nozione di "sindacato comparativamente più rappresentativo" presa in considerazione talvolta dal legislatore¹⁸⁶.

Ad ogni modo l'A.I. del 28 giugno 2011, nello stabilire soltanto una soglia minima di rappresentatività per la legittimazione a negoziare, non prevedeva alcun requisito quantitativo per la conclusione del contratto collettivo nazionale di categoria¹⁸⁷, diversamente da quanto previsto dalla legge per la negoziazione collettiva di comparto con l'ARAN¹⁸⁸

¹⁸³ Art. 43, comma 1, d. lgs. n. 165/2001. Nella versione originaria dell'A.I del 2011, ossia prima della rettifica del 14 luglio 2011, il requisito minimo consisteva nel superamento della soglia minima del 5%. Sostiene il passaggio da un sistema di rappresentatività, del tutto astratto ed ipotetico, ad un principio di rappresentanza certificata, basata su dati certi e concreti, Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in *Lav. giur.*, 2011, 7, 654-5.

¹⁸⁴ G. Santoro-Passarelli, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale. Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato. Atti delle giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989*. Milano, 1990 e Romagnoli, *Riprogettare la rappresentatività*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1989, I, 248 e Ichino, *A che cosa serve il sindacato?* Milano, Mondadori, 2005. Da ultimo v. Aa. Vv., *La struttura della contrattazione collettiva: quale riforma? Un dibattito tra giuslavoristi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 257 ss.; Magnani, *La struttura della contrattazione collettiva: serve una legge? Spunti di riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 967 e Ferraro, *La riforma del sistema contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 31 ss..

¹⁸⁵ Cfr. l'Accordo intersindacale sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil il 7 maggio 2008 e la precedente bozza della proposta di riforma contrattuale recante le stesse firme del 13 febbraio 2008, laddove si auspicava l'uniformazione delle regole della rappresentanza nel lavoro pubblico e nel lavoro privato attraverso criteri di commisurazione del consenso associativo (tramite certificazione INPS) ed elettorale (votazioni R.s.u.) pressoché identici a quelli dell'A.I. 2011. Un aspetto sottolineato da Magnani, *Intervento* in Aa. Vv., *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, 370.

¹⁸⁶ Santoni, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, 87.

¹⁸⁷ Ichino, *Si volta pagina nel rapporto sindacati-imprese*, in www.lavoce.info.

¹⁸⁸ Art. 43 comma 3 d. lgs. 30 marzo 2011, n. 165.

Emerge l'inidoneità dell'Accordo del 28 giugno 2011 a risolvere un problema essenziale, concernente la possibilità che si verifichi ancora – come in effetti si è verificato nel settore metalmeccanico nel 2013 – che un contratto collettivo nazionale non sia sottoscritto da tutte le federazioni di categoria aderenti alle confederazioni firmatarie dell'Accordo interconfederale stesso.

V'è di più: nei termini in cui è stato sottoscritto e successivamente ratificato il 21 settembre 2011, l'Accordo non precludeva, almeno in teoria, la stipulazione di un contratto collettivo nazionale non soltanto separato, ma anche minoritario – in termini di media tra iscritti e voti nelle elezioni delle R.s.u. - nel settore¹⁸⁹. Dati, peraltro, ancora non disponibili a distanza di pochi mesi dalla stipula dell'intesa.

Sussiste un'asimmetria regolativa rilevante tra la regolamentazione del dissenso a livello aziendale - rispetto cui le clausole 4 e 5 disciplinano in modo chiaro i meccanismi di estensione dell'efficacia del contratto aziendale, valida anche per le deroghe - e la regolamentazione del dissenso tra le federazioni a livello nazionale, poiché la clausola 1, almeno fino all'attuazione dell'accordo del 31 maggio 2013, non attribuisce né pone requisiti per un'efficacia generalizzata del contratto collettivo nazionale¹⁹⁰.

Infatti in tali ipotesi si potrebbe avere una legittimazione alla stipula di intese modificative del contratto collettivo nazionale, secondo la clausola 7, primo capoverso, che non proviene da un contratto collettivo nazionale unitario, bensì stipulato solo da alcune tra le organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie.

È il caso dell'accordo dell'industria metallurgica Pometon, siglato il 14 marzo 2013 a Maerle (VE) nel settore metalmeccanico tra l'azienda e l'organizzazione territoriale Fim-Cisl¹⁹¹, per 177 lavoratori, con importanti deroghe a livello economico (riduzione della quattordicesima e delle maggiorazioni per i nuovi assunti con doppio regime strutturale, cancellazione di nove giornate di permessi aggiuntivi retribuiti) e normativo (modifiche dei turni e dell'orario di lavoro) richiamandosi all'accordo interconfederale, ma in applicazione del Ccnl metalmeccanici del 5 dicembre 2012, ancora non firmato dalla Fiom.

Il contrasto a livello di federazione si è tradotto in una resistenza ad oltranza dell'organizzazione territoriale e della Rsa Fiom-Cgil a firmare l'accordo, anche a seguito dell'approvazione da parte della maggioranza delle Rsa (Fim e Uilm) presenti in azienda e da parte della maggioranza dei lavoratori (oltre l'80% su referendum).

¹⁸⁹ F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, op. cit., 470.

¹⁹⁰ Infatti la clausola 1 dell'A.I. 28 giugno 2011 si limita a porre l'obbligo di escludere all'avvio delle trattative i soggetti che non raggiungano una rappresentatività minima di almeno il 5% dei lavoratori come media ponderata tra il dato elettorale e il dato associativo, che non equivale a un obbligo di ammettere alle trattative tutti coloro che raggiungano tale soglia.

¹⁹¹ Disponibile su www.fim.cisl.it

L'episodio, oltre a dimostrare che l'efficacia e funzionalità dell'Accordo del 28 giugno 2011, come di ogni accordo interconfederale, “*dipendono anzitutto dallo stato di salute dei rapporti tra le confederazioni sindacali e tra di esse e le proprie articolazioni organizzative*”¹⁹², evidenzia un problema pratico non irrilevante.

Infatti mediante la clausola 1 dell'Accordo interconfederale le parti si sono impegnate a misurare la rappresentatività delle Organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria al solo fine di attribuire la legittimazione a negoziare ai sindacati la cui rappresentatività superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro.

Requisito che non assicurava che il contratto collettivo nazionale fosse stipulato unitariamente da tutte le federazioni facenti capo alle confederazioni firmatarie dell'accordo, evitando la stipula dei cd. contratti separati.

Così come il testo dell'accordo interconfederale non assicurava, come nel settore pubblico grazie ad una norma di rango legale, che il contratto collettivo nazionale fosse sottoscritto da soggetti sindacali dotati di rappresentatività superiore alla metà dei lavoratori della categoria.

Né assicurava che esso corrispondesse, quantomeno, alla metà dei lavoratori aderenti al complesso delle sigle firmatarie, come espressione di un principio maggioritario.

Il contratto collettivo nazionale, in virtù delle previsioni di tenore acquisitivo ivi contenute (si pensi al rinnovo della parte economica) potrebbe giungere ad applicarsi a tutti i lavoratori già sul piano dell'effettività: è ben nota la pratica dell'accettazione a titolo di acconto, ma essa non è destinata a reggere sul lungo periodo, qualora il sindacato dissenziente non abbia la forza necessaria ad assicurarsi la stipula, successivamente, del contratto stesso: prova ne sia il CCNL separato dei metalmeccanici, non firmato dalla Fiom nel 2009 e non firmato neppure nel 2013.

Questo stato di cose, con l'avanzare del tempo, conduce all'impossibilità, per i lavoratori iscritti al sindacato dissenziente sul piano nazionale, di selezionare le clausole che pure essi, mediante il proprio sindacato, non avrebbero accettato, quali potrebbero essere, ad esempio, quelle che autorizzino alla deroga il contratto collettivo aziendale in conformità alla clausola 7¹⁹³.

¹⁹² Proia, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., 2012, 103. Cfr. già Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, 630.

¹⁹³ Come è stato sottolineato da G. Santoro-Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, 487 ss., “*in presenza di un nuovo contratto collettivo nazionale stipulato soltanto da alcuni sindacati, i lavoratori non iscritti al sindacato stipulante possono rinunciare all'applicazione della nuova disciplina collettiva e accontentarsi dei minimi di legge (ipotesi assai improbabile) o accettare tacitamente o per comportamento concludente o espressamente, o in virtù della clausola di rinvio, in questo caso valido perché ad oggetto determinato, tutte le clausole e non solo quelle più favorevoli del nuovo contratto collettivo non sottoscritto dal loro sindacato e quelle retributive a titolo di acconto*” e ciò anche nel caso in cui l'accordo sia meramente modificativo ossia lasci in vigore il contratto precedente con un contenuto parzialmente difforme, perché il lavoratore “*non potrà rivendicare il trattamento previsto dalla clausola sostituita perché ormai non più in vigore*”.

A prescindere da questa considerazione, nonostante la giurisprudenza persista nell'affermare che, di regola, i contratti collettivi aziendali sono “applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo e potrebbero addirittura essere vincolati da un accordo sindacale separato”¹⁹⁴, sembra a chi scrive che questo principio non possa ritenersi applicabile ai lavoratori iscritti ad organizzazioni dissenzienti, ma aderenti a una delle Confederazioni firmatarie dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Infatti, in base all'accordo unitario del 28 giugno 2011, le Confederazioni si sono impegnate ad assicurare che le organizzazioni sindacali che ad esse fanno capo rispettino le previsioni previste nell'accordo stesso, tra le quali campeggia l'estensione dell'efficacia del contratto collettivo aziendale – sia esso derogatorio o meno.

E così, stando al testo dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, il contratto collettivo aziendale in deroga, qualora rispetti le clausole 4 e 5¹⁹⁵, potrebbe dispiegare effetti anche rispetto ai lavoratori iscritti al sindacato che non ha firmato né il contratto nazionale, né ha approvato quello aziendale tramite i propri membri R.s.u. o le proprie R.s.a. ma che, comunque, ha preso parte alle modalità di verifica del consenso ivi previste.

E pure la partecipazione del lavoratore, ancorché iscritto a un sindacato dissenziente, alla procedure di elezione dei rappresentanti sindacali delle R.s.u. o al referendum per l'estensione dell'efficacia del contratto stipulato da una o più R.s.a., potrebbe valere a rendere a lui applicabile il contratto collettivo aziendale in deroga in virtù della tacita accettazione delle regole previste dall'Accordo.

Coloro che non potrebbero mai essere vincolati dall'Accordo sono quei lavoratori iscritti a sindacati dissenzienti e non aderenti alle cinque Confederazioni firmatarie (Cgil, Cisl, Uil, Ugl e Cisl).

In altri termini, il principio dell'inapplicabilità del contratto collettivo aziendale ai lavoratori iscritti a sindacati dissenzienti, affermato dalla giurisprudenza, non sarebbe applicabile ai lavoratori iscritti ad organizzazioni aderenti a una delle Confederazioni firmatarie dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, perché secondo le regole dettate dall'accordo l'estensione dell'efficacia del contratto aziendale varrebbe a prescindere da “chi” provveda a stipulare il contratto collettivo nazionale da parte dell'organizzazione sindacale di riferimento.

¹⁹⁴ Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 5; Cass. 18 aprile 2012, n. 6044, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 4, 509; adesivamente Cass. 23 maggio 2013, n. 12722, inedita p.q.c., in virtù della tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale e, talora, della inscindibilità della disciplina, che ne risulta, affermate da Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, in *Foro it.* 2003, I, 443 e 15 giugno 1999, n. 5953, in *Lav. giur.*, 2000, 439, con nota di Girardi. *Contra*, in passato, v. Cass. 24 febbraio 1990 n. 1403, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 504.

¹⁹⁵ Ossia mediante approvazione da parte della maggioranza dei membri della R.s.u. o delle R.s.a. destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda.

Questo problema non può essere risolto mediante la clausola 7, secondo capoverso, in riferimento all'ipotesi in cui le intese modificative non siano previste, qualora il contratto collettivo aziendale sia stipulato dalle *“Rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale”*, perchè anche in questo caso è facile ipotizzare il dissenso di una o più delle organizzazioni territoriali, che tenderebbero facilmente a coincidere con la sigla che non ha firmato il contratto collettivo nazionale.

Risultava evidente che tale problematica avrebbe potuto essere risolta solamente assicurando che il requisito della rappresentatività minima valesse anche per la stipula del contratto collettivo nazionale, come avviene nel settore pubblico ma secondo una regola concordata tra le parti negoziali.

6.1. L'accordo unitario di Confindustria del 31 maggio 2013: un'influenza solo parziale sul problema del dissenso.

In tal senso è intervenuto l'accordo interconfederale del 31 maggio 2013 in tema di rappresentatività e contrattazione nazionale, la cui struttura obbligatoria si può suddividere in tre parti, tra loro espressamente dichiarate inscindibili dai soggetti firmatari:

- nella prima parte (voce Misurazione della rappresentatività, punti 1-5) sono indicati i criteri riconosciuti dalle confederazioni per la misurazione della rappresentatività prevista dal punto 1 dell'accordo 28 giugno 2011, per consentire l'ammissione alla contrattazione collettiva nazionale delle federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie che raggiungano il 5% *“come media semplice fra la percentuale degli iscritti (sulla totalità degli iscritti) e la percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle RSU (sul totale dei votanti)”* (punto 5). Su questo aspetto valgano due considerazioni: in primo luogo la media tra il dato associativo e il dato elettorale favorirà di per sé le R.s.u. a scapito delle R.s.a. in quanto solo il sindacato dotato di R.s.u. beneficerà della media tra i due dati, mentre un sindacato privo di R.s.u. vedrà dimezzato il proprio peso, basando la misurazione del consenso soltanto sul numero delle deleghe. Risulta evidente e connaturato alla natura negoziale dell'Accordo il fatto che le parti firmatarie intendano fare riferimento solamente alla totalità degli iscritti ai sindacati firmatari. La funzione di tale misurazione è quindi quella di testare i rapporti di forza tra le federazioni delle confederazioni firmatarie o aderenti all'intesa (Cgil, Cisl, Uil, Ugl e Cisl) e non quella di misurare il peso delle federazione all'interno di ogni categoria
- la seconda parte (voce Misurazione della rappresentatività, punti 6-7) emerge l'impegno dei sindacati stipulanti a rafforzare quanto previsto già dall'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 (punto 8 clausola di salvaguardia), mediante l'espressa rinuncia a costituire R.s.a. per le organizzazioni firmatarie dell'intesa che partecipino alla procedura di elezione

delle Rsu, che ne abbiano già costituite e che ne costituiscano. Rilevano poi la conferma dell'elezione delle R.s.u. con voto proporzionale - senza esplicitare però il superamento del terzo riservato - ed infine l'espressa volontà delle parti firmatarie di subordinare il passaggio alle elezioni delle R.s.u. *“solo se definito unitariamente dalle Federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie”*, che denota l'evidente intento di controllare – con potere di veto per ciascuna federazione - l'accesso al canale elettivo di misurazione della rappresentatività per soggetti sindacali che aderiscano successivamente all'accordo e conferma la volontà delle sigle confederali di non aprire lo strumento delle R.s.u. a qualsivoglia organizzazione sindacale.

- nella terza parte (Titolarità ed efficacia della contrattazione), sono disciplinate le procedure per la stipula del contratto collettivo nazionale. In particolare si prevede che le Federazioni delle Oo. Ss. firmatarie dell'accordo che abbiano la rappresentatività minima e ponderata del 5% potranno procedere – per ogni c.c.n.l., a definire le modalità di definizione della piattaforma contrattuale e della delegazione per esse trattante con proprio regolamento (punti 1-2).

Sono dunque le delegazioni i soggetti abilitati a presentare le proprie piattaforme ed è stabilito che le Oo. Ss. favoriscano - senza alcun obbligo reciproco e nel rispetto della libertà ed autonomia di ciascuno – la presentazione di piattaforme unitarie.

Viceversa Confindustria si impegna a garantire che le associazioni datoriali aderenti si impegnino a favorire, in ogni categoria, che la negoziazione si avvii sulla base di una piattaforma presentata da organizzazioni sindacali (rectius: da delegazioni di organizzazioni sindacali) che abbiano nel settore un livello complessivo di rappresentatività pari al 50%+1.

In ogni caso, una volta presentate le piattaforme e raggiunto un accordo sulle stesse, il punto 3 prevede una preventiva *“consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice”* da parte delle Oo. Ss. a seguito della quale, qualora i contratti collettivi nazionali di lavoro siano sottoscritti da federazioni dotate di una rappresentatività pari al 50%+1, tali contratti *“saranno efficaci ed esigibili”*.

Il punto 4 prevede che *“Il rispetto delle procedure sopra definite comporta, infatti, oltre l'applicazione degli accordi all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici, la piena esigibilità per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie la presente intesa. Conseguentemente le parti firmatarie e le rispettive Federazioni si impegnano a dare piena attuazione e a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi così definiti”*.

Esistono da queste sede i dubbi interpretativi che possono derivare dal riferimento al *“settore”*, ma giova sottolineare le problematiche connesse all'insistenza di più contratti collettivi nella medesima unità produttiva, che apre il problema della doppia misurazione,

all'individuazione del "settore" dal lato imprenditoriale, nonché la particolare complessità dell'*iter* di stipulazione. Tali considerazioni vanno unite a una serie di incertezze riguardanti non solo la base di calcolo della rappresentatività su base associativa, ma anche la mancata indicazione dei periodi di riferimento entro i quali misurare con certezza la rappresentatività su base associativa¹⁹⁶ e la sua interazione con il dato elettorale, su cui la clausola 1 dell'accordo del 28 giugno 2011 si limita a precisare che le elezioni delle R.s.u. sono da rinnovare ogni tre anni.

Si tratta di comprendere se attraverso queste disposizione le parti abbiano inteso porre in essere una procedura per la stipulazione dei contratti collettivi nazionali di Confindustria di tipo **esclusivo**, al mancato rispetto della quale conseguirebbe l'obbligo reciproco di non addivenire alla stipula del contratto, o se invece l'intento delle parti sia soltanto quello definito al punto 4, secondo cui il contratto collettivo nazionale che rispetti tutti i requisiti si applichi a tutti i lavoratori e vincoli tutte le organizzazioni aderenti alle confederazioni firmatarie, ponendo in essere una procedura di tipo **aggiuntivo o qualificato**.

Quest'ultima sembra essere l'interpretazione preferibile in base al testo dell'intesa, il cui punto 4, che pur fa riferimento al solo rispetto delle procedure (il che potrebbe implicare il riferimento ai soli punti 1 e 2, ma non al 3, che attiene all'efficacia del contratto collettivo nazionale stipulato da soggetti rappresentativi al 50%+1) si ricollega al punto 3 a titolo di precisazione: nel punto 4 si legge "infatti", a continuazione del punto precedente, e quindi l'esigibilità di cui al punto 3 viene specificata al punto successivo.

Con la conseguenza che la stipula di un contratto collettivo nazionale da parte di soggetti privi della rappresentatività al 50%+1 non risulterebbe impedita dall'accordo interconfederale, ma non potrebbe beneficiare dell'esigibilità rispetto alle federazioni dissenzienti.

In entrambi i casi, ovviamente, l'accordo esplica un'efficacia puramente obbligatoria, della quale sono tenute a rispondere in primo luogo le Confederazioni sindacali firmatarie, che si impegnano a fare rispettare i principi concordati alle rispettive strutture ad esse aderenti, con una formulazione che richiama la postilla acclusa il 21 settembre 2011 all'accordo del 28 giugno (punto 6), nonché a monitorare la puntuale attuazione dei principi e a concordare modalità di definizione di eventuali controversie (punto 7).

Solo nel momento in cui si pervenga alla stipula di un contratto collettivo nazionale maggioritario, infatti, viene riconosciuto un obbligo diretto in capo alle Federazioni di categoria aderenti di riconoscere l'esigibilità degli accordi, dare ad essi piena applicazione e non promuovere iniziative di contrasto (punto 4) nonché di "*definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a*

¹⁹⁶ Sulla problematica in generale, prima ancora dell'accordo, v. le brevi riflessioni di Scarpelli, *Contrattazione separata e rappresentanza sindacale: alcune possibili risposte*, 8 aprile 2011, in www.nelmerito.com

garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti sulla base dei principi stabiliti con la presente intesa" (punto 5).

Rispetto al tema oggetto di analisi ed in particolare alla problematica relativa alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale in un contesto di contrattazione separata, è innegabile che l'accordo del 31 maggio 2013, a prescindere dall'interpretazione offertane, esplicherà effetti positivi per la certezza dei rapporti.

Difatti qualora le procedure delineate dall'accordo si intendano come esclusive, le Confederazioni si sarebbero impegnate a garantire una contrattazione nazionale che ammette il dissenso, ma impone la stipula di contratti nazionali da parte di federazioni che rappresentano oltre la metà dei lavoratori e che le eventuali organizzazioni dissenzienti si impegnano a rispettare, risolvendo a monte il problema del dissenso rispetto a contratti collettivi aziendali che facciano riferimento all'unico contratto collettivo nazionale stipulabile.

Questa, come sottolineato, non è tuttavia l'interpretazione preferibile del testo dell'accordo, anche alla luce del fatto che imporre una contrattazione maggioritaria in un contesto di stallo delle trattative sindacali (per il dissenso di un sindacato di rilevante rappresentatività) potrebbe spingere le singole imprese a procedere comunque al rinnovo dei trattamenti normativi ed economici prescindendo dalla contrattazione nazionale, con effetti catastrofici e del tutto controproducenti.

Ma anche riconoscendo che il mancato raggiungimento del 50%+1 consenta comunque la stipula del contratto collettivo nazionale, valgono due considerazioni:

- in primo luogo mediante l'accordo del 31 maggio le parti si impegnano a perseguire espressamente un consenso maggioritario entro la categoria per la stipula di accordi di rinnovo nazionali;
- nel caso tale risultato sia raggiunto, le confederazioni si impegnano a riconoscere ed a fare riconoscere alle strutture ad esse aderenti l'esigibilità di tali accordi anche in caso di dissenso rispetto alla stipula del contratto;
- infine, un accordo privo di tale rappresentatività qualificata, raggiunto al termine di una procedura così minuziosamente pattuita, rappresenterebbe un'ipotesi sconveniente dal punto di vista politico, soprattutto per le Federazioni aderenti a Confindustria, perché implicherebbe il riconoscimento espresso della stipula di un contratto nazionale di categoria da parte di soggetti che non rappresentano la maggioranza dei lavoratori.

Di conseguenza la sola previsione, pur non obbligatoria, di tale procedura potrebbe agevolare la risoluzione di alcuni problemi connessi alla mancata stipula di un contratto collettivo nazionale da parte di una o più federazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie e il problema, connesso, della stipula di contratti collettivi aziendali riferiti al Ccnl separato.

L'intero discorso prescinde dall'effettiva rappresentatività di ciascun sindacato, non ancora misurata: l'intero sistema, potrebbe funzionare ed essere valutabile solamente nel caso in cui siano risolti gli aspetti di complessa interpretazione ed applicazione pratica dell'accordo.

Da questo punto di vista, a parere di chi scrive, il risultato migliore da attendersi sarebbe quello della maggiore rappresentatività, in termini assoluti e in ciascuna categoria, delle sigle Cgil, che assicurerebbe la necessaria unitarietà degli accordi, stante la maggior vicinanza tra Cisl, Uil e Confindustria in questo momento storico.

Viceversa un contesto in cui le Federazioni aderenti alla Cgil ottengano la maggioranza relativa entro la categoria, che pure non può essere esclusa, potrebbe condurre alla stipula di Ccnl che, pur stipulati dalla maggioranza dei lavoratori iscritti alle cinque confederazioni, potrebbe condurre ad esiti simili a quelli osservati nel rinnovo del Ccnl metalmeccanici.

In caso di stipula del Ccnl da parte di sigle sindacali dotate di rappresentatività inferiore alla soglia prevista dall'accordo, sarebbe valido il dissenso delle organizzazioni sindacali, ma questo principio varrebbe solo a livello nazionale.

Rispetto al contratto collettivo aziendale derogatorio stipulato da sigle aderenti alle federazioni firmatarie del contratto nazionale (separato e minoritario) l'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale sarebbe ancora regolata dalle clausole 4 e 5 e quindi si avrebbe ancora un'asimmetria regolativa.

7. L'accordo interconfederale come criterio di coordinamento negoziale interno e come criterio ermeneutico di interpretazione della volontà delle parti.

Occorre domandarsi se il complesso di regole concordato tra le parti sociali nell'ambito del settore di industriale¹⁹⁷, relativo all'instaurazione di un nuovo assetto di relazioni industriali ed in particolare alla regolamentazione, inedita, della funzione normativa e derogatoria da parte del contratto collettivo aziendale rispetto al contratto nazionale di categoria sia idoneo a rivestire effetti giuridici e non soltanto sul piano della responsabilità endo-sindacale.

Infatti, nell'accordo unitario del 28 giugno 2011, dopo 28 anni dal Protocollo Scotti del 1983, sostituisce il principio di non sovrapposizione nella regolamentazione degli istituti (*ne bis in idem*) con un riconoscimento di competenze per la contrattazione aziendale basato su due profili diversi:

- il primo (clausola 3), più simile alla tecnica precedente, basato sulla delega alla regolamentazione totale o parziale di alcune materie, da parte del contratto di categoria o della legge, teso quindi a escludere alla radice il concorso-conflitto tra i due ambiti;

¹⁹⁷ Ma regole simili sono state recepite nel settore bancario, come si può osservare in Appendice, § E.

- il secondo (clausola 7), assolutamente innovativo, regola la funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale rispetto al Ccnl e, quindi, potrebbe definirsi il primo tentativo in sede confederale, dopo molti anni, di regolamentare il concorso tra contratti collettivi di diverso livello, ammettendo di fatto che la disciplina di categoria, deputata alla determinazione dei trattamenti minimi economico-normativi in base alla clausola 2, possa essere oggetto di “intese modificative” anche *in peius*¹⁹⁸.

Un concorso che è temperato, nel regime ordinario, dalla predeterminazione di limiti e procedure delle intese modificative da parte del Ccnl stesso, e, nel regime temporaneo, da un non meglio precisato “obbligo di intesa” con le organizzazioni territoriali (facenti capo alle confederazioni) firmatarie dell’accordo interconfederale, che dovrebbe quantomeno garantire l’informativa e una forma più o meno penetrante di controllo da parte del sindacato associativo esterno alla singola realtà.

Si potrebbe definire un sistema di “deroghe su delega” del contratto collettivo nazionale, o in altri termini un sistema che, sulla base di regole negoziali, si propone di predeterminare il concorso tra contratti collettivi di diverso livello, evitando che esso sfoci in un conflitto tra soggetti sindacali nei diversi livelli.

Perciò, anche intendendo nel senso più ampio il potere di deroga riconosciuto dall’A.I. 2011 al contratto collettivo aziendale, non si può negare pertanto che esso rappresenta il tentativo organico di delineare un nuovo assetto di relazioni aziendali, in cui viene portato ad emersione nonché regolato in modo espresso e tendenzialmente uniforme tra le varie federazioni il fenomeno delle derogabilità *in peius* del contratto nazionale.

Diviene tanto più essenziale, ritornando al quesito, comprendere quale efficacia giuridica tale sistema possa rivestire alla luce del fatto che lo stesso art. 8 d.l. n. 138/2011, come anticipato e come si vedrà meglio nel capitolo successivo, ha disciplinato tale interazione in una serie piuttosto ampia di ipotesi, sulla base di una concezione esattamente inversa e del tutto decentrata, prontamente “disinnescata”, in data 21 settembre 2011, dalla dichiarazione di intenti delle sigle confederali di attenersi compiutamente all’Accordo.

Orbene la dottrina¹⁹⁹, già dall’inizio degli anni ottanta ha posto in luce con chiarezza come un qualsivoglia effetto reale dei criteri di coordinamento negoziale in tema di concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello debba essere escluso, spostando la questione sul piano della opportunità politica della scelte e della responsabilità per inadempimento di coloro che hanno agito in

¹⁹⁸ Come sottolineato da Grandi nella sua Relazione alle Giornate di Arezzo del 1981, cit., già nella contrattazione collettiva intercategoriale del dopoguerra (e, saltuariamente, anche negli anni seguenti) si faceva ricorso alle cd. “clausole di temperamento”, che rappresentavano, come auspicato da molti oggi rispetto alla clausola 7, “*un indebolimento della disciplina minimale o della disciplina standard disposta dalla fonte a più ampio raggio*”.

¹⁹⁹ G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità*, op. cit., 146 ss.

nome e per conto delle organizzazioni sindacali, senza comportare l'applicabilità dell'art. 2077 c.c. né la nullità delle clausole difformi, comunque la si affermi²⁰⁰.

Va sottolineato che lo stesso criterio cronologico, pur sostenuto ancora autorevolmente come unico criterio utilizzabile²⁰¹, non è più utilizzato, ormai da qualche anno, come criterio dirimente del conflitto, quantomeno in via esclusiva ed autosufficiente²⁰².

Si è fatto invece strada, al punto che può dirsi ormai consolidato, il principio secondo cui il contrasto tra contratti collettivi di diverso livello deve risolversi, in virtù del principio generale di autonomia negoziale che regola i rapporti tra contratti collettivi, anche di diverso livello, nella ricerca dell'effettiva volontà delle parti stipulanti²⁰³, cercando in via interpretativa di assegnare a ciascuna disposizione, se e fin quando possibile, un significato compatibile con le altre “*da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva*” ma quando ciò non sia possibile, poiché per la giurisprudenza si tratta di atti “*aventi tutti pari dignità e forza vincolante, ..anche i contratti aziendali possono derogare in peius i contratti nazionali*”, con la sola salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori che non possono pertanto ricevere un trattamento peggiore in ragione della posteriore normativa contrattuale, di eguale o di diverso livello²⁰⁴.

Secondo questo orientamento, l'efficacia dell'Accordo del 2011 non può che essere obbligatoria e l'eventuale violazione della clausola 7 contenuta in un contratto collettivo aziendale non potrebbe che determinare, eventualmente, un inadempimento attribuibile alle rappresentanze sindacali responsabili (su cui v. *amplius infra*).

Va sottolineato d'altronde che, sebbene la giurisprudenza abbia da tempo abbandonato il criterio gerarchico come criterio risolutivo di risoluzione dei conflitti²⁰⁵, alcune pronunce, in caso di contratti sottoscritti da articolazioni delle medesime organizzazioni sindacali e datoriali, pur escludendo un vero e proprio rapporto di gerarchia, hanno riconosciuto “*una naturale forma di sovra-ordinazione*

²⁰⁰ Del resto anche nel periodo della cd. “contrattazione articolata” in cui, come osservato, il contratto collettivo aziendale vedeva riconosciute competenze predeterminate e doveva essere stipulato dalla medesima associazione territoriale firmataria del contratto di ambito territoriale più ampio, non sono mancate ricostruzioni tese a riconoscere l'efficacia del contratto collettivo stipulato in deroga alle stesse regole, annullabile soltanto in caso di prova di abuso dei poteri rappresentativi, purché desumibile dalle disposizioni statutarie (Romagnoli, *Il contratto..cit.*, 119, 128 ss., 152 ss., che pur riconosceva un vero e proprio collegamento negoziale tra i due contratti): considerazioni espresse da Bortone, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992, 182-3.

²⁰¹ Vallebona, *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2012, 227-9.

²⁰² Cass. 4 ottobre 1985, n. 4819, cit.; Cass. 4 marzo 1998 n. 2363, cit.; Cass. 16 novembre 1985 n. 5648, cit.; Cass. 19 giugno 2001, n. 8296, cit.

²⁰³ Sentenze 24 febbraio 1990, n. 1403, 3 aprile 1996, n. 3092, 6 ottobre 2000 n. 13300, 2 aprile 2001 n. 4839, in *Not. giur. lav.*, 2001, 701; 19 aprile 2006 n. 9052, in *Lav. giur.*, 2006, 1015.

²⁰⁴ Cfr. tra le tante: Cass. 2 aprile 2001 n. 4839, cit.; Cass. 7 febbraio 2004 n. 2362, in *Lav. prev. oggi*, 2004, 536.

²⁰⁵ Cass. 18 gennaio 1978 n. 233, cit.; Cass. 11 settembre 1972, n. 2736.; Cass. 4 febbraio 1988, in *Not. giur. lav.*, 1988, 733.

*delle organizzazioni nazionali su quelle locali, e comunque una esigenza di raccordo e di coesione dei diversi livelli di contrattazione sindacale, che formano nell'insieme l'ordinamento sindacale*²⁰⁶.

In quest'ottica il criterio di successione cronologica non rilevarebbe più come tale, ma solo in via mediata, come elemento idoneo a dimostrare una diversa (perché sopravvenuta) volontà delle parti. La sua funzione dirimente non sarebbe più esclusiva, dovendo tale successione essere letta in coordinamento con le diverse disposizioni della contrattazione collettiva ai vari livelli, da intendersi ovviamente come riferita alle medesime sigle sindacali ed imprenditoriali, che potrebbero prevalere giungendo a comportare, secondo tali pronunce, l'invalidità delle clausole del contratto.

Non c'è dubbio che accogliendo questa interpretazione giurisprudenziale, clausole derogatorie contenute nel contratto aziendale che risultassero difformi da quanto previsto dalla clausola 7 – ed anche, a ben vedere, dalla clausola 3 – dovrebbero nei più ampi margini operativi chiaramente attribuiti al Ccnl, con conseguente aumento delle ipotesi di nullità dei contratti collettivi aziendali in base alle regole negoziali.

In effetti alcune argomentazioni offerte di recente a sostegno della teoria dell'autonomia dei livelli negoziali, come quelle contenute nella sentenza n. 19351/2007²⁰⁷, si prestano a una diversa lettura alla luce del mutato quadro negoziale posto in essere dall'A.I. 2011, poiché se si afferma che il criterio dirimente della effettiva volontà delle parti *“si caratterizza in ragione di una reciproca autonomia delle due discipline (e di un loro diverso ambito applicativo), che ha trovato riscontro nel mondo sindacale anche nell'assetto delle relazioni industriali nel ruolo ad esse assegnato dal Protocollo del 23 luglio 1993, volto infatti ad individuare due livelli contrattuali (nazionale ed aziendale o territoriale) con competenze separate e predeterminate, ma tra esse coordinate”* l'argomentazione risulta sdrucchiolevole alla luce dei criteri posti dalle clausole 3 e 7 dell'Accordo unitario del 2011, che come visto attribuiscono rilevanza prioritaria e centrale a quanto statuito nel Ccnl di ciascuna categoria.

In verità il Protocollo del 1993 offriva già spunti per ritenere che in esso fosse affermata la primazia del contratto collettivo nazionale, ma è pacifico ritenere che l'ipotesi del concorso conflitto tra

²⁰⁶ Cass. 12 febbraio 2000, n. 1576, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, 617 ss., con nota di Bano, *Alcuni problemi in materia di accordi collettivi aziendali*; Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, in *Dir. lav.*, 2004, 5-6, 221 ss. con nota di Dionisalvi, *In tema di rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*. Secondo quest'ultima pronuncia *“Pertanto un contratto integrativo aziendale non può travalicare la delega conferitagli dal contratto collettivo nazionale”*, in riferimento alla disciplina di dettaglio, da parte di un contratto collettivo aziendale, di un istituto stabilito nei suoi caratteri essenziali dal nazionale. Cfr. Cass. 5 marzo 1986, n. 1445, in *Foro it.*, 1987, I, 511; Cass. 12 luglio 1986, *ivi*, 510; cenni in Cass. S.U. 3 aprile 1989, n. 1614, in *Giust. civ.*, Cass. 26 maggio 2008, n. 13544, in *Orient. giur. lav.*, 2009, 40 e da ultimo Cass. 29 dicembre 2011, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 571, con la precisazione che in quest'ultima sentenza, sia pure in riferimento ad un contratto collettivo integrativo locale, non si rinviene un'espressa affermazione di tale principio, ma la declaratoria di nullità della riduzione di retribuzione (in assenza di riduzione di orario), pur confusamente argomentata, sembra discendere dall'impossibilità di individuare nel Ccnl una delega alla modifica in deroga all'art. 36 Cost., in violazione interpretativa dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, come modificato dalla legge n. 40 del 2 febbraio 2006, art. 2.

²⁰⁷ Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 118.

contratti non fosse regolato e che oggi le competenze dei due contratti, nei rispettivi ambiti, non risultano più separate e coordinate, bensì possono concorrere e divergere sulle medesime materie secondo quanto stabilito dal Ccnl o d'intesa con le organizzazioni territoriali in funzione di controllo. Ma oltre alle valutazioni già descritte della giurisprudenza prevalente in ordine alla configurabilità di una simile ricostruzione, l'attribuzione di un'efficacia che non sia meramente obbligatoria, come è stato sottolineato, dovrebbe superare anche il limite concreto della tutela dell'affidamento della controparte, ossia del datore di lavoro²⁰⁸.

Sul punto, a maggior ragione deve essere considerato che lo stesso accordo del 2011, non risulta univoco in molti punti, perché non chiarisce a che condizioni si applichi il regime transitorio e quanto penetrante sia il potere di controllo degli organi territoriali ("d'intesa", unanimità, durata del regime transitorio).

Anni fa in dottrina è stato anche proposto di ricercare un insieme di regole proprie dell'intero ordinamento intersindacale come sistema unitario²⁰⁹, da rilevare empiricamente in quanto mutevoli a seconda del momento storico in senso decentrato o, viceversa, confederale o nazionale.

Tale proposta non pare condivisibile in quanto, oltre a comportare l'individuazione di criteri mutevoli e non sempre espliciti, appare sconfessata dall'andamento altalenante, quasi "carsico", dell'azione sindacale delle grandi confederazioni, non più o non sempre riconducibile ad unità (v. accordi del 2009, o gli accordi sulla produttività del 21 novembre 2012 e del 30 aprile 2013), nonché dall'esistenza di fenomeni estremamente diversi all'interno e all'esterno di Confindustria: si pensi, già prima dell'accordo del 2011, all'approccio al tema delle deroghe aziendali nel settore chimico-farmaceutico e in quello metalmeccanico, alle divergenze tra il sistema creato dall'A.I. 28 giugno 2011 per Confindustria o dall'ABI per il settore bancario, e il regime di forti deroghe riconosciuto dal Ccnl Terziario-Confcommercio.

Giova sul punto sottolineare che, a ben vedere, tale riconoscimento guidato dal favor verso il lavoratore, non è in linea con il principio del *ne bis in idem* posto dal Protocollo del 23 luglio 1993 ed ancor prima dal Protocollo Scotti del 22 gennaio 1983, e che lo stesso riferimento, nella clausola 7 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, ad "*intese modificative*", senza la precisazione del riferimento ad una funzionalità derogatoria *in peius*, dovrebbe indicare.

7.1. Un interessante caso concreto: l'ordinanza del Tribunale di Roma sul secondo contratto collettivo separato nel settore metalmeccanico. Sulla configurabilità degli obblighi dell'Accordo come obbligazione tra le Confederazioni per il fatto di terzi: spunti critici.

²⁰⁸ Vallebona, *Diritto sindacale*, cit., 229.

²⁰⁹ Bortone, *Il contratto collettivo tra funzione...op. cit.*, 183 ss.

Le considerazioni sopra esposte aiutano a comprendere che le nuove regole dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, in particolare in tema di concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo nell'esercizio della funzione derogatoria regolata dalla clausola 7, in sé considerate, non consentono di ritenere applicabili norme imperative di legge in caso di violazioni di tali clausole.

L'efficacia di tali clausole, al contrario, è puramente obbligatoria e può configurare una normale azione di inadempimento contrattuale contro i rappresentanti sindacali delle organizzazioni che non abbiano rispettato, eventualmente, tali regole.

Occorre chiedersi però, in ipotesi di violazione della clausola 7 come di ogni altra clausola dell'accordo, a chi spetti la legittimazione attiva per proporre l'azione e a chi, specularmente, competa la responsabilità per l'inadempimento di tali clausole.

Di estremo rilievo, sul punto, risulta l'ordinanza del 13 maggio sul ricorso per procedimento a cognizione sommaria *ex art. 702 bis c.p.c.*, proposto dalla Fiom-Cgil contro Film-Cisl, Uilm-Uil e Federmeccanica in relazione al rinnovo del Ccnl delle industrie metalmeccaniche del 15 ottobre 2009 (a suo tempo non firmato dalla Fiom, con le rilevanti conseguenze descritte *infra*, all. B-1) scaduto il 31 dicembre 2012, per avere le parti sindacali convenute proceduto a presentare piattaforme rivendicative separatamente dalla Fiom, nonché per avere, insieme a Federmeccanica, manifestato l'intenzione di escludere tale organizzazione dalle trattative per l'imminente stipula del rinnovo del Ccnl, poi effettivamente verificatasi in pendenza del procedimento, in data 5 dicembre 2012 con la stipula dell'ipotesi di accordo.

Secondo la Fiom tali comportamenti, oltre a integrare una violazione delle regole generali di buona fede e correttezza in materia contrattuale, rappresentavano una violazione dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, della postilla del 21 settembre 2011 nonché, da parte di Federmeccanica, una lesione della libertà ed attività sindacale della Fiom nonché del diritto d'immagine, con conseguente richiesta dell'immediato ripristino delle trattative includendo la federazione ricorrente, di una declaratoria di nullità o inefficacia dell'eventuale Ccnl stipulato per contrasto con l'accordo del 28 giugno 2011 e successive intese integrative "*con ogni conseguenza attinente alla validità delle deleghe alla contrattazione aziendale di cui agli artt. da 3 a 7 dell'accordo interconfederale stesso*", nonché del risarcimento dei danni connessi all'inadempimento.

Nel rigettare con ordinanza la richiesta della Fiom, è opportuno sottolineare le argomentazioni formulate dal giudice in ordine alla legittimazione attiva e passiva in merito alla violazione contestata: sul punto il giudice di prime cure ha statuito che l'Accordo interconfederale, in quanto stipulato tra confederazioni sindacali, di per sé non pone alcun obbligo giuridico in capo alle

federazioni di categoria così come a qualsiasi altra organizzazione sindacale, pur aderente alle confederazioni.

In via generale l'affermazione è basata sul fatto che l'accordo interconfederale non pone a favore di soggetti terzi, quali sono le diverse organizzazioni sindacali di qualsiasi livello che aderiscano alle confederazioni stipulanti, alcun effetto favorevole ai sensi della disciplina legale che consente l'ultrattività del contratto in senso soggettivo, cioè verso soggetti diversi dai contraenti, (art. 1411 c.c., contratto a favore di terzi).

In particolare, la pronuncia sottolinea il riconoscimento nello stesso Statuto della Cgil, all'art. 25, comma 1, dell'autonomia giuridico-amministrativa delle diverse organizzazioni e strutture delle quali essa si compone, nonché l'indipendenza delle stesse per qualsiasi obbligazione assunta da altre organizzazioni ad esse aderenti, e pone altresì in evidenza come la stessa declaratoria del 21 settembre 2011 apposta in sede di ratifica dell'accordo del 28 giugno, ove le parti hanno concordemente dichiarato che *“le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti”*.

Ancor più rilievo è attribuito dal giudice al periodo successivo della postilla, in cui, *“conseguentemente, le parti 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 quanto da tale formula discenderebbe l'applicabilità della regola generale dell'art. 1381 c.c., alla cui stregua *“Colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso”*²¹⁰, senza che il terzo assuma alcun obbligo, così come alcuna posizione soggettiva giuridicamente tutelabile.

Con la conseguenza che, nel caso di specie, solo la Cgil avrebbe potuto agire per l'eventuale inadempimento delle clausole dell'accordo contro Confindustria, Cisl e Uil²¹¹, qualora queste ultime non avessero fatto osservare l'accordo alle rispettive federazioni di categoria (Federmeccanica, Fim e Uilm).

Ma venendo alla richiesta di ripristino delle trattative con la Fiom, l'organo giudicante non ravvisa una violazione nel mancato avvio e nella mancata prosecuzione delle stesse su una piattaforma unitaria, individuando nella clausola 1 dell'accordo interconfederale un mero obbligo di ammettere alle trattative soggetti sindacali dotati di rappresentatività non inferiore al 5%, certificata secondo le regole dell'accordo.

²¹⁰Ricordando che per la giurisprudenza il fatto del terzo può consistere nella stipulazione di un contratto o nell'assunzione di un'obbligazione.

²¹¹ Come sottolineato da Alleva, presidente della consulta giuridica della Fiom e difensore della Fiom nel procedimento, in *La sentenza del Tribunale di Roma rischia di decretare l'inutilità degli accordi interconfederali*, Comunicato Fiom del 13 maggio 2013, in www.fiom.cgil.it.

Dall'obbligo di non ammettere soggetti privi di tale rappresentatività minima non può desumersi, secondo il giudice, l'obbligo di ammettere alle trattative i soggetti che superino tale soglia, a conferma che l'accordo negoziale non pone diritti a favore di terzi.

Infine, essendosi verificata l'ipotesi della stipula dell'accordo separato, la pronuncia investe anche il tema della nullità del contratto collettivo separato e delle deleghe/deroghe di contratti collettivi aziendali in esso regolamentate e ad esso connesse, ribadendo l'orientamento consolidato secondo cui non sussiste alcun riferimento normativo da cui desumere l'invalidità (o l'inefficacia) di contratti collettivi di diverso ambito applicativo in contrasto con l'accordo interconfederale, poiché quest'ultimo non è dotato di alcuna potenzialità invalidante.

Viene inoltre dichiarato che l'eventuale illegittimità della condotta delle trattative non attiene al contratto, rendendo impossibile applicare l'art. 1418 comma 1 c.c. per nullità virtuale, ma a comportamenti antecedenti alla stipula, che come tali potrebbero comportare la nullità solo in espresa violazione di norme imperative di legge, *ex art.* 1418 comma 3 c.c.

Il giudice fa riferimento a quell'orientamento interpretativo secondo cui la "contrarietà" a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c., quale "causa di nullità" del contratto, postula che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.) e tali non sono i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, come la violazione delle regole di buona fede e correttezza nella fase delle trattative precontrattuali, che rimangono estranei alla fattispecie negoziale senza dar luogo alla nullità del contratto²¹².

Le considerazioni espresse in tale pronuncia sono di estrema rilevanza ed attualità rispetto al tema trattato, perché quanto statuito rispetto alla clausola 1 dell'accordo interconfederale può ben essere riproposto in ordine a potenziali violazioni della clausola 7 dell'accordo, nel caso in cui le R.s.u. o R.s.a. operanti in azienda ed aderenti alle sigle confederali non si attengano ad essa nella stipula di un contratto collettivo aziendale in funzione derogatoria.

Difatti con la postilla del 21 settembre 2011 le Confederazioni si sono impegnate a garantire il rispetto di tutte le clausole dell'accordo del 28 giugno 2011, nessuna esclusa, da parte di tutte le organizzazioni sindacali ad esse aderenti, nessuna esclusa.

Quanto affermato, tuttavia, non impedisce ed anzi ben potrebbe comportare che le altre organizzazioni sindacali (le federazioni nazionali, le R.s.u. o R.s.a. nonché, in caso di deroga nel regime suppletivo, le organizzazioni territoriali in vista di un intervento "d'intesa") prevedano a loro

²¹² Cass. 9 gennaio 2004, n. 111, nonché, sul tema dei contratti-quadro finanziari (che peraltro sono contratti normativi in collegamento necessario ed unilaterale con i contratti di essi attuativi) Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, 1, 25 ss., con nota di Roppo e Afferni, e in adesione a tale orientamento, risolvendo il contrasto giurisprudenziale, Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724-5, disponibile in www.altalex.com con nota di Marasca.

volta obblighi reciproci di garanzia per clausole di responsabilità contrattuale per i propri rappresentanti a garanzia del rispetto di quanto previsto alla clausola 7, sempre in riferimento alla parte obbligatoria dei contratti collettivi.

Se la ricostruzione logico-argomentativa dell'Ordinanza in commento pare idonea a regolare il tema inedito della misurazione della rappresentatività su base nazionale, è più difficilmente utilizzabile rispetto al delicato tema della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, che è inestricabilmente connesso al tema dei rapporti tra organizzazioni sindacali e non risulta affatto privo di reciproche e dirette interazioni tra gli Statuti delle Confederazioni e quelli delle Federazioni: difatti, prendendo ad esempio lo Statuto Cgil, se è vero, come argomenta l'ordinanza citata, che le organizzazioni sindacali godono di autonomia giuridica e amministrativa (art. 25), altre clausole, altrettanto chiaramente potrebbero suggerire letture meno pedissequae circa tale autonomia²¹³.

Inoltre, se è vero che l'Accordo vincola solo le Confederazioni, si potrebbe giungere, secondo la stessa argomentazione, ad esiti paradossali, giacché difficilmente esso potrebbe vincolare i lavoratori che di fatto – tramite le organizzazioni provinciali – aderiscono e conferiscono mandato alle Federazioni, senza essere iscritti alle confederazioni né vincolati alle clausole da esse stipulate.

Con il risultato che il lavoratore iscritto ad una federazione aderente a una confederazione firmataria, ma dissenziente, che non dimostrasse in alcun modo di accettare il sistema di regole dettato dall'accordo (anche per comportamento concludente: si pensi alla partecipazione alle elezioni delle R.s.u. o all'eventuale referendum delle R.s.a.) non potrebbe ritenersi vincolato dalle clausole 4, 5 e 7, non vincolanti per federazione cui risulterebbe iscritto e così sottraendosi, secondo l'interpretazione giurisprudenziale ordinaria, al contratto aziendale derogatorio in quanto "lavoratore dissenziente" a tutti gli effetti.

Tale argomentazione, in altri termini, potrebbe giungere a legittimare il dissenso ad ogni livello.

²¹³ *“La CGIL considera incompatibile l'appartenenza alla Confederazione iniziative di singoli o di gruppi, i quali, mentre ribadiscono la loro adesione formale alla CGIL, promuovono la costituzione di organizzazioni parasindacali, in competizione con la rappresentatività generale alla quale tende la CGIL, ovvero promuovono azioni organizzate che, di fronte alle controparti del sindacato, rompono l'unità della CGIL come soggetto contrattuale” e “L'autonomia dei Centri regolatori nella definizione delle proprie strutture organizzative risponde alla necessità per la CGIL di contare su una struttura complessivamente in grado di rispondere positivamente alle diversità territoriali e di categoria senza rigidità definite aprioristicamente. Tale autonomia non può essere, però, intesa come separatezza”;* e specularmente, secondo lo Statuto Fiom *“La Fiom è l'organizzazione sindacale della Cgil della quale accetta lo Statuto”* (art. 1), e *“Il presente Statuto è subordinato allo Statuto della Cgil nazionale ed alle sue eventuali modifiche. Per quanto non regolato dal presente Statuto, con riferimento alle categorie nazionali vale quanto stabilito dallo Statuto della Cgil nazionale”* (art. 36).

CAPITOLO III

La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale prevista dalla legge.

L'art. 8 d.l. n. 138 del 2011.

SOMMARIO: 1. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale autorizzata dalla legge: uno strumento già utilizzato in passato, ma in modo del tutto circoscritto. - 2. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale secondo l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, conv. in legge n. 148 del 2011. - 2. Caratteristiche. - 2.1. una norma (almeno formalmente) eccezionale. - 2.2. (Segue) I soggetti legittimati alla stipulazione. - 2.3. (Segue) I presupposti: intese specifiche e finalità predeterminate. 2.4. (Segue) Le materie. - 2.5. Un nuovo requisito ai fini della validità della deroga: il deposito presso la D.t.l. (art. 9, comma 4, d.l. n. 76 del 2013). - 3. La funzione derogatoria a norme imperative di legge: la genericità delle materie e delle finalità. - 3.1. (segue) la genericità dei limiti interni: vincoli di natura costituzionale, comunitaria ed internazionale. - 3.2. In conclusione: sui possibili profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 117, comma 2, lett. *m*), Cost. - 4. La derogabilità del contratto collettivo nazionale ex art. 8. - 4.1. L'ammissibilità del potere di deroga a prescindere dalla deroga alla legge. - 4.2. L'irrilevanza delle clausole di inscindibilità contenute in contratti collettivi nazionali. - 4.3. Il rapporto tra contratti collettivi di diritto comune e contratti ex art. 8: l'ammissibilità di una modifica migliorativa da parte del contratto collettivo nazionale successivo alle intese ex art. 8. - 4.4. La possibile illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 comma 1 Cost. - 5. L'efficacia generale dei contratti di prossimità. Inadeguatezza degli strumenti diversi dalla legge per risolvere il problema dell'efficacia erga omnes. - 5.1. Problematiche interpretative connesse alla condizione del rispetto di un "criterio maggioritario". - 5.2. Un requisito non scindibile dalla deroga alla legge. - 5.3. L'impossibilità di ricondurre le intese specifiche ex art. 8 a contratti gestionali. - 5.4. Le intese ex art. 8 come contratti delegati o regolamento, fonti *extra ordinem* svincolate dal rispetto dell'art. 29 commi 2 ss.: critica. - 5.5. Art. 39 commi 2 ss. e contratti collettivi aziendali: per una lettura in chiave storica e non letterale della norma. - 5.6. Conclusione: la necessaria applicazione dell'art. 39, commi 2-4 Cost. alle intese ex art. 8 e la sua incompatibilità con le clausole 4 e 5 dell'Accordo del 28 giugno 2011. - 6. L'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3. - 7. Il rapporto tra contratti collettivi di livello aziendale e di livello territoriale stipulati ex art. 8 e insistenti sullo stesso ambito di applicazione e la successione tra contratti di prossimità. - 8. Prime ipotesi applicative dell'art. 8 commi 1, 2 e 2-bis.

1. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale secondo la legge: un'ipotesi già utilizzata in passato, ma in modo del tutto circoscritto.

La specializzazione nel rapporto tra fonti negoziali che si osserva nell'autonomia privata collettiva si osserva anche nel rapporto tra la legge e il contratto collettivo, come fenomeno di decentramento normativo.

In quanto atto negoziale, il contratto collettivo di diritto comune risulta sottoposto alle norme inderogabili per le parti private e, pertanto, si può osservare che la contrattazione collettiva e non individuale ha subito un'erosione da parte della legislazione del lavoro, venuta progressivamente a configurarsi come disciplina ad elevato tasso di inderogabilità a tutela della parte debole nel sinallagma contrattuale, con estensiva applicazione dei meccanismi di etero integrazione normativa anche su spazi non istituzionali, lasciati vuoti dalla negoziazione²¹⁴.

La dottrina ha riconosciuto come regola generale dell'ordinamento la piena prevalenza della norma inderogabile di fonte legale rispetto a quella di fonte negoziale, con l'importante eccezione della ricostruzione interpretativa di Persiani, formulata sulla base dell'art. 2113 c.c., come modificato dalla legge n. 533 del 1973²¹⁵.

Quanto premesso non esclude che nel corso del tempo, a seconda delle fasi storiche e dei contesti politico-sindacali si siano verificati fenomeni di interdipendenza se non di reciproco condizionamento tra la fonte contrattuale e quella legislativa, ed esempi di questo tipo si possono rinvenire nella legge n. 604 del 1966, che recepiva in misura significativa l'Accordo interconfederale del 1965, nel processo di elaborazione dello Statuto dei lavoratori²¹⁶, nella crescente partecipazione del sindacato alla funzione pubblica e all'*iter* di formazione delle leggi, nella stessa concertazione sindacale instaurata dal Protocollo Scotti e nei successivi interventi di cd. "legislazione contrattata".

²¹⁴ Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 22 ss.; Mariucci, *Note introduttive allo studio della contrattazione collettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1218.

²¹⁵ Persiani, *Legge, giudici e contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1977, I, 13 ss. e spec. 18: secondo tale ricostruzione, il riconoscimento al comma 4 dell'inoppugnabilità di rinunzie e transazioni del lavoratore che vertano su diritti derivanti da norme inderogabili (di matrice legale oltre che collettiva) con l'assistenza del sindacato in sede di conciliazione, consente di desumere che il contratto collettivo stesso può a maggior ragione derogare a norme imperative di legge.

L'abilitazione alla deroga dovrebbe quindi valere in sede di stipulazione del contratto collettivo "*nello stesso modo e secondo la stessa prospettiva in cui il sindacato è abilitato, in relazione ad una sua valutazione di convenienza riferita ad un singolo caso concreto, a consentire che vengano validamente derogate disposizioni di legge pur inderogabili per l'autonomia privata individuale*". A tale tesi si è obiettato che l'art. 2113 c.c. in tema di rinunzie e transazioni riconosce un potere dispositivo solo al singolo, e non anche al sindacato, che offre peraltro una mera assistenza e non un intervento diretto come in sede di negoziazione: v. per tutti G. Santoro-Passarelli, *Derogabilità..op. cit.*, 142-3.

²¹⁶ Sciarra, *Contratto collettivo..op. cit.*, 84, secondo cui si realizza "*un principio ottimale di compenetrazione tra creazione extralegislativa e formalizzazione normativa*" e cfr. gli autori ivi citati: Giugni, Sciarra, *Contrattazione collettiva*, Ndi-App., II, Giappichelli, Torino, 1981, 606 ss.; Veneziani, *Legge e contrattazione: modelli di comparazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1981, 626 ss.

Può accadere che alcune materie siano delegate dalla legge in funzione integrativa, qualora la funzione regolativa del contratto si aggiunga alla disciplina legale²¹⁷ o autorizzi il ricorso ad istituti già disciplinati dalla legge²¹⁸ o regolamenti istituiti già previsti dalla stessa²¹⁹, o che siano delegate in funzione suppletiva, perché in questo caso la norma pone una regola che si applica soltanto in assenza di regolamentazione collettiva, come nel caso dell'art. 5 legge n. 223 del 1991.

Ai fini della presente analisi, però, rileva il rinvio legale in funzione derogatoria, ossia l'ipotesi in cui la norma inderogabile ponga una legge destinata ad operare in via primaria ma, al contempo, ammetta che in caso di concorso con un contratto collettivo quest'ultimo prevalga se e nella misura determinata dalle parti firmatarie, sebbene non sia sempre ipotizzabile una deroga peggiorativa²²⁰.

Il riconoscimento *ex lege* di una funzione derogatoria del contratto collettivo, anche di livello aziendale, è risalente nel tempo: succede alla fase dell'autunno caldo e si colloca nella fase di crescente interazione tra la disciplina legale e quella collettiva.

Un primo rinvio legale alla contrattazione collettiva è offerto dagli artt. 1, comma 4, e 5, commi 1 e 2, della legge 9 dicembre 1977, n. 903, in tema di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro²²¹, norma ormai abrogata dall'art. 57 del T.U. sulla parità di trattamento uomo-donna n. 198 del 2006.

Pochi anni dopo, nel d.l. 30 marzo 1978, n. 80, conv. in legge 26 maggio 1980, n. 215, si segnala l'art. 1, comma 3 secondo cui, nel periodo di attività del "Fondo per la ristrutturazione e riconversione industriale", in caso di raggiungimento di un accordo tra le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul trasferimento della azienda e di sopravvenuta dichiarazione dello stato di crisi aziendale, non avrebbe trovato applicazione la tutela dell'art. 2112 c.c. comma 1, testo originario, ossia il diritto alla prosecuzione del rapporto con l'acquirente, salvo disdetta in tempo utile da parte dell'alienante e la conservazione dei diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento. Tale disapplicazione dell'art. 2112 c.c. sarebbe stata poi estesa in via generale dall'art. 47, comma 5, legge 29 dicembre 1990, n. 428 a tutte le imprese sottoposte a procedure concorsuali, in caso di cessazione o mancata disposizione di continuazione dell'attività, e

²¹⁷ V. art. 20, comma 3, lett. i) sulle ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato o l'art. 5, comma 2, d. lgs. n. 66 del 2003 in tema di lavoro straordinario.

²¹⁸ V. art. 3, comma 2, d. lgs. n. 66 del 2003

²¹⁹ V. art. 24, comma 3, d. lgs. n. 276 del 2003.

²²⁰ Secondo Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 373 si può parlare di deroga in senso proprio solo allorché la norma di legge autorizzi la contrattazione collettiva a ridurre le tutele dei lavoratori.

²²¹ L'art. 1, nel vietare discriminazioni fondate sul sesso nell'accesso al lavoro, ammetteva "eventuali deroghe (comma 4) soltanto per mansioni di lavoro particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva" senza specificarne il livello cui era demandato il compito: v. Treu, *Commentario alla Legge 903*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 786 ss.; Sciarra, *Contratto..op. cit.*, 107, sottolinea l'opportunità della scelta del legislatore di lasciare alle parti sociali "la scelta e la messa a punto" delle procedure negoziali, ben potendo la materia rientrare nella competenza di un ambito applicativo più ampio di quello aziendale.

di raggiungimento di un accordo, in sede di consultazione sindacale obbligatoria con i soggetti sindacali di cui al comma 1²²², circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente.

Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.

L'intervento storicamente più significativo di tale periodo è senza dubbio quello effettuato in sede di modifica dell'art. 2120 c.c. per opera dell'art. 1, legge 29 maggio 1982, n. 297, alla cui stregua (art. 2120, comma 2)²²³ i contratti collettivi sono stati abilitati ad elaborare una nozione di retribuzione utile ai fini del calcolo delle quote annue di TFR differente da quella, tendenzialmente onnicomprensiva, predisposta dalla legge al comma 1²²⁴. La dottrina contemporanea rilevò immediatamente la portata innovativa della norma, soprattutto a livello sistematico, nel consentire una deroga da parte dei contratti collettivi sul dividendo (la retribuzione utile annua per il calcolo delle quote da accantonare) previsto dalla norma legale²²⁵.

Successivamente, il d.l. 30 ottobre 1984, n. 726²²⁶, poi conv. in legge 19 dicembre 1984, n. 863 in attuazione del Protocollo Scotti del 22 gennaio 1983, in tema di contratti o accordi di solidarietà, riconosceva il trattamento di integrazione salariale straordinario ad imprese che avessero stipulato accordi di riduzione dell'orario di lavoro al fine di evitare, in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esuberanza del personale, anche attraverso un suo più razionale impiego (cd. accordi interni o difensivi, art. 1) o al fine di incrementare gli organici (accordi esterni o espansivi, art. 2) con i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

In seguito si osservano una serie di interventi successivi che riconoscono anche al contratto aziendale

²²² Si tratta dei soggetti destinatari dell'obbligo di informazione sindacale sul trasferimento: le R.s.u. ovvero le R.s.a., nelle unità produttive interessate del cedente e del cessionario e i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle rappresentanze aziendali, i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi.

²²³ Sono previste anche deroghe per la definizione della priorità tra lavoratori nelle richieste di anticipazione del T.f.r. (art. 2, comma 11).

²²⁴ Eloquente al riguardo è il principio posto dalla Cassazione “*Il principio dell'onniscoprensività della retribuzione, adottato dal secondo comma dell'art. 2120, nel testo novellato dalla legge 29 maggio 1982 n. 297, benché derogabile, comporta che se la prestazione di lavoro non è occasionale la relativa retribuzione debba esser compresa nel trattamento di fine rapporto, salvo che le parti collettive non abbiano inteso apportare in modo chiaro ed univoco un'eccezione a tale regola*”: Cass. 28 giugno 1995, n. 7326; conf. Cass. 23 marzo 2001, n. 4251; Cass. 8 gennaio 2003, n. 96; Cass. 5 novembre 2003, n. 16618.

²²⁵ Persiani, *Lav. inf.*, 16-30 aprile 1983, 8, 81-2: a parere dell'A. sarebbe derogabile anche il dividendo, ed egli ricorda come fosse già consentito alla contrattazione collettiva, secondo la precedente disciplina dell'art. 2121 c.c., di indicare il coefficiente tempo-salario, determinando così l'indennità di anzianità (Id., *I nuovi problemi della retribuzione*, Cedam, Padova, 1982, 75); Napoli, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 25, *contra* Giugni, De Luca Tamajo, Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 44.

²²⁶ Sul tema dei contratti di solidarietà v. tra i primi Pessi, *I contratti di solidarietà*, in *Dir. lav.*, 1983, 419 ss. e Id., *Ancora sui contratti di solidarietà*, *ivi*, 1984, 28 ss.

una funzione derogatoria rispetto a norme di legge, come l'art. 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, come sostituito dall'art. 1, legge 2 aprile 1986, n. 106²²⁷, o l'art. 4, comma 11, legge n. 223 del 1991 in tema di gestione delle procedure di licenziamenti collettivi²²⁸ che attenuano la rigidità di una norma inderogabile per eccellenza quale è l'art. 2103 c.c.

Altra disposizione rilevante è quella prevista dal d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66, all'art. 17, nel riconoscere alla contrattazione collettiva il potere di derogare alle disposizioni di cui agli articoli 7, 8, 12 e 13 della norma stessa, in tema di riposo giornaliero, pause, modalità di organizzazione e durata del rapporto di lavoro, dopo le modifiche operate dall'art. 41, comma 7, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133²²⁹.

Quest'ultima norma, all'art. 21 *bis* ha modificato l'art. 5 comma 4-*bis* del d. lgs. n. 368 del 2001²³⁰, consentendo ai contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di derogare al limite di 36 mesi nella successione di contratti a termine²³¹ e, dopo la legge n. 92 del 2012, di periodi di missione a tempo determinato con lo stesso utilizzatore.

Ma come si può appurare da tali esemplificazioni e come è stato sottolineato, il modello della delega dalla fonte primaria della norma inderogabile di legge all'autonomia collettiva è stato attuato, storicamente, "in modo circoscritto e prudente"²³², in riferimento a singoli istituti normativi e con specifiche funzioni.

²²⁷ Norma che prevede, in tema di riconoscimento giuridico dei quadri intermedi un'espressa deroga a quanto previsto dal primo comma dell'art. 2103 c.c., senza quindi incorrere nella sanzione prevista al comma seguente, nella parte in cui consente ai contratti collettivi di fissare un periodo superiore a tre mesi per l'automatica assegnazione del lavoratore adibito alle mansioni superiori di quadro ovvero a mansioni dirigenziali, salvo in caso sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto. Cfr. Cass. 25 marzo 2002, n. 4218, a sostegno peraltro dell'efficacia generale di tali clausole del contratto collettivo. Cass. 4 ottobre 2006, n. 21338, che riconosce la possibilità di differenziare le ipotesi e contemplare un periodo superiore a tre mesi per l'assegnazione definitiva alle mansioni corrispondenti ad una qualifica della categoria di quadro (o dirigente) soltanto per gli appartenenti ad una categoria operaia o impiegatizia, ed un periodo comunque inferiore per gli altri lavoratori già appartenenti alla categoria

²²⁸ Nel corso delle quali, qualora si pervenga alla stipula di accordi sindacali (anche in sede aziendale, essendo R.s.a. e R.s.u. titolari di obblighi di informazione e consultazione) che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, essi possono derogare all'art. 2103 c.c.

²²⁹ All'entrata in vigore della norma, tali disposizioni potevano essere derogate mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le Oo. Ss. nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione²²⁹ e tale impostazione era conforme alla direttiva comunitaria 2003/88/CE, il cui art. 18 ammette deroghe su tali materie solo se poste in essere da contratti collettivi nazionali o regionali. Dopo le modifiche del 2008 il potere di deroga è stabilito che in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali, le deroghe possano essere stabilite anche nei contratti collettivi territoriali o aziendali, purché stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Di conseguenza la sfera dei soggetti abilitati si riduce a tali organizzazioni ma senza più gerarchie contrattualmente stabilite e senza il vincolo di rispetto di linee guida predeterminate a livello centrale, determinando un contrasto con l'art. 18 della fonte comunitaria: sul tema. Bellomo, *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 836.

²³⁰ A sua volta inserito dall'art. 1, comma 43 della legge 24 dicembre 2007, n. 247.

²³¹ Oggi anche tenuto conto dei periodi di "missione" tra gli stessi soggetti in caso di somministrazione a tempo determinato, dopo le modifiche operate dall'art. 1 legge n. 92 del 2012.

²³² De Luca Tamajo, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione..cit.*, 293.

In secondo luogo, i rinvii in funzione derogatoria riconosciuta alla contrattazione non si caratterizzavano quasi mai per essere rivolti esclusivamente alla contrattazione di livello aziendale o, più in generale, alla contrattazione di livello decentrato, con l'unica, seppur rilevante, eccezione della disciplina relativa ai contratti di solidarietà.

Un'eccezione²³³ si rinviene nel d.l. 24 settembre 1996, n. 497 convertito con modificazioni dalla legge 19 novembre 1996, n. 588²³⁴, ma risulta del tutto particolare e circoscritta alle disposizioni urgenti per il risanamento, la ristrutturazione e la privatizzazione del Banco di Napoli, confermando a maggior ragione la tendenza generale appena descritta.

Occorre a questo punto distinguere, entro la cerchia dei provvedimenti legislativi citati in merito alla funzione derogatoria del contratto collettivo di livello aziendale, una serie di disposizioni che da un lato fanno riferimento in via prioritaria (in tema di accordi conseguenti a procedure di informazione e consultazione sindacale obbligatoria: art. 4, comma 11, e 24 legge n. 223 del 1991, art. 47 comma 5 legge n. 428 del 1990) e dall'altro comportano una deroga espressa non solo alla normativa collettiva, ma anche ad importanti norme inderogabili di legge come l'art. 2103 c.c. o l'art. 2112 c.c.

È nota l'elaborazione dottrinale²³⁵ che ha subito evidenziato la peculiarità di tali contratti collettivi, che non hanno per oggetto la determinazione in via astratta e generale delle condizioni economiche e normative di trattamento, bensì la determinazione delle modalità di esercizio del potere modificativo del datore di lavoro, di talché la loro efficacia sui rapporti individuali di lavoro è soltanto mediata, perché interviene a limitare l'esercizio di un potere che in via originaria è attribuito dalla legge al datore di lavoro (ad es. sospendere il rapporto di lavoro o recedere da esso, trasferire l'azienda o un'articolazione di essa) configurando la cosiddetta "procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore"²³⁶: un aspetto da tenere in considerazione per valutare l'art. 8.

In quelle stesse ipotesi la legge non regola l'ipotesi di concorso-conflitto tra contratti collettivi ed in particolare il concorso-conflitto tra contratti collettivi abilitati a svolgere una funzione di deroga alla legge ed anzi si osservano differenti approcci:

- la funzione derogatoria rispetto alla legge è riconosciuta soltanto a determinati soggetti collettivi o livelli di contrattazione, come a favore del contratto collettivo nazionale nel lavoro a

²³³ Già rilevata da Bellomo, *Intervento*, in *ult. op. cit.*, 286-7, come unica disposizione raffrontabile, per ampiezza di materie, all'art. 8 della cd. manovra d'agosto.

²³⁴ L'art. 3 di tale norma condizionava gli interventi finanziari del Tesoro all'intervenuta stipulazione (lettera c)), non oltre il 31 luglio 1996, di accordi sindacali comportanti la diminuzione, entro l'anno solare 1997, del costo del lavoro, anche attraverso la riduzione del costo unitario ai livelli medi nazionali del settore del credito, compresa la revisione dei regimi pensionistici integrativi. La norma riconosceva l'efficacia di tali accordi:

- anche in deroga a (non precisate) disposizioni di legge o di contratto collettivo, e dunque nel senso più ampio;
- nei confronti di tutti gli interessati, con espresso riconoscimento normativo;
- qualora stipulati dalle Rappresentanze sindacali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e quindi al solo livello aziendale.

²³⁵ Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Angeli, 1982, 113 ss.

²³⁶ Liso, *La mobilità..cit.*, 113 e cfr. Corte Cost. n. 268 del 1994.

tempo parziale (art. 5, comma 3, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n.863) o per la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine (art. 23, legge 28 febbraio 1987, n. 56) oppure, a favore del contratto collettivo aziendale, rispetto ai contratti di solidarietà (artt. 2 del d.l. cit.), secondo una logica, a parere del giudice delle leggi, “di uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro”²³⁷;

- la legge stessa sancisce una prevalenza della regolamentazione derogatoria a determinati livelli, come nel caso del testo originario dell’art. 17 del d. lgs. n. 66 del 2003, ove si prevedeva che le deroghe potessero essere stabilite dai contratti collettivi nazionali o conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, o come previsto dall’art. 1 comma 1-*bis* d. lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall’art. 1 legge n. 92 del 2012, che la prima assunzione a termine tra le parti, i contratti collettivi stipulati dalle Oo. Ss. dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere, “*in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati*”, che la sussistenza di ragioni oggettive nei casi in cui l’assunzione a tempo determinato o la missione nell’ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato non sia richiesta nell’ambito di un processo organizzativo determinato da ragioni predeterminate dalla legge, nel limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati nell’ambito dell’unità produttiva;

- in altri casi, come quelli relativi ai contratti cd. gestionali²³⁸, diversi sono i soggetti investiti dell’obbligo di informazione e consultazione, ma questa fase deve svolgersi simultaneamente tanto con le rappresentanze sindacali aziendali quanto con i sindacati esterni presenti in azienda, firmatari del Ccnl, o comparativamente più rappresentativi;

- la funzione derogatoria è attribuita genericamente ai contratti collettivi, senza specificare il livello prevalente, come nella legge n. 903 del 1977 (art. 1 e 5) in tema di deroghe al principio di parità di trattamento uomo-donna, all’art. 6 della legge n. 190 del 1985, come sostituito dall’art. 1, n. 106 del 1986 in tema di deroghe all’art. 2103, comma 1, c.c. per quadri e dirigenti o dalla legge n. 297 del 1982 per la deroga all’art. 2120, comma 1, c.c. o nell’art. 21-*bis* del d. lgs. n. 112 del 2008 in tema di deroghe al limite di 36 mesi per la successione di contratti a tempo determinato: in tali casi il concorso-conflitto di regolamentazione poteva porsi solamente a creare tra contratti abilitati a regolare la stessa materia, ma dotati della medesima legittimazione ed efficacia, di talché può farsi riferimento agli ordinari criteri elaborati dalla giurisprudenza circa il concorso-conflitto tra contratti collettivi di diritto comune, posta la natura negoziale dello strumento prescelto dal legislatore.

2. L'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, conv. in legge n. 148 del 2011.

²³⁷ Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 344.

²³⁸ Artt. 4 comma 11 e 24 legge n. 223 del 1991, art. 47 comma 5 legge n. 428 del 1990.

Su un quadro già profondamente modificato dalle parti sociali, è intervenuto il legislatore con l'art. 8 d.l. n. 138/2011 che, da un lato, ha perseguito le stesse finalità di adeguamento della negoziazione "di prossimità" alle mutevoli esigenze del contesto produttivo, attribuendo efficacia *erga omnes* ai contratti; dall'altro, ha optato per misure e soluzioni non sempre coincidenti con le disposizioni dell'A.I. 28 giugno del 2011, attribuendo nuove funzioni alla contrattazione di prossimità.

Tali intese producono gli effetti previsti dalla legge a condizione che siano rispettati una serie di requisiti:

1 le intese devono essere specifiche e contenute in contratti collettivi, con la conseguenza che il contratto collettivo di prossimità presenterà frequentemente una duplice natura: da un lato, sarà qualificabile come contratto collettivo ai sensi dell'art. 8 e dunque avrà efficacia *erga omnes*, relativamente alle specifiche intese aventi ad oggetto le materie di cui al comma 2; dall'altro, sarà considerato contratto collettivo di diritto comune, con conseguente efficacia *inter partes*, limitatamente a quelle disposizione che esulino dall'area di operatività delle intese *ex art. 8*;

2 i contratti di prossimità in cui sono contenute le intese devono essere sottoscritti a livello aziendale o territoriale da soggetti determinati, ovvero 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 più rappresentative a livello nazionale o territoriale.

3 sono ammesse intese *ex art. 8 comma 2* soltanto su 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 tutte le ipotesi di licenziamento nullo, ulteriormente precisate dalla legge di conversione.

4 attraverso le intese devono essere perseguite le finalità indicate dal comma 1 dell'art. 8, e più precisamente "*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*".

Qualora sussista, oltre ai precedenti, anche un quinto requisito, e cioè che

5 le intese *ex art. 8* risultino sottoscritte sulla base di un “criterio maggioritario”

l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148 prevede che tali intese esplicino efficacia *erga omnes* (comma 1).

È evidente che il diverso tenore (legale) del riconoscimento rende l'impianto dell'art. 8 qualitativamente diverso e ben più incisivo, sul tema del dissenso sindacale, rispetto all'Accordo del 28 giugno 2011 di Confindustria, le cui clausole 4 e 5, pur riconoscendo efficacia degli accordi aziendali verso tutto il personale in forza, restano disposizioni di natura contrattuale, come tali inapplicabili al di fuori delle imprese e delle parti sociali che non abbiano aderito a tali accordi (vedi ad esempio Concommercio-Confesercenti, Fiat, i Cobas e le R.d.b.)

Al contrario l'efficacia *erga omnes* del contratto di prossimità *ex art. 8*, derivando dalla legge, è un'efficacia generale in senso proprio e pone il problema rilevante di valutare se tale norma debba confrontarsi con i requisiti previsti dall'art. 39 commi 2 ss.

Se l'intesa si limitasse a rispettare i suddetti requisiti, il contratto di prossimità sarebbe già di per sé riconducibile all'art. 8 del d.l. n. 138/2011.

L'intesa *ex art. 8*, ad esempio, potrebbe anche essere stipulata senza fare riferimento ad alcun contratto collettivo, regolando una materia specifica tra quelle indicate, non già regolamentata dal medesimo contratto collettivo nazionale: un'ipotesi piuttosto teorica, in virtù dell'elevato tasso di inderogabilità, sia di natura legale, che contrattuale, acquisito dalla disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Un'intesa *ex art. 8* potrebbe operare anche senza derogare a un contratto collettivo nazionale di categoria: potrebbe, ad esempio prospettarsi un contratto *ex art. 8* (dotato di efficacia *erga omnes*) con funzione meramente integrativa ma, come ricorda la giurisprudenza in riferimento al contratto collettivo di diritto comune, non è questo il problema giuridico rilevante²³⁹ ed inoltre, nella situazione di crisi che affligge il sistema, non appare neppure una questione di effettiva attualità.

Le stesse finalità della norma, in considerazione dello stato attuale di crisi, inclinano a modifiche peggiorative volte a garantire, nel complesso, maggiore occupazione e competitività alle imprese.

Si giunge quindi all'aspetto centrale dell'art. 8, che si sostanzia nella possibilità che tali intese modificative, al ricorrere dei suddetti presupposti, in base al comma 2-*bis* dello stesso art. 8, possano derogare alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, “*subordinatamente al loro deposito presso la Direzione territoriale del lavoro competente per territorio*”.

Dunque l'intervento del legislatore (art. 8 commi 1 e 2 d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011) attribuisce ai contratti collettivi di livello aziendale o territoriale, stipulati in conformità a determinate

²³⁹ Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, cit.

condizioni relative ai soggetti e alle finalità degli interventi, il potere di regolamentare materie cruciali del diritto del lavoro, anche in deroga alla legge o al Ccnl, a prescindere da deleghe da parte dei soggetti sindacali nazionali o da difformi regolamentazioni degli assetti contrattuali contenute in Accordi interconfederali.

Questa difformità, come accennato, ha spinto le parti sociali a darsi reciprocamente atto dell'intenzione di attenersi esclusivamente alla fonte pattizia, quasi a voler escludere l'applicazione della norma di legge²⁴⁰.

Va segnalato che, al di là della volontà politica espressa in sede di ratifica, la dichiarazione in calce all'accordo indica l'intenzione delle parti di attenersi "compiutamente" e non "esclusivamente" ad esso e questa mancata precisazione, combinata con la previsione dell'art. 3 secondo cui la contrattazione collettiva aziendale si svolge su materie delegate "*in tutto o in parte dal contratto collettivo e dalla legge*", potrebbe, secondo un'interpretazione letterale consentire il collegamento tra intese ex art. 8 e accordi aziendali in deroga al Ccnl: si è però già avuto modo di contestare questa ricostruzione in quanto non conforme al sistema delineato dalle clausole 2, 3 e 7.

2. Caratteristiche: una norma (almeno formalmente) eccezionale.

Si può convenire con chi²⁴¹ ritiene che mediante l'art. 8 il legislatore del 2011 abbia comunque salvaguardato la regola dell'inderogabilità (nonché, si potrebbe aggiungere, della totale anomia sul concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo) riconoscendo la funzione derogatoria sulla base di presupposti tassativi e, quindi, su un piano di eccezionalità che conferma la regola.

Il riconoscimento, sul piano formale, dell'eccezionalità dell'intervento derogatorio rispetto alla legge è un elemento di rilievo tutt'altro che scarso, perché ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi, "*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*"²⁴², con la conseguenza che si impone un'interpretazione tassativa non soltanto delle materie derogabili, ma dell'intero assetto regolativo previsto dall'art. 8.

Di recente questa interpretazione trova conferme nella pronuncia della Corte Costituzionale del 4 ottobre 2012 n. 221, la quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, legge n. 148/2011, commi 1, 2 e 2-bis sollevata dalla Regione Toscana per contrasto con gli artt. 39, 117, comma 3, 118 della Costituzione, nonché con il principio di leale collaborazione²⁴³,

²⁴⁰ V. la clausola apposta in calce all'A.I. 28 giugno 2011 in sede di ratifica in data 21 settembre 2011.

²⁴¹ Bellomo, *Intervento* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*..cit., 285-6.

²⁴² Icasticamente già L. Zoppoli, *Articolo 8: analisi di una norma mal scritta*, in www.eguaglianzaeliberta.it, 29 dicembre 2011.

²⁴³ Il giudice delle leggi ha escluso che la disposizione *de qua* possa ledere la competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di tutela del lavoro, atteso che la norma interviene soltanto su «*aspetti della disciplina sindacale*

ha precisato la Corte che l'elenco di materie indicato al comma 2 dell'art. 8 è tassativo, né la norma può applicarsi «*oltre i casi e i tempi*» espressamente previsti, avendo carattere «*chiaramente eccezionale*».

Questo non implica che dalla mancanza dei requisiti previsti dall'art. 8 derivi l'invalidità delle intese specifiche di cui al comma 1 della norma: semplicemente esse dispiegheranno l'efficacia propria di qualsiasi contratto collettivo di diritto comune, sia ai fini della deroga, che ai fini dell'efficacia e l'art. 8 non offre spunti per una diversa soluzione.

Più verosimile appare ipotizzare, sul piano dell'ordinamento generale, che venga a determinarsi un'alternativa tra l'applicabilità dell'art. 1424 c.c., qualora si accerti la continenza dei requisiti di sostanza e di forma e, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, l'ininfluenza della nullità sulla volontà delle parti del diverso negozio, o piuttosto dell'art. 1419, comma 1, c.c., qualora una delle parti dimostri che la clausola del contratto (in questo caso l'intesa specifica ex art. 8) viziata da nullità fosse un elemento essenziale per la conclusione del contratto²⁴⁴.

L'ipotesi, alla luce delle finalità previste dall'art. 8 comma 1 non rappresenta un caso di scuola: si pensi ad una grande impresa multinazionale che abbia intenzione di effettuare un investimento in Italia, consistente in termini di occupazione generata e di relativo indotto, ma individuando un elemento essenziale dell'accordo e dell'investimento stesso nella possibilità di derogare a determinate norme di legge ordinaria e di vedere il proprio contratto collettivo aziendale applicato all'intero personale in forza. In caso di violazione di uno dei requisiti posti dalla norma (mancato rispetto dei limiti costituzionali o internazionali, mancanza della legittimazione contrattuale delle parti stipulanti, mancato rispetto di un criterio maggioritario per l'estensione di efficacia) una parte o l'intera intesa ex art. 8 sarebbe nulla perché non conforme a quanto previsto dalla norma, ma verrebbe meno un elemento essenziale del contratto collettivo.

Non si potrebbe allora escludere che possa esserne dichiarata la nullità, ferma restando, per gli elementi retributivi, l'applicazione dell'art. 2126 comma 2 c.c.

2.2. (Segue) I soggetti legittimati alla stipulazione.

Le specifiche intese, per esplicitare l'efficacia generale prevista dall'art. 8, devono essere sottoscritte “*da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale*” oppure dalle loro rappresentanze sindacali che siano “*operanti in azienda ai*

e intersoggettiva del rapporto di lavoro, riconducibili tutti alla materia dell'ordinamento civile», rientranti dunque nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. In senso adesivo v. il commento di Liso, *Osservazioni..cit.*, 39.

²⁴⁴ Sull'applicabilità dell'art. 1419 comma 1 c.c. al contratto collettivo nel settore privato cfr. Cass. 10 novembre 1996, n. 10050, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1532, che sottolinea la prova rigorosa della correlazione inscindibile tra la clausola affetta da nullità, priva di esistenza autonoma, ed il resto del contratto, e in dottrina Viscomi, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità “diffusa”*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008.

sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”.

Una prima caratteristica di rilievo di tale previsione risiede nel riconoscimento di intese contenute in contratti collettivi aziendali stipulati da sindacati esterni all'azienda (se di livello territoriale e dotati dei requisiti di rappresentatività) o comunque di sindacati operanti in ambito aziendale, ma privi di rappresentanze riconosciute dalla legge (art. 19 St. lav.) ed eventualmente anche da accordi interconfederali (A.I. 20 dicembre 1993 e A.I. 28 giugno 2011).

La soluzione è condivisibile, perché il riferimento esclusivo a tali rappresentanze avrebbe creato un'irragionevole differenziazione di situazioni giuridiche a seconda delle dimensioni dell'unità produttiva: R.s.a. ed R.s.u., come noto, possono essere costituite soltanto ove sia superato il numero di dipendenti previsto dall'art. 35 St. lav., mentre tutti i lavoratori hanno diritto a svolgere attività sindacale in azienda – quindi anche a costituire rappresentanze – ai sensi degli artt. 1, 14 e 26 St. lav.

Per quanto concerne l'individuazione dei sindacati “comparativamente più rappresentativi”, che non risulta definita e rimette il compito dell'individuazione all'analisi *ex post* dei risultati negoziali²⁴⁵, potrebbe farsi riferimento alla nota elaborazione dottrinale²⁴⁶ e, all'interno di questa, al fatto che siano necessari almeno due tra questi e non il sindacato maggiormente rappresentativo in termini assoluti²⁴⁷.

Ma la stessa espressione “*più rappresentative a livello nazionale*”, dopo l'A.I. 2011, punto 1, potrebbe oggi alludere ai (due o più) sindacati che siano dotati di una rappresentatività minima del 5% come media tra dato elettorale e dato associativo²⁴⁸.

A seguito della conversione in legge dell'art. 8 d.l. 13 agosto, n. 138, a seguito di un emendamento proposto dalla Lega Nord, è stata riconosciuta la legittimazione del sindacato comparativamente più rappresentativo anche sul piano “territoriale”, introducendo così una nozione sconosciuta alla tradizione sindacale italiana, sia negoziale che legislativa che introduce particolari elementi di incertezza²⁴⁹.

²⁴⁵ Rileva tale aspetto, problematicamente, Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 59.

²⁴⁶ Sulla nozione cfr. Magnani, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997*, in Napoli (a cura di), *Il “pacchetto” Treu*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1998, nota 29; Rusciano, *Il contratto collettivo*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Vol. XV, t. 1, Utet, Torino, 2004, 217 come nozione per la selezione tra soggetti secondo un criterio quantitativo; Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 191 ss., per selezionare non tanto i soggetti quanto il contratto cui ricondurre determinati effetti legali. Propone l'estensione al settore privato dei criteri già previsti per il settore pubblico Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2004, 127, nota 26.

²⁴⁷ Così, in riferimento al d. lgs. n. 276/2003, Maresca, *Modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro: i nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, 473.

²⁴⁸ Cfr. F. Carinci, *L'accordo interconfederale...*, cit., 470.

²⁴⁹ Criticano tale precisazione in quanto ambigua Scarpelli, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT –2011*, 127, 11, nonché Romei, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in *Nel merito*, 16 settembre, in www.nelmerito.it, secondo i quali l'ambito territoriale cui riferire la rappresentatività potrebbe essere modulato sino a

In questo ultimo caso potrebbe mancare un referente in grado di indicare all'interprete una rappresentatività minima certa, come per gli attori di livello nazionale, dal momento che l'A.I. 2011 non contempla espressamente la misurazione della rappresentatività a livello territoriale.

Una soluzione potrebbe essere individuata, entro la sfera di efficacia degli Accordi Interconfederali di Confindustria e Confservizi, nel riferimento allo stesso criterio di media ponderata, sulla base dei dati che saranno forniti tanto sulle deleghe quanto sulle elezioni delle R.s.u. rispetto all'ambito geografico provinciale o di convenuta applicazione del contratto collettivo²⁵⁰.

Un rimedio che però non potrebbe essere applicato al di fuori di tali previsioni contrattuali, suggerendo il ricorso ai criteri tradizionali elaborati dalla giurisprudenza per la misurazione della maggiore o comparativamente superiore rappresentatività per la legittimazione a stipulare contratti collettivi o a godere di diritti di informazione e consultazione sindacale²⁵¹.

Con la conseguenza che il criterio maggioritario potrebbe osservato qualora l'intesa specifica sia contenuta in un contratto stipulato dalla maggioranza dei soggetti che raggiungano la soglia di rappresentatività, comunque intesa, a livello nazionale o territoriale²⁵².

Mentre per le rappresentanze operanti in azienda, il rispetto di tale criterio sembra doversi individuare nelle procedure di cui ai punti 4 e 5 dell'A.I. 2011.

2.3. I presupposti: intese specifiche e finalità predeterminate.

Le intese devono essere "specifiche", quindi devono avere una finalità particolare, non riconducibile ad un ordinario rinnovo del contratto territoriale o aziendale. Ciò vuol dire, per un verso, che sarà dotata di efficacia generale solo la specifica disposizione contrattuale e non l'intero contratto, ossia le altre disposizioni contenute al suo interno.

Per altro verso, la precisazione indica che non è possibile indicare genericamente l'art. 8 del d.l. n.138/2011, né rinviare *tout court* alle finalità e alle materie in esso contenute, dovendo essere al

legittimare soggetti scarsamente rappresentativi e in q. senso anche Perulli, Speciale, *L'articolo 8*, cit., 28; *contra*: Tremolada, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione*..cit.

²⁵⁰ In questo senso Maresca, *op. cit.*, sottolineando però la carenza di un'anagrafe sindacale su base territoriale.

²⁵¹ Cfr. ad es. artt. 1, comma 1, 2, comma 1, 3, comma 3, del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863; art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56; art. 8 del d.P.R. 23 agosto 1988, n. 395; artt. 45 e 46 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29; art. 5 della legge 20 maggio 1975, n. 164; art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428; artt. 1, comma 2, 4, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223.

²⁵² Cfr. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Boll. Adapt*, 3 ottobre 2011, n. 32, il quale ammette l'applicabilità del contratto territoriale o aziendale a tutti i lavoratori di una determinata azienda soltanto qualora i soggetti stipulanti, siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentino 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. Ad avviso di Ferraro, invece, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 2011, 129, 21, il criterio maggioritario va riferito alle rappresentanze sindacali e non ai soggetti rappresentati.

contrario indicate sia la “specifica” materia oggetto di contrattazione, sia la “specifica” finalità perseguita²⁵³.

Infatti il secondo requisito consiste in una serie di finalità cui deve essere orientato il contratto di secondo livello, quali l’aumento dell’occupazione, della qualità dei contratti di lavoro, l’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori o la emersione del lavoro irregolare, ma soprattutto in senso espansivo “*gli incrementi di competitività e di salario*”, “*gli investimenti*” e “*l’avvio di nuove attività*” e in senso difensivo “*la gestione delle crisi aziendali e occupazionali*”. Formule invero molto ampie, che non aiutano di certo l’interprete a comprendere e selezionare le ipotesi in cui l’efficacia del contratto sia o meno generale, e rendono difficile l’individuazione di contratti collettivi aziendali stipulati in conformità ai punti 4, 5 e 7 dell’A.I. 2011 che non siano ricompresi nell’ambito applicativo della norma di legge e che quindi non siano dotati di un’efficacia generale.

Inoltre le finalità per la deroga sono identiche a quelle riconosciute in via ordinaria dal comma 1 dell’art. 8 citato: in altri termini il legislatore, diversamente dalle parti sociali dell’A.I. 2011, non distingue i presupposti per una contrattazione di efficacia generale da quelli previsti per una contrattazione di efficacia generale e peggiorativa.

Da tali ragionamenti deriva un’ulteriore conseguenza.

Se le intese devono essere “*specifiche*” e devono mirare al raggiungimento delle finalità espressamente indicate al comma 1, ne deriva che l’efficacia del contratto di prossimità deve essere necessariamente limitata sul piano temporale²⁵⁴.

In altri termini, un requisito aggiuntivo, confermato in via implicita dalla natura e dai requisiti delle “*specifiche intese*” di cui all’art. 8 comma 1, è che il contratto contenente l’intesa *ex art. 8*, o quantomeno la specifica intesa in esso contenuta, rivesta un’efficacia limitata anche nel tempo, oltre che nei presupposti e nelle finalità applicative, nelle materie e nei soggetti abilitati.

2.4. (Segue) Le materie e i relativi vincoli di natura costituzionale, comunitaria ed internazionale.

Il comma 2 dell’art. 8 d.l. n. 138/2011, così come convertito con modifiche dalla legge n. 148/2011, stabilisce un elenco tassativo di materie derogabili, che era invece aperto nel d.l. 138/2011²⁵⁵.

²⁵³ Su questo specifico profilo v. Preteroti, *L’efficacia del contratto aziendale dopo l’art. 8 D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011*, in *Giur. it.*, 2012, 11, 2454 ss., il quale sottolinea che “*tali presupposti, una volta esternati, diventano parte essenziale del programma contrattuale*”.

²⁵⁴ *Contra* Ichino, 2011..cit., che riconosce la possibilità di un recesso unilaterale da un contratto di prossimità a tempo indeterminato. V. anche Galantino, *op. cit.*, 6, e Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione al Congresso AIDLASS di Pisa, 8-9-10 giugno 2012, disponibile in www.aidlass.it, 19-20, secondo cui la valutazione circa la durata delle intese dipenderà dalle finalità perseguite.

E sebbene il legislatore operi una selezione delle materie derogabili, perché soltanto le materie indicate dal comma 2-*bis* dell'art. 8 citato potranno comportare la deroga a livello aziendale o territoriale delle disposizioni contenute nel Ccnl, l'ambito di istituti propri del Ccnl modificabili resta estremamente ampio.

L'art. 8 comma 2-*bis* della l. n. 148/2011, rispetto a tali materie, non consente soltanto la deroga ai trattamenti minimi collettivi, perché *“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.”*

Il legislatore, con questo comma apportato dalla legge di conversione, fa ben più che un passo oltre rispetto all'A.I. del 28 giugno 2011 e rispetto al d.l. n. 138/2011, in quanto attribuisce alla negoziazione di II livello un potere che non compete neppure, se non in rari e tipizzati casi, alla negoziazione di livello nazionale in Italia: il potere del contratto collettivo di derogare in via generale alle norme imperative ed inderogabili della legge.

Assume quindi una rilevanza fondamentale comprendere cosa debba intendersi per vincoli comunitari, costituzionali e internazionali ai fini della delimitazione di tale potere, ma non sembrano del tutto infondate le osservazioni di chi paventa ad es. la disapplicazione di norme quali l'art. 18 St. lav.

Si può osservare qualche esempio.

Per quanto concerne la disciplina degli impianti audiovisivi, l'art. 4 della l. n. 300/1970 già riconosce l'intervento delle rappresentanze sindacali aziendali, anche se oggi potrebbero ampliarsi i profili di legittimazione soggettiva ed i presupposti per l'installazione di strumenti di controllo.

In proposito era già stata sottolineata, in merito agli accordi stipulati da tali rappresentanze, la difficoltà di riconoscere ad essi efficacia *erga omnes*, ossia la difficoltà se non impossibilità di ammettere una limitata efficacia degli accordi in questione, distinguendo tra lavoratori iscritti al sindacato che esprime la R.s.a. pervenuta all'accordo e gli altri lavoratori²⁵⁶.

Di converso, la nuova competenza in materia di mansioni e inquadramenti devolve alle parti collettive di II livello il potere di valutare l'equivalenza delle mansioni, fino ad oggi affidata al giudice, oltre che di modificare l'inquadramento.

È noto che il tema della portata applicativa dell'art. 2103 c.c. è in corso di elaborazione ed assimilazione tanto in sede sindacale quanto in sede giurisprudenziale, sul tema del bilanciamento tra

²⁵⁵ L'espressione precedente della normativa, nel testo originario del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 era *“includere quelle relative a.”* e dunque si caratterizzava per la massima ampiezza, che riconosceva all'elenco un valore puramente esemplificativo e, al limite, rafforzativo.

²⁵⁶ Bortone, *op. cit.*, 271.

tutela della professionalità, interesse del lavoratore alla stabilità occupazionale ed esigenze organizzative del datore di lavoro, tanto in tema di cd. clausole di fungibilità²⁵⁷, quasi a porre il problema di una tutela della professionalità ormai “dinamica” e permeabile alle esigenze aziendali²⁵⁸ quanto in tema di ammissibilità del patto di demansionamento, come alternativa al licenziamento²⁵⁹ quasi a spostare i diritti posti dall’art. 2103 comma 1 c.c. nell’alveo della indisponibilità relativa e non più assoluta²⁶⁰.

Su tale evoluzione si innesta, invero in modo potenzialmente dirompente, l’art. 8 del d.l. n. 138 del 2011, che senza dubbio potrebbe rappresentare un impulso alla cd. “mobilità orizzontale” oltre che a forme di demansionamento autorizzate dalla negoziazione collettiva (eventualmente volte ad autorizzare espressamente tale opzione in caso di preavviso o intimazione di licenziamento del g.m.o., venendo incontro a quell’orientamento giurisprudenziale ancora non dominante ma in via di consolidamento²⁶¹), ma oltre a considerare le implicazioni problematiche di tale autorizzazione, occorre tenere presente il limite costituzionale dell’art. 36 comma 1 Cost. in tema di retribuzione²⁶².

Viene inoltre attribuito il potere di individuare causali di legittima apposizione del termine, come accadeva nel vigore dell’art. 23, comma 1, l. n. 56 del 1987, con la differenza che oggi tale potere viene riconosciuto a livello di negoziazione aziendale o territoriale, ma non nazionale²⁶³.

Potrebbero essere modificate le condizioni per l’applicazione della conversione dei contratti a termine, o la sanzione stessa, in quanto la direttiva 99/70/CE e l’accordo quadro ad essa allegato non impongono tale sanzione quale unica misura idonea a contrastare gli abusi nella successione di rapporti a termine e consentono diversi strumenti per la prevenzione degli abusi nella successione di contratti: attualmente l’ordinamento italiano applica cumulativamente due strumenti su tre, ossia il riferimento di ogni rinnovo a condizioni oggettive (addirittura esigenze temporanee, ben oltre il *benchmark* di riferimento comunitario) e limiti di durata massima cumulativa in caso di proroghe e rinnovi, per opera della legge n. 247 del 2007.

²⁵⁷ Cfr. la sentenza Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 1-2, 17 ss., con nota di Pisani e ss. conformi: *ex plurimis* Cass. 29 settembre 2008, n. 24293, in *Dir. giust.*, 2008; Cass. 6 novembre 2009, n. 23601, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 4, 222, con nota di Somvilla.

²⁵⁸ Pisani, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in nota a Cass. 26 novembre 2006, n. 25033, cit.; Meucci, *Considerazioni sulla cd. professionalità dinamica*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1, 67.

²⁵⁹ Cass. 25 novembre 2010, n. 23296 e v. già Cass. 6 aprile 1999, n. 3314, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 845, con nota di Bartalotta.

²⁶⁰ Va segnalata, secondo una dottrina ormai lontana, la posizione di Assanti, *Commento all’art. 13*, in *Id.*, Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 154, secondo cui il riferimento alla nullità di patti contrari all’art. 2103 comma 1 c.c. andrebbe riferito soltanto a patti individuali e in giurisprudenza v. Cass. 13 marzo 1982, n. 1651, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, 688 con nota di Fabris.

²⁶¹ A titolo esemplificativo, *ex plurimis*, v. Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 507.

²⁶² V. Brollo, *Intervento*

²⁶³ Peraltro già i commi 4-bis e quater dell’art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, riconoscono alle Oo. Ss. competenze derogatorie in materia di successione dei rapporti a tempo determinato e di diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato.

Ne deriva che *ex art. 8* potrebbero essere ammesse, oltre a deroghe (già ammesse) all'art. 5 comma 4-bis, anche la temporanea disapplicazione della trasformazione *ope legis*, posta dalla norma stessa, per garantire il mantenimento dell'occupazione o ancora è possibile ipotizzare che la sanzione della conversione, ormai dichiarata dall'art. 32 comma 5 legge n. 183 del 2010 e dalla legge n. 92 del 2012, possa essere sostituita da una sanzione puramente risarcitoria o indennitaria, a condizione che non sia eliminato un congruo risarcimento in termini economici idoneo a dissuadere condotte di abuso²⁶⁴.

Rispetto a quest'ultima misura, come osservato già il d.l. n. 112 del 2008 aveva previsto un potere di deroga per tutti i contratti collettivi, aziendale incluso, purché stipulati da organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Si tratta di comprendere se e quale delle due norme possa essere ritenuta speciale rispetto all'altra: se il d.l. n. 112 del 2008, essendo la disposizione specificamente mirata all'istituto della deroga all'art. 5-comma 4-bis, o piuttosto l'art. 8 in virtù delle peculiari finalità ivi perseguite.

Ed i limiti quantitativi di cui all'art. 10, comma 7, d. lgs. n. 368/2001 per il contratto a termine, così come quelli di cui all'art. 20 comma 4 d. lgs. n. 276/2003 per la somministrazione a tempo determinato, non sono più individuabili soltanto dai contratti collettivi nazionali, ma anche territoriali o aziendali.

Nulla cambia, infine, rispetto all'individuazione delle causali legittimanti la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, già devoluta alla contrattazione collettiva di livello nazionale o territoriale *ex art. 20, comma 3, lett. i)*, d. lgs. n. 276/2003, con la conseguenza che l'unica novità rilevante sarebbe l'ammissione del livello aziendale per la deroga²⁶⁵.

È particolare poi sottolineare come ai sensi del Considerando n. 17 della direttiva 2008/104/CE del 19 novembre 2008, sia possibile derogare al principio della parità di trattamento sulla base di un accordo concluso dalle parti sociali a livello nazionale "purché sia previsto un livello di tutela adeguato": tale accordo ben potrebbe identificarsi nell'A.I. 28 giugno 2011 e così, attraverso il rispetto del sistema di "deleghe alla deroga" previsto nella clausola 7, ben si potrebbe avere coincidenza tra Accordo interconfederale e art. 8 in caso di contratti aziendali in deroga su tale principio²⁶⁶.

²⁶⁴ Menghini, *Intervento*..in op. cit., 445-6, è possibilista per la seconda ipotesi, più scettico sulla prima, che implica la questione relativa all'equivalenza del risarcimento del danno rispetto alla conversione, da lui negata in *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav. giur.*, 2011, 1238 ss.; cfr. Perulli, Speziale, *op. cit.*, 212.

²⁶⁵ Come introdotto dalla lettera a) del comma 142 dell'art. 2, comma 253 l. 23 dicembre 2009, n. 191, a decorrere dal 1° gennaio 2010, sebbene in riferimento a contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da parti sociali comparativamente più rappresentative. Cfr. sul punto G. Zilio Grandi, *Intervento*, in F. Carinci, *op. cit.*, 454-5.

²⁶⁶ Prendo spunto dalla brillante osservazione G. Zilio Grandi, *ivi*, 456.

Non risultano nuove per le parti sociali le competenze attribuite in tema di lavoro a tempo parziale ovvero di orario di lavoro (cfr. art. 3 del d. lgs. n. 61/2000 e artt. 1, 3, 5 e 17 del d. lgs. n. 66/2003), al punto che già il d. lgs. n. 66 del 2003 presenta aspetti incoerenti con la stessa nella parte in cui prevede che le deroghe di cui all'art. 17 possano essere adottate prescindere dal tipo di attività ed al di fuori dei casi predeterminati²⁶⁷.

Casomai, si potrebbe osservare che l'abilitazione dei contratti collettivi di livello territoriale e aziendale alla funzione derogatoria potrebbe acuire il contrasto con la direttiva comunitaria rispetto all'art. 18 nonché all'art. 16 lett. C) della stessa.

Tutto sommato, non sembra che i margini di erosione ulteriore della normativa legale siano particolarmente significativi, anche considerato che i limiti relativi al riposo minimo consecutivo, sia giornaliero che settimanale, e alle ferie godono di copertura Costituzionale in base ai commi 2 e 3 dell'art. 36 Cost., oltre che

Rispetto alle “modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro”, se l'obbligo di giustificazione del licenziamento, è senz'altro un principio comunitario oggi imposto anche dall'art. 30 della Carta di Nizza, la sua violazione non comporta necessariamente la tutela reale²⁶⁸, di talché potrebbe concretamente configurarsi un contratto collettivo di prossimità che preveda la tutela indennitaria a fronte di un licenziamento ingiustificato.

È stato sostenuto anche che l'espressione “*conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*” potrebbe non riguardare la sanzione applicata (reintegrazione o quantificazione delle indennità), bensì limitarsi al preavviso ed il TFR, in quanto la tutela non è da considerarsi una conseguenza del recesso, bensì del licenziamento ingiustificato o comunque illegittimo²⁶⁹.

A tale argomentazione, si contrappone il dato testuale nell'elencare una serie di ipotesi di licenziamento nullo tra le materie escluse dalla regolamentazione, che univocamente sembrano

²⁶⁷ Mattarolo, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di) *Contrattazione in deroga*, cit., 400.

²⁶⁸ Come è possibile osservare similmente in tema di equità nel nuovo arbitrato di diritto del lavoro introdotto dall'art. 32 l. 24 novembre 2011, n. 183: cfr. le riflessioni di Speciale, *La certificazione e l'arbitrato dopo il “Collegato lavoro” (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *CSDLE.it*, 2011, 118, 30; M. T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *CSDLE.it*, 2011, 114, 14. Sulla reintegrazione cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in www.giurcost.org; Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *Giur. It.*, 2003, 1117; Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 891; cfr. Corvino, Tiraboschi, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in Tiraboschi (cur.), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, 44. Cfr. da ultimo Perulli, Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del Lavoro* in *CSDLE.it*, 2011, 132, 48, secondo i quali “*si potrà sostenere che qualora al posto della reintegrazione venga inserito un obbligo risarcitorio assai modesto, questa regolamentazione viola l'art. 30 della Carta di Nizza, perché di fatto rende il recesso così agevole da negare il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*”.

²⁶⁹ Romei, *Qualche spunto di riflessione*, op. cit., 1, in senso dubitativo anche Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2012, 21.

riferire la funzione derogatoria alle conseguenze del recesso illegittimo e che non avrebbero significato se riferite a TFR e preavviso²⁷⁰.

Analogamente, è riconosciuto un inedito potere di regolamentazione in materia di collaborazioni a progetto o partite IVA²⁷¹, che potrebbe aversi ad esempio in tema di conversioni di contratti di collaborazione coordinata a progetto in contratti di lavoro subordinato²⁷².

Sul punto la norma si rivela di difficile applicazione concreta, considerato che ad eccezione degli agenti, i quali hanno una cospicua e antica tutela collettiva, i lavoratori autonomi non hanno una rappresentanza sindacale.

Dall'espressa inclusione delle collaborazioni a progetto e delle partite iva nelle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, si presentano due interpretazioni distinte a seconda del significato attribuito al termine "rapporto di lavoro".

Se si intende come rapporto di lavoro subordinato dovrebbe dedursi che risultino escluse altre tipologie di lavoro diverse dal contratto d'opera e dal lavoro coordinato a progetto (ad esempio co.co.co. escluse *ex art. 61 commi 2 e 3*, associazione in partecipazione) mentre, intendendo in senso lato la nozione, la precisazione non sarebbe necessaria, a meno che non si attribuisca ad essa un valore meramente rafforzativo.

Da tali interpretazioni, come accennato, dipende l'ammissibilità di una deroga in tema di modalità di assunzione e disciplina del rapporto di associazione in partecipazione, su cui peraltro si è registrata una delle prime applicazioni, nonché una delle poche conosciute (*infra*, Appendice, F).

2.5. Un nuovo requisito ai fini della validità della deroga: il deposito presso la D.t.I. (art. 9, comma 4, d.l. n. 76 del 2013).

Uno dei principali problemi posti dall'art. 8 d.l. n. 138/2011 consiste nella difficoltà di misurare l'effettiva diffusione delle intese specifiche stipulate ai sensi di tale norma, quindi, l'effettiva incidenza di tale norma sul sistema di relazioni industriali italiane.

Esiste parallelamente un problema di fondo, connesso alla scarsa propensione delle parti stipulanti (imprese o associazioni imprenditoriali da un lato, rappresentanze aziendali o sindacati esterni dall'altro) a rendere pubbliche eventuali intese derogatorie rispetto alle regolamentazioni previste nei Ccnl: questo problema si osserva anche rispetto agli accordi derogatori stipulati in conformità alle regole previste dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Infatti a una produzione contrattuale facilmente consultabile per tutti rispetto ai rinnovi dei Ccnl, sul sito Cnel, corrisponde l'estrema difficoltà di trovare accordi aziendali ad essi derogatori.

²⁷⁰ Icasticamente Perulli, Speciale, *Intervento*, op. cit., 208-9.

²⁷¹ Definizione impropria, come rilevato da Maresca..op. cit., Pessi, *Ancora..op. cit.*, 63.

²⁷² Ad esempio prevedendo meccanismi simili (su base aziendale) a quelli previsti dall'art. 50 l. n. 183/2010.

La ragione del fenomeno è estremamente semplice e risiede nel fatto che né le parti sindacali aziendali (o territoriali), né l'impresa o le associazioni locali hanno interesse a diffondere accordi nei quali emerge un trattamento peggiore dei lavoratori rispetto a quanto previsto dagli standard economico-normativi previsti dalla contrattazione di categoria.

Viceversa non è interesse delle Federazioni né delle Confederazioni dare visibilità a queste intese, che potrebbero dimostrare una perdita di rappresentatività rispetto ai propri iscritti o, comunque, fornire prova di una scarsa aderenza alle esigenze dei contesti produttivi.

Queste considerazioni problematiche risultano acute dalla possibilità per le intese *ex art. 8* di derogare a norme imperative di legge, che presenta l'intrinseco rischio di determinare una frammentazione dei trattamenti giuridici a seconda delle aziende (o delle territorialità) interessate: e questo spiega perché le intese conosciute e fruibili per il pubblico sono di numero estremamente ridotto, forse assai inferiore alla realtà.

Esiste inoltre l'interesse diretto, per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di avere cognizione dei trattamenti normativi ed economici concretamente applicati nelle unità produttive, sia al fine di verificarne la legittimità per eventuali segnalazioni all'autorità giudiziaria, sia per calcolare le corrette variazioni contributive che possono derivare da eventuali variazioni.

Nondimeno la necessità di verificare l'impatto dell'art. 8 sull'ordinamento sindacale è pressante, pertanto l'art. 9, comma 4, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (di cui si attende, va sottolineato, la conversione in legge) ha aggiunto un requisito cui è chiaramente condizionata la validità della funzione derogatoria delle intese *ex art. 8*, tanto rispetto a norme di legge, quanto rispetto a regolamentazioni contenute nei Ccnl.

Infatti il comma 2-bis, ora integrato dal suddetto intervento normativo, prevede che *“le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga subordinatamente al loro deposito presso la Direzione territoriale del lavoro competente per territorio”*.

La *ratio* della norma così modificata risulta chiaramente orientata a due funzioni.

La prima ed immediata funzione è quella di dare agli ispettori delle D.t.l. territorialmente competenti cognizione certa dei trattamenti normativi ed economici applicati nelle aziende.

La seconda e presumibile funzione è quella di consentire al Ministero del lavoro un effettivo monitoraggio, tramite raccolta a livello centrale delle intese depositate, dell'effettiva incidenza della norma.

Al riguardo è ovviamente da attendere una circolare ministeriale volta a specificare le concrete modalità di attuazione della norma, che lascia aperto un interrogativo di estrema rilevanza, relativo all'applicazione retroattiva della norma, piuttosto che riferita alle intese depositate dall'entrata in vigore della norma (28 giugno 2013, per l'appunto).

Allo stato non sembra ipotizzabile che il deposito presso la D.t.I. consenta a terzi di fruire della consultazione delle intese perché, nel silenzio della norma circa la pubblicazione di tali dati, è presumibile che la pubblicità degli stessi possa avvenire solo in via mediata, tramite comunicazioni del Ministero stesso.

3. La funzione derogatoria a norme imperative di legge: la genericità delle materie e delle finalità.

Come osservato l'ordinamento italiano, a decorrere dalla metà degli anni '70, non è alieno a forme di riconoscimento, da parte della legge, della funzione derogatoria del contratto collettivo (di uno specifico o indeterminato ambito applicativo) su proprie disposizioni, come eccezione alla regola della sovraordinazione della legge rispetto all'autonomia privata collettiva²⁷³.

Gli esempi sono molteplici e tutti ormai ben noti, e aiutano a comprendere che il problema dell'art. 8 non si pone rispetto alla configurabilità, in astratto, di un potere di deroga alla legge in capo a determinate organizzazioni sindacali²⁷⁴.

Né il problema risiede nel conferimento di tale potere a contratti di livello aziendale o territoriale, come è stato sottolineato²⁷⁵.

Per quanto concerne l'indisponibilità del tipo legale del lavoro subordinato è posta in discussione, perché le materie di cui al comma 2 possono incidere limitatamente al contenuto delle tutele modificabili.

Più in generale, si tratta di comprendere se il carattere ampio e indeterminato della facoltà di deroga rilevi più sul piano dell'opportunità politica²⁷⁶ che su quello della legittimità costituzionale.

²⁷³ Sul principio, v. per tutti De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

Più di recente Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 341 ss. Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, e le tecniche di delega e deroga v. F. Carinci, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, in part. 439-444.

Talvolta, soprattutto negli ultimi interventi al riguardo (come in tema di contratto a termine), si è assistito al riconoscimento esclusivo di tale funzione a soggetti ritenuti maggiormente o comparativamente più rappresentativi: anche l'art. 8 fa riferimento a questa soluzione e, aldilà delle ambiguità che possono essere sollevate dalla nozione, in questa sede non pertinenti, pare possibile affermare che il comma 1 dispiega un effetto selettivo, sia delle rappresentanze che dei sindacati.

²⁷⁴ Secondo Liso, *op. ult. cit.*, 37, "la legge implicitamente ammette che l'uniformità delle regole da essa poste possa risultare controproducente in determinate situazioni, per cui rimette all'autonomia collettiva ... il compito di consentirne l'armonizzazione con la concretezza degli interessi in gioco e delle condizioni oggettive idonee a consentirne il soddisfacimento". Cfr. anche Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., e Pessi, *Indisponibilità del tipo...*, cit.,

²⁷⁵ Liso, *ult. loc. cit.*: *La legge è frutto, evidentemente, della convinzione che la finalità protettiva possa essere perseguita in maniera più efficace da una regolazione di «prossimità», ritenuta in grado di correlarsi realisticamente alla dimensione economica ed organizzativa nella quale gli interessi protetti sono destinati a trovare soddisfazione e con riferimento alla quale può anche capitare che subiscano una selezione o una diversa modulazione in ragione di priorità". In q. senso già M. G. Garofalo, *Per una teoria...*, cit., 533, in riferimento alla selezione dei soggetti per l'esercizio della funzione delegata.*

²⁷⁶ Come ritiene lo stesso Liso, *op. cit.*, 37-8.

Si è osservato che i requisiti posti dall'art. 8 per la stipula di intese, con o senza finalità derogatorie, dal momento che la norma eccezionale, devono essere interpretati tutti in senso tassativo.

Se sul piano dei soggetti il problema di tale interpretazione attiene, come visto, alla individuazione della nozione di “*sindacato comparativamente più rappresentativo*” (soprattutto sul piano territoriale), di certo la problematicità della nozione attiene alle modalità di selezione dei soggetti, ma non certo alla potenzialità selettiva del criterio, che in un modo o nell'altro giungerà a consentire la stipula tassativamente a determinati soggetti, e non ad altri.

Per quanto riguarda le materie e le finalità o presupposti dell'intesa, contenute nel comma 1, la questione è più complessa.

Infatti se è vero che la norma ha almeno formalmente salvaguardato la regola dell'inderogabilità (nonché, si potrebbe aggiungere, della totale anomia sul concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo) riconoscendo la funzione derogatoria sulla base di presupposti tassativi e, quindi, su un piano di eccezionalità che conferma la regola, altri interpreti²⁷⁷ hanno valorizzato, almeno potenzialmente, gli effetti sostanziali della norma che, pur su un piano di formale eccezionalità, potrebbe sovvertire il rapporto tra la fonte legale e la fonte contrattuale *in primis*, e tra il contratto nazionale e il contratto decentrato in secondo luogo.

In primo luogo, come osservato, alcuni autori hanno effettivamente sottolineato la necessità che le intese specifiche contengano la precisa indicazione delle finalità attraverso esse perseguite al fine di consentire una verifica della congruenza dei mezzi con gli obiettivi perseguiti²⁷⁸, è stato anche sottolineato che il vaglio giudiziario su tali aspetti, anche alla luce del divieto di sindacato nel merito da parte del giudice positivizzato dall'art. 30 comma 1 del collegato-lavoro²⁷⁹ risulterebbe molto incerto²⁸⁰.

Anzi la funzionalizzazione del contratto collettivo a determinate finalità rappresenta un grave errore concettuale perché sembra sottendere un'impossibile sovra-ordinazione di interessi generali all'interesse collettivo²⁸¹.

Peraltro non è escluso, come è stato sottolineato, che la genericità delle finalità indicate e la difficoltà di effettuare un controllo di razionalità o ragionevolezza della norma da parte del giudice potrebbe spingere quest'ultimo all'opposta soluzione di non effettuare alcun sindacato²⁸², come in effetti si

²⁷⁷ Liso, *Osservazioni...*, cit., 33.

²⁷⁸ Perulli, Speciale, *Intervento*, cit., 205; Ichino, *2011: anno zero per il diritto sindacale italiano?*, cit., Preteroti, cit., 1244.

²⁷⁹ V. art. 1, comma 43, legge n. 92 del 2012, che riconosce la violazione di tale limite come violazione di diritto suscettibile di ricorso in Cassazione.

²⁸⁰ Garilli, *L'art. 8 della legge N. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 42; Romei, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, cit., 1.

²⁸¹ Garilli, ult. loc. cit.

²⁸² Perulli, Speciale, *Intervento*, cit., che riconoscono tale necessità di controllo (194 ss.) ma prefigurano al contempo tale rischio. Sul punto v. anche Pessi, *Indisponibilità...*, cit., § 4, il quale ricorda che “*il controllo giudiziale è*

verifica rispetto alle ipotesi di licenziamento per riduzione di personale, in cui la giurisprudenza di merito non effettua e la giurisprudenza di legittimità non ammette²⁸³ un controllo sulle causali adottate dal datore di lavoro precedente.

Allo stesso modo, a differenza degli interventi legislativi precedenti, l'art. 8 attribuisce alla contrattazione di prossimità la regolamentazione in deroga di istituti di ampiezza pressoché illimitata²⁸⁴, al punto da mettere in discussione il rapporto tra le fonti²⁸⁵.

Altra dottrina ha obiettato che, se da un lato si comprende il timore provocato dall'ampiezza di tali poteri e soprattutto dall'individuazione dei titolari esclusivi degli stessi, occorre non dimenticare che nella normalità dei casi un sindacato che non sia "di comodo" difficilmente dismetterà tutele di tale importanza²⁸⁶, ma l'obiezione non appare rassicurante stante la difficoltà di accertamento di tali situazioni di sostegno, oggi dotate di una vasta gamma di modifiche a disposizione.

3.1. (segue) la genericità dei limiti interni: vincoli di natura costituzionale, comunitaria ed internazionale.

Quand'anche si ritenesse accettabile l'attribuzione di materie di tale ampiezza secondo le finalità indicate, occorre dare una valutazione complessiva dei limiti cd. esterni tracciati dalla norma, che consistono nel rispetto delle norme sia costituzionali, che internazionali e comunitarie.

Un primo profilo di incertezza attiene proprio a queste ultime, perché rispetto a direttive che non siano immediatamente esecutive, attribuire il potere di derogare alla normativa legale di attuazione del diritto comunitario significa ammettere un'attuazione non uniforme dello stesso diritto comunitario all'interno dell'ordinamento nazionale, sollevando dubbi di compatibilità con i principi di regolazione della concorrenza²⁸⁷.

Più in generale, la formulazione ambigua relativa a tali limiti replica in sostanza una tecnica già utilizzata dalla legislazione di centro-destra in riferimento all'arbitrato irrituale secondo equità, introdotto dall'art. 31 legge n. 183 del 4 novembre 2010²⁸⁸: quella di consentire una dismissione delle

limitato ai presupposti di fatto e non al merito delle questioni (da ultimo, Cass. 2 marzo 2011, n. 5099, ma pure art. 30, comma 1, legge n. 183/2010)".

²⁸³ Cass. 3 marzo 2009, n. 5089, in *Guida lav.*, 2009, 19, 47; Cass. 21 febbraio 2011, n. 4150.

²⁸⁴ Pessi, *Ancora sull'articolo 8*..op. cit., 62-3 e Bellomo, *Intervento*..in F. Carinci (a cura di), op. cit., 285 ss. e spec. 287, il quale sottolinea la mancanza di una chiara delimitazione dell'oggetto della delega legislativa in virtù di "espressioni riassuntive estremamente ampie e indeterminate".

²⁸⁵ F. Carinci, *Al capezzale*..cit., 15; Scarpelli, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 495-6.

²⁸⁶ De Luca Tamajo, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 21.

²⁸⁷ Scarpelli, *Il rapporto*..cit., 499.

²⁸⁸ Segnala questo precedente tentativo di riscrivere il diritto del lavoro mettendo in discussione la norma inderogabile, A. Zoppoli, *Costituzione*.., cit., 23; cfr. anche Scarpelli, cit., 497-8.

tutele previste dalla legge ordinaria con il solo correttivo delle norme ad esse indubbiamente sovraordinate.

Ma questa soluzione prescinde totalmente dai rischi di totale incertezza applicativa che potrebbero essere generati da una incolpevole giurisprudenza, investita dell'adattamento dei limiti costituzionali alle situazioni che di volta in volta, in contesti territoriali differenti, verranno a presentarsi. E così a seconda dei casi l'art. 8 comma 2-*bis* citato potrebbe allora:

a) rimanere lettera morta, potendosi affermare che “*quasi tutti gli aspetti del rapporto di lavoro possono, in un modo o nell'altro, essere ricondotti a un principio costituzionale, quindi sottratti alla derogabilità*”²⁸⁹;

b) condurre a variabili interpretazioni della stessa nozione di vincoli costituzionali, comunitari o derivanti dalle convenzioni internazionali sul lavoro e, quindi, a molteplici letture dell'inderogabilità delle disposizioni legali, con la conseguenza che di volta in volta le clausole derogatorie dei contratti collettivi di prossimità potranno essere ammesse o dichiarate nulle in base alle sensibilità dei singoli giudicanti.

3.2. In conclusione: sui possibili profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 117, comma 2, lett. m), Cost.

L'art. 8 potrebbe alterare il rapporto tra le fonti²⁹⁰, in quanto né le materie, né le finalità dell'accordo (i cd. limiti interni) risultano idonee a delimitare con certezza la funzione derogatoria riconosciuta alla contrattazione di prossimità, il che potrebbe risolversi in una grave lesione, in primo luogo, del principio di uguaglianza²⁹¹.

Ciò non – si sottolinea – in virtù di una ipotetica “rinuncia” del legislatore a regolare determinati istituti²⁹², di per sé legittima, bensì per l'impossibilità di individuare un criterio selettivo circa le possibilità riconosciute alla contrattazione collettiva.

Se l'effettiva funzione selettiva, come si ritiene, risulta di fatto basata sui soggetti sindacali abilitati e sul limite cd. esterno del rispetto delle norme costituzionali, comunitarie e internazionali, non può condividersi la tesi di chi ritiene sufficiente che la norma investa “*l'interprete del gravoso compito individuare quel nucleo di diritti inderogabili cui lo statuto protettivo non può rinunciare*”²⁹³.

Si può facilmente obiettare, infatti, che il compito demandato al giudice, relativo non a una singola norma, bensì potenzialmente a un intero *corpus* di norme derogate, comporta ulteriori incertezze,

²⁸⁹ Ichino, *Ma che cos'è questo benedetto articolo 8 della manovra?* Intervista in *Oggi*, 14 settembre 2011.

²⁹⁰ Scarpelli, *Il rapporto tra la legge..cit.*, 495.

²⁹¹ Scarpelli, *op. ult. cit.*, 496-7. Perulli, *Speciale*, *op. cit.*, 192-7.

²⁹² Correttamente Pisani ritiene improprio parlare di “deregolazione”, trattandosi piuttosto di una “ri-regolazione” della materia, secondo un cambio di tecnica: Pisani, *Una ricetta..cit.*, 70.

²⁹³ Pessi, *op. cit.*, § 4.

perché ogni giudice potrebbe interpretare tali diritti e i relativi limiti in modo diverso da un altro: sotto questo aspetto la formulazione ambigua replica in sostanza una tecnica già utilizzata dalla legislazione di centro-destra in riferimento all'arbitrato irrituale secondo equità, introdotto dall'art. 31 legge n. 183 del 4 novembre 2010²⁹⁴;

Le stesse incertezze conducono ad individuare un ulteriore profilo, almeno sul piano potenziale, di illegittimità costituzionale dell'art. 8 commi 1, 2 e 2 *bis*: la genericità dei vincoli di scopo e l'ampiezza delle materie sono tali da non prevedere sostanzialmente alcun elemento che possa soddisfare l'indicazione costituzionale dei "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti (...) sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale": garanzia sottesa, appunto, alla competenza legislativa statale esclusiva *ex art. 117, c. 2, lett. m)*²⁹⁵. E tale limite costituzionale risulta difficilmente declinabile, a livello applicativo²⁹⁶, entro i cd. limiti esterni riconosciuti dall'art. 8, comma 2-*bis*, perché potrebbe a sua volta essere interpretato in modo diverso a seconda delle parti sociali coinvolte e del giudice o, per assicurare il rispetto della norma costituzionale, potrebbe essere interpretato in modo talmente restrittivo da vanificare gli obiettivi prefissi dalla legge.

Del resto come è stato opportunamente sottolineato, tale situazione di incertezza, come si è verificato rispetto all'arbitrato, mina alla radice la stessa diffusione dell'istituto, perché *"la genericità della formula legale non può che ritorcersi contro il soggetto interessato ad essere quanto più possibile certo della piena efficacia giuridica dell'accordo produttivo di intese modificative in peius (ovvero l'impresa)"*²⁹⁷.

4. Rapporti tra contratti collettivi di diritto comune ed *ex art. 8*. La derogabilità del contratto collettivo nazionale *ex art. 8*.

Si è detto che l'esercizio della funzione normativa, a fronte della ricorrenza dei requisiti normativi previsti è previsto espressamente dalla legge anche in riferimento alla fonte contrattuale di livello nazionale e che, stando alla lettera del comma 2, le deroghe *ex art. 8* sono ammesse soltanto ad alcune condizioni, determinate dalla stessa norma.

La tecnica adottata dal legislatore ha condotto una dottrina minoritaria a ritenere che mediante l'art. 8 il legislatore abbia inteso vietare la stipula di intese in deroga al Ccnl al di fuori delle stesse condizioni previste dalla legge²⁹⁸.

²⁹⁴ Segnala questo precedente tentativo di riscrivere il diritto del lavoro mettendo in discussione la norma inderogabile, A. Zoppoli, *Costituzione...*, cit., 23.

²⁹⁵ A. Zoppoli, *ivi*, 24.

²⁹⁶ Come ritiene L. Zoppoli, *Articolo 8*, cit., che tende ad escludere una declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione di tale norma, e propende invece per un'interpretazione della legge orientata al testo costituzionale.

²⁹⁷ Ancora L. Zoppoli, *Articolo 8*, cit.

²⁹⁸ Si fa riferimento all'intervento di De Luca Tamajo, *Il problema*, cit., 24, secondo cui *"Un accordo aziendale "derogatorio", non approvato su base maggioritaria o svincolato dagli altri presupposti dell'art. 8, non può più contare*

Il presupposto di tale ragionamento è ovviamente che la deroga si estenda alle regolamentazioni del Ccnl relative alle materie del comma 2 e non soltanto alle disposizioni di legge che ad esse derogano. Secondo questa tesi, l'art. 8 avrebbe introdotto una gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello, al cui vertice porre non sempre il contratto di prossimità, ma specularmente, nelle altre ipotesi, il contratto collettivo nazionale.

Ma questa interpretazione risulterebbe nettamente in contrasto con la *ratio* della riforma, in quanto la contrattazione di prossimità non sarebbe affatto valorizzata, bensì, verrebbe sminuita e depotenziata.

In questa prospettiva, un contratto collettivo aziendale non conforme all'art. 8, ad esempio perché avente ad oggetto materie diverse da quelle, pur ampie, individuate al comma 2, non potrebbe più derogare al contratto collettivo nazionale.

La tesi non appare convincente in quanto dall'introduzione di regole eteronome precise per la deroga al Ccnl, in chiave di eccezionalità, non necessariamente può dedursi la regola opposta della prevalenza del contratto collettivo nazionale.

L'alternativa ben potrebbe essere rappresentata dal sistema dell'ordinamento intersindacale attuale, caratterizzato dall'assenza di regole di diritto che garantiscano efficacia reale al contratto collettivo.

Al contrario, l'intesa specifica *ex art. 8*, contenuta nello stesso contratto, ove rispetti i requisiti di legge, prevarrà sempre sul Ccnl e sarà valida per tutti i lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione del contratto.

Deve essere sottolineato che l'art. 8 non riferimento diretto a contratti collettivi, ma a "intese specifiche" contenute in contratti collettivi di livello territoriale o aziendale, riconoscendo la distinzione anche negli atti e non solo nella funzione.

Sembra invece più corretto prospettare che, in tali ipotesi, il contratto collettivo territoriale o aziendale mantenga comunque il valore di un normale contratto collettivo di diritto comune, con la conseguenza che esso potrà comunque operare in deroga al contratto collettivo nazionale, ma sarà soggetto ai tradizionali criteri che regolano il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e, ovviamente, non sarà efficace "*nei confronti di tutti i lavoratori interessati*", ma spiegherà l'ordinaria efficacia *inter partes*.

Ciò premesso, l'art. 8 comma 2-*bis* presenta una differenza tecnica rispetto ai precedenti riconoscimenti in via legislativa di una funzione derogatoria del contratto collettivo (con l'unica eccezione del d.l. n. 497 del 1996, conv. in legge n. 588 del 1996), perché regola il concorso-

sul benevolo atteggiamento legittimante che per decenni ha contraddistinto la giurisprudenza e parte della dottrina, e, sia pure a contrario, deve ormai ritenersi privato non soltanto della efficacia erga omnes, ma anche della capacità derogatoria del contratto nazionale, con conseguente nullità della clausola derogatoria. Una nullità che, stavolta, non viene postulata sulla base di previsioni contrattuali "superiori" in realtà prive di efficacia reale, bensì per effetto del contrasto con una precisa disposizione legislativa, che subordina la derogabilità del CCNL alla presenza di multipli requisiti".

conflitto del contratto collettivo aziendale in funzione derogatoria su rinvio della legge anche rispetto a contratti collettivi di diritto comune di diverso ambito applicativo.

Come è stato sottolineato²⁹⁹, la derogabilità del CCNL, che secondo l'A.I. 28 giugno 2011, clausola 7, è una eccezione che deve essere preventivamente autorizzata dal Ccnl o è comunque condizionata al rispetto di un'intesa con le Organizzazioni territoriali firmatarie, mentre secondo la giurisprudenza è un principio generalizzato e consolidato in un sistema sostanzialmente anomico, assurge con l'art. 8 ad ipotesi legislativa condizionata da presupposti eteronomi, che sono poi quelli sopra descritti.

Si tratta ora di osservare le interazioni tra l'applicazione dell'ipotesi legislativa e il sistema di regolamentazione del concorso-conflitto tra contratti finora elaborato.

4.1. L'ammissibilità del potere di deroga a prescindere dalla deroga alla legge.

Per quanto concerne l'effettivo ambito di applicazione del contratto collettivo di prossimità in deroga al contratto collettivo nazionale, anzitutto, il testo della norma induce ad elaborare due interpretazioni diverse.

Infatti, si legge all'art. 8 comma 2-*bis* che il contratto di prossimità può introdurre deroghe alle *“disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”*.

Potrebbe in primo luogo ritenersi che la derogabilità riguardi il contratto collettivo nazionale *tout court*, a prescindere dalla regolamentazione della materia in sede legale.

Ma una seconda lettura della norma potrebbe suggerire di ritenere inderogabili solo quelle disposizioni collettive che siano *“relative”* alle specifiche materie oggetto di intesa e che, al contempo, siano già disciplinate dalla legge che il contratto di prossimità intende derogare³⁰⁰.

Il riconoscimento legale *ex art. 8 comma 2-bis* della prevalenza di una fonte contrattuale (contratto di prossimità) su un'altra (contratto collettivo nazionale) non sarebbe volto ad incidere sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello, ma soltanto a garantire che la derogabilità alla legge non resti lettera morta.

In altri termini, il legislatore avrebbe inteso unicamente evitare che la capacità derogatoria del contratto di prossimità rispetto alla legge potesse essere *“neutralizzata”* attraverso il mero recepimento del contenuto della legge stessa (derogabile *ex art. 8 comma 2 bis*) in un contratto collettivo nazionale.

²⁹⁹ De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Giornate di Studio AIDLASS di Bologna, 16-17 maggio 2013, in www.aidlass.it, 24 rileva che *“la giurisprudenza, in precedenza attestata sul riconoscimento della più ampia autonomia della contrattazione aziendale, deve oggi fare i conti con le condizioni e le limitazioni previste dall'art. 8”*.

³⁰⁰ Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, del decreto legge 13 agosto 2011, N. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 20.

Infatti, la disciplina legale, già derogata dal contratto collettivo di prossimità, se recepita nel contratto collettivo nazionale, riprenderebbe vigore e sarebbe nuovamente applicabile, almeno ai lavoratori iscritti a sindacati stipulanti il contratto collettivo nazionale che, non essendo richiamato dal comma 2-*bis*, sarebbe immune alla derogabilità con efficacia *erga omnes* da parte del contratto *ex art. 8*.

Ad esempio potrebbe ipotizzarsi, seppure con qualche perplessità in ordine al positivo accoglimento in sede giurisprudenziale, che il contratto collettivo di prossimità, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 8 comma 2-*bis*, abbia facoltà di specificare una nozione di ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive che esclude la temporaneità delle esigenze aziendali, accettando esigenze oggettivamente verificabili (rispetto della direttiva 99/70/CE e della giurisprudenza comunitaria) discostandosi dalla definizione, di portata imperativa per quanto aperta, prevista dall'art. 1 comma 1 d. lgs. n. 368/2001.

Tuttavia, secondo tale interpretazione, lo stesso contratto di categoria avrebbe potuto recepire, come spesso avviene³⁰¹ la normativa di cui al d. lgs. n. 368/2001, rendendola di nuovo integralmente applicabile ai lavoratori vincolati a tale Ccnl e “vanificando”, in concreto, (almeno per quei lavoratori) l'effetto derogatorio del contratto di prossimità.

Senza il riferimento ai contratti collettivi di livello nazionale, dunque, questi avrebbero potuto operare come una sorta di schermo, di “*scudo interdittivo*”³⁰² ed il comma 2-*bis* avrebbe perso di effettività.

Questa tesi ha il pregio di risolvere un possibile contrasto con l'art. 39 comma 1 Cost., non escluso da alcuni³⁰³ in virtù della possibilità che, mediante l'art. 8, il legislatore sia intervenuto direttamente sulla struttura contrattuale, ma non appare condivisibile per due motivi.

In primis in virtù del dato letterale della norma legale, perché i contratti collettivi nazionali non regolamentano disposizioni di legge, bensì determinate materie in funzione normativa, che possono essere o meno oggetto, a loro volta, di disposizioni di legge.

In secondo luogo la nuova funzione derogatoria dei contratti di prossimità trae origine e legittimazione dalla stessa legge e, pertanto, non è condizionata al riconoscimento da parte dei contratti collettivi di diritto comune per esplicitare i suoi effetti: in altri termini, di una tale precisazione non vi era bisogno per garantire alla norma di realizzare i propri effetti rispetto a disposizioni di legge.

A riprova, in tutte le altre ipotesi nelle quali la legge riconosce al contratto collettivo di un determinato livello contrattuale una funzione derogatoria rispetto alla legge, tale regola non è

³⁰¹ V. art. 16, comma 2, del CCNL Telecomunicazioni del 5 dicembre 2005, inalterato dai successivi rinnovi o v. art. 22, comma II, del CCNL Gruppo Poste Italiane S.p.a. del 14 aprile 2011.

³⁰² Maresca, *ibidem*.

³⁰³ Garilli, *Intervento*, in *Contrattazione in deroga*, cit., 276-7.

specificata, anche se bisogna riconoscere che molte di queste ipotesi fanno riferimento a situazioni di crisi aziendale o alla risoluzione di problemi di gestione che mal si conciliano con difformi previsioni del contratto collettivo nazionale.

Infine, ragionare in quest'ottica conduce a ritenere, paradossalmente, che una funzione di schermo possa essere realizzata mediante contratti collettivi ad ambito applicativo diverso (ad esempio allo stesso livello territoriale mediante contratti collettivi di diritto comune) rendendo inoperativo il disposto legale, con effetti esattamente opposti al presunto obiettivo del legislatore.

Invece la formula fa chiaramente riferimento alle regolamentazioni delle materie di cui al comma 2 perché è nei contratti collettivi di categoria che esse risultano prevalentemente disciplinate.

4.2. L'irrilevanza delle clausole di inscindibilità contenute in contratti collettivi nazionali.

Potrebbe prospettarsi anche la circostanza per cui il contratto collettivo di prossimità intervenga, entro le materie indicate al comma 2, su istituti e clausole del Ccnl soggette a loro volta a clausole di inscindibilità totale o parziale, che subordinino l'efficacia di tali clausole, derogate *ex art. 8*, ad altre, estranee all'area di operatività della stessa intesa derogatoria.

Potrebbe, ad esempio, accadere che il contratto di prossimità deroghi al contratto collettivo nazionale soltanto in materia di orario di lavoro, ma quest'ultimo contratto riconosca come inscindibili tutte le clausole relative a orario, ferie, riposi, turni, sulle quali il contratto *ex art. 8* nulla dispone.

Inoltre, è ipotizzabile che futuri contratti collettivi nazionali prevedano come unico ed esclusivo meccanismo di deroga quello previsto dall'accordo interconfederale del 28 giugno del 2011 (che si differenzia nettamente da quello regolato dall'art. 8³⁰⁴) quale condizione per l'applicazione dell'intero contratto nazionale.

È evidente che tale evenienza, pur non essendo espressamente prevista dall'art. 8 comma 2-*bis*, che fa riferimento alle sole materie di cui al comma 2, va risolta secondo l'effetto previsto dalla norma.

Si deve ritenere che in entrambi i casi queste clausole non possano precludere la stipula delle intese *ex art. 8*, che, laddove concluse, dovranno considerarsi valide ed efficaci, stante la loro legittimazione *ex lege*.

Tuttavia, le parti stipulanti il Ccnl potrebbero condizionare l'applicabilità dello stesso contratto all'applicazione di tutte le sue clausole, comprese dunque anche quelle di inscindibilità, che non tollerano eventuali deroghe *ex art. 8*.

In sostanza, senza considerare la responsabilità endosindacale dei soggetti stipulanti le intese, il rischio è che, in questi casi, l'applicazione una singola deroga *ex art. 8* crei un "vuoto" di regolamentazione dei rapporti di lavoro rispetto a diritti individuali dei lavoratori, con riferimento

³⁰⁴ In tal senso G. Santoro-Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1230-1.

alle materie disciplinate dal contratto collettivo nazionale soggetto al vincolo di inscindibilità e sulle quali non sia intervenuta l'intesa in deroga.

Ai sensi del disposto dell'art. 8 comma 2-*bis*, la prevalenza delle intese contenute nei contratti di prossimità sulle regolamentazioni dei Ccnl relative alle materie del comma 2 sta a indicare che (solo) quelle regolamentazioni sono derogate e, dal momento che l'efficacia derogatoria deriva dalla legge.

Invece le difformi pattuizioni di livello collettivo – tra le quali, ad esempio, rientrano le clausole di inscindibilità – siano parzialmente disapplicate nel periodo di decorrenza delle intese, in favore delle singole clausole derogatorie ivi contenute, in quanto queste ultime godono di una legittimazione legislativa, mentre resterebbero applicabili le altre clausole o istituti del contratto collettivo nazionale derogato che non risultino direttamente oggetto di deroga e siano compatibili.

Il contratto *ex art. 8*, in quest'ottica, derogherebbe alle stesse clausole di inscindibilità.

4.3. Il rapporto tra contratti collettivi di diritto comune e contratti *ex art. 8*: l'ammissibilità di una modifica migliorativa da parte del contratto collettivo nazionale successivo alle intese *ex art. 8*.

Come visto, l'efficacia derogatoria può configurarsi rispetto a contratti collettivi nazionali vigenti all'entrata in vigore del contratto di prossimità recante una "specificata intesa",

Tuttavia, non è chiaro se il contratto *ex art. 8* continui a prevalere anche nel caso in cui subentri un nuovo contratto collettivo nazionale, che intervenga in modo diverso sulla stessa materia già oggetto di deroga³⁰⁵.

Si potrebbe optare per una risposta positiva in virtù dell'origine legale del potere di deroga del contratto di prossimità e, soprattutto, della sua natura di legge eccezionale, perché ammettendo la regola ordinaria del criterio di successione temporale, ancora utilizzata con alcuni ambigui correttivi dalla giurisprudenza³⁰⁶, il contratto collettivo nazionale successivo al contratto di prossimità potrebbe ripristinare condizioni di miglior favore³⁰⁷.

È vero però che ammettere una deroga di tipo incondizionato rispetto a qualsiasi regolamentazione collettiva di livello nazionale nel periodo di decorrenza del contratto di prossimità potrebbe comportare davvero un forte limite alla libertà di organizzazione sindacale e sollevare grossi

³⁰⁵ Ipotesi ammissibile secondo Perone, *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 7, che anzi proporrebbe l'applicazione del criterio di successione cronologica in queste evenienze, 7. In senso conforme Liso, *Osservazioni*..cit., 30; Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 165-6.

³⁰⁶ Si è osservato che il criterio di specialità non è da tempo seguito in misura significativa dalla giurisprudenza, privilegiandosi l'ambiguo criterio della volontà delle parti, eventualmente letta alla luce dei criteri di coordinamento contrattuale introdotti dall'autonomia collettiva, che il più delle volte si risolve nell'applicazione del criterio cronologico: Vallebona, *Diritto sindacale*, cit., 222 ss. e da ultimo v. Cass. 19 aprile 2006, n. 9052, cit. e Cass. 18 maggio 2010, n. 12098, cit.; *contra* Persiani, *Introduzione*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione*, cit., 2-3.

³⁰⁷ In q. senso Perone, *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 7.

dubbi di costituzionalità dell'art. 8 per contrasto con l'art. 39 comma 1 Cost., a maggior ragione ove si ritenga ammissibile l'ipotesi di un'intesa derogatoria priva di scadenza.

E tuttavia, quand'anche alle intese *ex art. 8* si riconoscesse natura di fonte delegata *extra ordinem*, la regola generale nei rapporti tra legge e contratto collettivo è che quest'ultimo possa derogare *in melius* le previsioni legali.

Stando alla lettera dell'art. 8, infine, esso sembra fare riferimento alle regolamentazioni vigenti al momento della stipula, ma non offre spunti per ritenere che la deroga si applichi anche ai contratti successivi.

4.4. La possibile illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 comma 1 Cost.

Secondo alcuni autori³⁰⁸, anche ammettendo che un contratto collettivo nazionale successivo possa ripristinare le tutele precedenti, l'art. 8 pone comunque regole specifiche che, riconoscendo poteri derogatori al contratto decentrato a prescindere dall'autorizzazione da parte del Ccnl, finiscono per alterare gli equilibri raggiunti al tavolo negoziale che ha condotto alla sottoscrizione dell'A.I. 28 giugno 2011³⁰⁹, la sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia privata collettiva, comunque delimitata, è indubbia e si presta a sospetti di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 39 comma 1 Cost. perché, riconoscendo per legge la prevalenza ad un livello contrattuale sull'altro, il legislatore giungerebbe a ledere la libertà, propria dell'organizzazione sindacale, da interferenze del potere pubblico³¹⁰, forzando mediante norme imperative eventuali assetti contrattuali difformemente concordati tra le parti.

Non si tratta neppure dell'unico episodio di un intervento legislativo difforme rispetto alla prassi contrattuale: è stato sottolineato infatti che a seguito della stipula del Protocollo del 1993 il legislatore ha continuato a delegare funzioni alla contrattazione collettiva prescindendo dal livello negoziale, oppure legittimando la contrattazione di livello aziendale, come con il d. lgs. n. 276 del 2003 in tema di orario di lavoro.

³⁰⁸ Leccese, *op ult. cit.*, 20; 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, 127, in *csdle.lex.unict.it*, 5; Ferraro, *cit.*, 20 ss.

³⁰⁹ E non solo: l'accordo del 28 giugno 2011, pur estremamente importante perché proprio del settore privato più sindacalizzato – l'industria – non ha la stessa ampiezza d'ambito applicativo propria del Protocollo del 1993, ed in altri settori, come ad esempio il Terziario nel 2011, non sono state elaborate regole ad esso conformi. Altri accordi interconfederali fanno riferimento, pur senza la firma della Cgil, all'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, nel quale in ogni caso si evincono principi di simile tenore circa la prevalenza del contratto collettivo nazionale e la sua funzione autorizzatoria di eventuali deroghe da parte dei livelli di negoziazione inferiori. Entro tale ambito, lo stesso contratto collettivo separato del Terziario, pur non essendo stato firmato dalla federazione aderente alla Cgil e pur presentando amplissimi margini di derogabilità del Ccnl, risulterebbe violato dalle previsioni dell'art. 8 nelle proprie previsioni.

³¹⁰ Già in riferimento all'accordo interconfederale cfr. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, *cit.*, 1221; Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *cit.*, 771; Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 539 ss.; Cfr. già Nogler, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997, 144.

In altri termini, il sostegno aprioristico e generale della contrattazione decentrata rispetto al Ccnl potrebbe violare la libertà sindacale di cui all'art. 39 comma 1 Cost., in quanto essa sarebbe prima di tutto una libertà dall'intervento eteronomo della legge³¹¹.

A quest'ultima considerazione si è obiettato da un lato che l'art. 39 comma 1 impedisce interventi eteronomi che vietano la contrattazione collettiva o che la limitino in modo tale da espropriarne le sue funzioni essenziali, mentre l'art. 8, al contrario, valorizza la contrattazione collettiva a scapito della legge stessa senza impedire che il rapporto tra i livelli contrattuali continui ad essere autonomamente disciplinato dalle parti sociali³¹².

Rispetto a tali osservazioni è stato obiettato che, in realtà, nonostante la previsione dell'art. 8, le parti sindacali restano libere di non dare attuazione alla norma di legge, rendendola inefficace sul piano dell'effettività: non vi è un obbligo di contrattazione ai sensi dell'art. 8 bensì, come è stato sottolineato³¹³, un insieme di tutele ulteriori riconosciute in presenza di determinati presupposti, qualora le parti intendano avvalersene.

Tale prospettiva non considera un aspetto: la libertà sindacale che si assume violata non è riferita alle organizzazioni sindacali (di livello aziendale o territoriale) legittimate ad esercitare le facoltà ad esse riconosciute dalla legge, che possono ovviamente optare per usufruirne o meno, bensì alle organizzazioni sindacali di livello nazionale, le cui disposizioni potrebbero essere derogate dalle rappresentanze sindacali ad esse aderenti, in assenza o in aperto contrasto con specifiche ripartizioni di competenze dalle previste a livello nazionale, sia federale che interconfederale³¹⁴.

La considerazione è rafforzata dal fatto che, come chiarito più volte, il potere cogente di tali ripartizioni opera in forma puramente indiretta, a livello giuridico come inadempimento o a livello endosindacale come responsabilità di tipo politico³¹⁵.

Come è stato efficacemente sottolineato, *“un conto è prendere atto, come fanno dottrina e giurisprudenza, della mancanza di una norma di legge che fissi una gerarchia tra i differenti livelli della contrattazione, altro è scriverla quella norma”*³¹⁶.

³¹¹ Scarpelli, *Rappresentatività e contrattazione..cit.*, 18-9 rispetto al comma 1. Cfr. anche F. Carinci, *cit.*, 464 e 480. Sul punto v. già le argomentazioni di Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 104, 627.

³¹² De Luca Tamajo, *Prime valutazioni..op. cit.*, 24; Perulli, Speciale, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *op. cit.*, 210-11, riprendendo lo stesso Scarpelli, *La libertà sindacale*, in Zoli (a cura di) *Le fonti. Il Diritto sindacale*, in F. Carinci (dir.), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. I, Utet, Torino, 102 ss. e Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 183 ss.

³¹³ De Luca Tamajo, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale..*, *cit.*, 27-8; Galantino, *Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 2, 14 ss.; Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, *cit.*, 6; Bavaro, *Azienda..cit.*, 164.

³¹⁴ Liso, *Osservazioni..cit.*, 30 ss. e spec. 32: *“Si dovrebbe convenire che prevedere la possibilità di deroga al contratto nazionale (consentendo che questo possa avvenire anche in contrasto con le regole che esso abbia posto al riguardo) e prevedere che la deroga abbia un'efficacia generale, comporta negare efficacia al contratto nazionale rispetto a lavoratori che abbiano invece pieno titolo per invocarne l'applicazione; questo implica – non v'è dubbio – una mortificazione della libertà sindacale che nella stipula di quel contratto si è espressa”*.

³¹⁵ Aspetto evidenziato da Tosi, *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 d.l. n. 138/2011*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga..cit.*, 135 e Barbieri, *op. cit.*, 466.

Senonché in altre occasioni, anche più recenti, il legislatore ha operato rinvii secondo una tecnica simile, ma di segno opposto: basti ricordare l'art. 1, comma 9, lett. b), della legge n. 92 del 2012, in cui si riconosce che, in merito all'individuazione di un regime alternativo per le assunzioni a termine acausali, siano abilitati ad intervenire “*I contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale..in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati*”. Secondo la stessa logica posta alla base di alcune critiche, sarebbe illegittimo anche l'intervento della legge n. 92 del 2012, che impedisce alla contrattazione aziendale, in assenza di delega proveniente dai livelli superiori, di regolamentare in modo concorrente un istituto.

Dunque l'argomentazione non è decisiva di per sé, perché o si ammette un intervento eteronomo, in caso di delega di funzioni da parte della legge su una determinata materia a un determinato livello di contrattazione collettiva, o non si ammette mai se non riferito a tutti i livelli di negoziazione.

Ma questa tesi non è condivisibile perché è rimessa al legislatore la valutazione di selezionare soggetti e livelli di contrattazione per garantire gli effetti perseguiti dalla legge, purché la scelta corrisponda a razionalità³¹⁷.

Proprio questo potrebbe essere l'elemento di differenziazione decisivo rispetto ai precedenti interventi legislativi, in quanto nell'art. 8 le materie e le finalità per la deroga autorizzata da questa norma risultano di ampiezza e vaghezza tale da poter rappresentare, di fatto, un riconoscimento legale generico e del tutto irragionevole della prevalenza sul livello contrattuale superiore, come tale non ammesso dall'art. 39, comma 1, Cost.³¹⁸.

Infine, appare di dubbia legittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 comma 1 Cost., che il legislatore affidi a organizzazioni sindacali rappresentative, attualmente, dei soli lavoratori subordinati – stante l'assenza di un'effettiva tutela collettiva dei lavoratori autonomi³¹⁹ - la deroga a disposizioni legali concernenti i rapporti di collaborazione a progetto, partite Iva³²⁰ e – senza alcun fondamento neppure nel testo dell'art. 8, comma 2 – di associazione in partecipazione (v. il caso *Golden Lady*, *infra*).

³¹⁶ Liso, *ult. loc. cit.*

³¹⁷ V. in questo senso le argomentazioni generali sviluppate da M. G. Garofalo, in riferimento alla selezione dei soggetti comparativamente più rappresentativi, nel suo scritto *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, 532.

³¹⁸ L'ampiezza e vaghezza delle materie è proprio il punto di unione di riflessioni anche molto diverse nei presupposti come quella citata di Bellomo, 285-7 e quella di Liso, 30-32.

³¹⁹ Con l'unica eccezione degli agenti, che godono di una tutela ormai consolidata nel tempo mediante gli accordi economici collettivi.

³²⁰ Maresca, *Prime interpretazioni del decreto*, in *Il diario del lavoro*, 29 agosto 2011, in www.ildiariodellavoro.it; Perulli, Speciale, *op. cit.*, 209-10; Galantino, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., 245-6.

5. L'efficacia generale dei contratti di prossimità. Inadeguatezza degli strumenti diversi dalla legge per risolvere il problema dell'efficacia *erga omnes*.

A più riprese la giurisprudenza maggioritaria ha escluso l'efficacia generale del contratto collettivo aziendale³²¹, e la Corte Costituzionale ha chiarito che i contratti collettivi non possono rivestire efficacia verso tutti i lavoratori, essendo l'art. 39 comma 4 Cost. ancora inattuato, ma vigente, con conseguente illegittimità costituzionale:

- di una legislazione basata sul sistematico recepimento del contenuto dei contratti collettivi³²²;
- di un rinvio legale in bianco all'autonomia collettiva³²³;
- della mera attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi per il semplice fatto di essere stipulati dai sindacati maggiormente o comparativamente più rappresentativi, che escluderebbe il principio della rappresentanza proporzionale entro l'ambito di convenuta applicazione³²⁴.

Il problema, come osservato, sembra non porsi per i cd. contratti collettivi gestionali, per i quali è stata elaborata la teoria della procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore, e più in generale per i contratti privi di una funzione normativa³²⁵, qualora si intenda attribuire rilevanza a tale distinzione funzionale.

La tesi dell'efficacia generale del contratto collettivo relativo ad interessi indivisibili, pur trovando alcune conferme nella giurisprudenza di legittimità³²⁶, confonde l'esigenza con lo strumento giuridico utilizzato per soddisfarla, senza risolvere sostanzialmente il problema.

Neppure la previsione in via legale dell'approvazione a maggioranza da parte dei lavoratori riuniti in assemblea sembra consentire il riconoscimento di efficacia generale al contratto collettivo aziendale³²⁷, perché la partecipazione del singolo partecipante non implica *ex se* l'accettazione del vincolo del principio maggioritario da comprovare in concreto, né risolve il problema dell'eventuale mancanza di partecipazione al voto da parte di lavoratori destinatari degli effetti del contratto collettivo.

Anche la tesi dell'efficacia generale del contratto collettivo aziendale stipulato da un soggetto eletto dai lavoratori, oltre a riproporre le problematiche sopra espresse in merito all'accettazione delle

³²¹ Cass. 1990, n. 1403; Cass. 1993, n. 1102; Cass. 1993, n. 4802; Cass. 1994, n. 4295; Cass. 2004, n. 10353.

³²² Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106.

³²³ Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 10.

³²⁴ Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 334, ma v. *contra* Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 344, secondo cui la legge può delegare funzioni di produzione normativa con efficacia generale al contratto collettivo, in qualità di fonte *extra ordinem*.

³²⁵ Corte Cost. 1994, n. 268; Corte Cost. 1996, n. 344; Cass. 2004, n. 11634.

³²⁶ Cass. 2 maggio 1990, n. 3607; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1438, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 61 ss. con nota di Nogler; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, cit.

³²⁷ Si adeguano a tale configurazione Cass. 1992, n. 298; Cass. 4 maggio 1994, n. 4295, in *Not. giur. lav.*, 1994, 285.

elezioni o alla mancata partecipazione al voto, richiede il conferimento espresso di fonte legale o negoziale del potere di stipulare per tutti.

5.1. Problematiche interpretative connesse alla condizione del rispetto di un “criterio maggioritario”.

Si è detto che qualora rispettino “un criterio maggioritario”, gli accordi aziendali stipulati ai sensi dei punti 4 e 5 dell’A.I. 2011 possono realizzare *ex art. 8*, comma 1, d. l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011 specifiche intese valide per tutti i lavoratori interessati dal contratto, con un’efficacia *erga omnes* piena ed effettiva perché riconosciuta anche dalla legge rispetto a tutti i lavoratori del territorio o dell’azienda cui si applichi il contratto collettivo.

Il rispetto del criterio maggioritario relativo alle “*predette*” rappresentanze sindacali, contenuto nel comma 1 dell’art. 8, è un requisito necessario solo per l’attribuzione di efficacia soggettiva *erga omnes* e non anche per l’efficacia derogatoria rispetto al contratto collettivo nazionale.

Infatti l’inciso è stato inserito con questa integrale formulazione “*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*”: il che, sia dal punto di vista letterale (essendo un inciso) sia considerando che l’intera formula è stata inserita con un unico intervento, suggerisce che il rispetto di tale criterio maggioritario valga solo per l’efficacia *erga omnes* e non per la deroga al Ccnl³²⁸.

Rispetto al contratto collettivo nazionale, l’ipotesi di un contratto di prossimità che deroghi ad esso senza avere efficacia verso tutti i lavoratori rappresenta un’ipotesi meno problematica, ma comunque destinata a non presentarsi in concreto, perché l’efficacia contrattuale dell’intesa derogatoria *ex art 8*, pur astrattamente ipotizzabile, priverebbe la stessa di quella portata generale, verso tutti i lavoratori, nei fatti necessaria a garantire il superamento della situazione di crisi o il conseguimento di significativi investimenti³²⁹.

In secondo luogo, se la approvazione a livello aziendale, secondo un criterio maggioritario, delle specifiche intese derogatorie *ex art. 8* si considera requisito essenziale ai fini della valida stipulazione delle stesse, e non solo ai fini della loro efficacia *erga omnes*, occorre comprendere se l’adozione di tale criterio implichi necessariamente il ricorso ai criteri di cui alle clausole 4 e 5 dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011³³⁰, o se possa essere concretamente ipotizzabile l’utilizzazione di un criterio maggioritario diverso, a scelta delle organizzazioni sindacali³³¹.

³²⁸ In questo senso Vallebona, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione*..cit., 347.

³²⁹ Con conferme da Corte Cost. 4 ottobre 2012 n. 221, su cui v. *amplius infra*

³³⁰ Si segnala la posizione di Perulli, Speciale, *ivi*, 37-41, i quali, pur riconoscendo la possibilità di ricorrere ad un diverso criterio maggioritario, sostengono che si tratti di un’ipotesi piuttosto teorica, considerato che difficilmente i sindacati che hanno accettato le regole indicate nell’A.I. del 2011, se ne discosteranno per la stipula delle intese in deroga

Nelle aziende che non raggiungano il requisito numerico minimo per la costituzione delle RSA o delle RSU (in entrambi i casi, il tetto minimo è di almeno 15 dipendenti nell'unità produttiva) e che, quindi, ne risultino prive, un contratto, tanto a livello aziendale quanto a livello territoriale, il contratto potrà essere stipulato solo da un sindacato esterno e ai fini dell'efficacia generale dovrà rispettare un criterio maggioritario differente.

È pur vero che lo stesso legislatore, qualche riga più in basso, pone tra le condizioni per la stipula delle specifiche intese *ex art. 8* (o quantomeno, per la loro efficacia generalizzata) il rispetto di un “*criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze*”, indicando in modo quasi inequivocabile le “*rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della legge e degli accordi interconfederali vigenti*”.

Si potrebbe replicare a tale osservazione che il legislatore abbia fatto riferimento alle “predette rappresentanze” soltanto per il caso in cui le stesse siano presenti in azienda e coinvolte nella stipula delle intese, ammettendo nelle altre ipotesi l'elaborazione di un diverso criterio maggioritario, ad esempio sulla base della maggiore rappresentatività comparativa su base nazionale o territoriale degli attori negoziali.

Oppure potrebbe ritenersi che quest'ultimo criterio – della rappresentatività comparata tra i soggetti esterni – sia di per sé idoneo ad escludere l'esigenza di una ratifica a maggioranza, ma senza il rispetto di un qualsivoglia criterio maggioritario non avrebbe giustificazione l'estensione degli effetti del contratto a tutti i lavoratori interessati.

In ogni caso, sempre sposando la tesi del “doppio passaggio”, nei contesti produttivi nei quali non siano presenti né questi ultimi soggetti sindacali esterni né RSA o RSU, sarebbe *a priori* assente il contratto di prossimità aziendale e quindi non sarebbe applicabile alcun contratto collettivo *ex art. 8*, mancando, in tali casi, i soggetti legittimati a livello aziendale a stipularlo così come ad approvare l'eventuale contratto *ex art. 8* di livello territoriale.

Qualora invece non fosse accolta la tesi del “doppio passaggio”, la conclusione sarebbe totalmente diversa, perché l'impossibilità di approvare un'intesa *ex art. 8* a livello aziendale non impedirebbe all'eventuale intesa contenuta in un contratto collettivo territoriale stipulato da organizzazioni comparativamente più rappresentative di dispiegare i propri effetti verso tutti i lavoratori interessati.

ex art. 8. Con la conseguenza che l'accordo di prossimità a livello aziendale, anche quando sottoscritto dalle organizzazioni sindacali esterne, sarà comunque sottoposto al vaglio delle rappresentanze operanti in azienda, che lo approveranno secondo la regola maggioritaria indicata nella norma interconfederale.

Ragionamento non replicabile, a parere degli stessi autori, per i contratti territoriali che, in quanto non contemplati dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 come fonte di contrattazione in deroga, rendono necessario elaborare un criterio maggioritario, che potrà anche escludere la consultazione delle Rsa/Rsu.

³³¹ Scarpelli, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in CSDLE.it, 2011, 127,15.

5.2. Un requisito non scindibile dalla deroga alla legge.

Il testo di legge appare “anatomicamente” scomponibile nei quattro requisiti per la valida stipula di intese *ex art. 8*, valide e con ogni probabilità orientate a garantire l’efficacia derogatoria del contratto (specificità delle intese contenute in un contratto aziendale o territoriale, rispetto delle finalità, legittimazione dei soggetti, materie) e in quello, aggiuntivo della disciplina dell’efficacia soggettiva dell’accordo (comma 1), valida *erga omnes* se rispettosa di un criterio maggioritario; va inoltre ricordato che le specifiche intese possono operare “anche” e non sempre in deroga rispetto a trattamenti legali e collettivi, e non necessariamente in senso peggiorativo.

In dottrina è stato sottolineato che in assenza del rispetto delle procedure e dei requisiti soggettivi dettati dal comma 1, il contratto collettivo *ex art. 8* potrebbe esercitare i propri effetti, anche derogatori, con “*la consueta limitata efficacia soggettiva*”³³².

Ad avviso di chi scrive, ciò è vero solo in riferimento al contratto collettivo nazionale, perché se pare possibile ipotizzare un contratto *ex art. 8* che deroghi a una regolamentazione contenuta in un contratto collettivo nazionale, anche in assenza del rispetto di un criterio maggioritario e dell’acquisizione di efficacia *erga omnes*, mentre tale ipotesi risulterebbe impossibile rispetto alla deroga a norme imperative di legge, perché lo strumento individuato dalla legge, mediante rinvio proprio, ossia mediante autorizzazione a derogare quanto previsto dalla norma legale³³³, giungerebbe a regolare in modo non uniforme situazioni uguali, sul presupposto del tutto irragionevole e penalizzante dell’iscrizione a un determinato sindacato., in violazione dell’art. 3 Cost.

5.3. L’impossibilità di ricondurre le intese specifiche *ex art. 8* a contratti gestionali.

Secondo una nota pronuncia del giudice delle leggi (Corte Cost. nn. 268/1994³³⁴) solo i contratti collettivi normativi sono soggetti ai vincoli posti dalla norma costituzionale, mentre i contratti che procedimentalizzano l’esercizio di un potere imprenditoriale, esulerebbero dalle regole ivi previste.

La Corte Costituzionale, accogliendo un’interpretazione dottrinale elaborata molti anni prima³³⁵, ha riconosciuto che “*si tratta di un tipo diverso di contratto, la cui efficacia diretta .. si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti (o del singolo imprenditore nel caso di*

³³² Vallebona, *Intervento*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*..cit., 347 e 350.

³³³ Si richiama la nota distinzione di Pinto, tra rinvii legali propri e rinvii impropri, nel suo scritto *Il lavoro part-time e la mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo nel d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 e le prospettive di riforma*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 275 ss., ripresa anche da Garofalo M. G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 531-2.

³³⁴ In *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, con nota di Manganiello, *Legge ed autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la Consulta introduce il controllo di ragionevolezza*, 251 ss.

³³⁵ Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., 101 ss. ma v. sul tema anche Vardaro, *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, 1987, 229 ss. e Sciarra, *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo* in *Lav. dir.*, 1987, 477-9.

accordo aziendale)”, di talché “*il contratto collettivo incide sul singolo prestatore di lavoro indirettamente*”.

Aldilà dell’opportunità di una distinzione tra funzioni del contratto collettivo, che ha ricevuto critiche da autorevoli interpreti³³⁶ per l’impossibilità di individuare tali elementi di distinzione funzionale³³⁷, occorre rilevare che essa, in sé considerata, consentirebbe *a contrario* di ritenere applicabile l’art. 39, parte seconda, ai contratti normativi³³⁸, e quindi alle intese *ex art. 8*, che non configurano contratti collettivi gestionali. Infatti, in questo tipo di intese manca la procedimentalizzazione dell’esercizio di un potere unilaterale del datore di lavoro, rispetto al quale l’accordo gestionale dovrebbe intervenire. Quand’anche si registrasse la sovrapposizione tra un accordo gestionale e le finalità espresse dall’art. 8, comma 1³³⁹, l’efficacia *erga omnes* discenderebbe di per sé e assai meno problematicamente dalla natura gestionale dell’accordo, senza violare l’art. 39, piuttosto che dalle intese *ex art. 8*.

5.4. Le intese *ex art. 8* come contratti delegati o regolamento, fonti *extra ordinem* svincolate dal rispetto dell’art. 29 commi 2 ss.: critica.

Più convincente potrebbe sembrare una distinzione basata sul famoso *obiter dictum* della seconda pronuncia (344/1996), alla cui stregua l’art. 8 d.l. potrebbe forse rientrare tra “*le 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, Cost.*”. Secondo l’argomentazione *illo tempore* fornita dal giudice delle legge, “*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, comma 3, del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n.863), i contratti di solidarietà (art. 2 del d.l. cit.), la*

³³⁶ Sono ancora di estrema attualità le considerazioni di Persiani nel suo saggio *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, cit., e v. anche L. Zoppoli, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLASS, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffré, Milano, 2002, 238 ss.; Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 109 ss.: per una critica recente, cfr. Romei, *L’autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, 200-1.

³³⁷ V. già a suo tempo, prima degli interventi legislativi, la tesi di Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffré, Milano, 1968, 23; cfr. G. Santoro-Passarelli, *Istituzionalizzazione..cit.*, 357. Per una rassegna delle diverse posizioni cfr. A. Zoppoli, *Sull’efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro flessibile*, in Rusciano, Zoli, L. Zoppoli, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, ESI, 317 ss.

³³⁸ Vallebona, *op. cit.*, 348.

³³⁹ Secondo Pessi, *Indisponibilità del tipo..*, cit., § 2.1, “*in molte ipotesi, i contratti di prossimità avrebbero «natura gestionale» e, dunque, potrebbero beneficiare della copertura offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 268/1994*”. Ma a ben vedere queste ipotesi di sovrapposizione non sembrano presentarsi rispetto a molte delle finalità indicate dal comma 1 ed al contrario sembrano circoscritte all’ipotesi di “*gestione delle crisi aziendali*” (e non occupazionali).

definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine (art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, sull'organizzazione del mercato del lavoro), ecc.”.

Occorre comprendere se le intese ex art. 8 possano rientrare, secondo questa configurazione, nel più ampio genere dei contratti collettivi delegati dalla legge “*a svolgere funzioni di produzione normativa con efficacia generale su materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro*”, perché in tal caso se ne dovrebbe dedurre l’inapplicabilità dei limiti dell’art. 39, parte seconda, relativi agli “altri” contratti.

Si tratta di valutare se il contratto contenente intese ex art. 8, in quanto delegato dalla legge, possa essere considerato una fonte *extra ordinem* del diritto del lavoro³⁴⁰.

Secondo la dottrina di Gino Giugni, nel tempo, la più stretta integrazione tra legge e contratto collettivo ha dato origine a fenomeni nei quali la disciplina di quest’ultimo non è più riconducibile, perlomeno integralmente, a quella elaborata da un’ultracinquantennale interpretazione dottrinale e giurisprudenziale sull’interesse collettivo, in primo luogo perché la rilevanza giuridica dell’interesse perseguito non sarebbe affidata all’art. 1322 comma 2 c.c., bensì rimessa alle norme di legge che espressamente prevedono e regolano il contratto stesso³⁴¹.

In tali ipotesi, l’autoregolamentazione di interessi intrinsecamente contenuta ed espressa dal contratto collettivo, ferma la natura privata dei soggetti e dei relativi interessi, è chiamata a svolgere una funzione integrativa o sostitutiva del precetto legale ed è la legge, di conseguenza, a predeterminare la materia sulla quale negoziare ed i soggetti ovvero i contratti chiamati a svolgere tale funzione³⁴², eventualmente selezionati sulla base di criteri di maggiore o comparativamente maggiore rappresentatività³⁴³.

³⁴⁰ In proposito si rinvia a Mengoni, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 692; Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 421 ss., in aperta critica alle interpretazioni che vedono nella disciplina del contratto di solidarietà dettata dalla legge n. 863/1984 un regime speciale di estensione dell’efficacia del contratto collettivo; Napoli, *I rinvii legislativi e i caratteri dell’autonomia collettiva*, *Intervento in Aa. Vv., Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 165 ss.; Proia, *Il contratto collettivo “fonte” e le funzioni della contrattazione collettiva*, in *Aa. Vv., Il sistema..cit.*, 133 ss.; A. Zoppoli, *Sull’efficacia soggettiva..cit.*, 316; G. Santoro-Passarelli, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 970 ss. Rusciano, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 553 ss.; Zoli, *Contratto collettivo come fonte..cit.*, 498 ss.; in senso fortemente critico Persiani, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 15 ss. e recentemente Scognamiglio, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, 487 ss. e spec. I §§ 5 e 10.

³⁴¹ Giugni, *Diritto del lavoro*, cit., 148. Cfr. Cass. n. 4508 del 27 febbraio 2007, secondo cui “*la disposizione contrattuale (nel caso di specie: sul tempo necessario per accedere alla qualifica di quadro o dirigente, art. 6 della legge n. 190 del 1985 in deroga all’art. 2103 comma 1 c.c.) in tal modo viene sussunta dalle norme di legge e ne condivide la natura. Da ciò consegue, da un lato, che i criteri di interpretazione della complessa disposizione in questione non sono quelli regolati dagli artt. 1362 e segg. cod. civ., bensì quelli previsti dall’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale; dall’altro lato che l’interpretazione della disposizione in questione può essere effettuata direttamente dal giudice di legittimità a norma dell’art. 360 cod. proc. civ.*”.

³⁴² Giugni, *ibidem*.

³⁴³ Ad es. nello Statuto gli artt. 7 comma 1, in tema di indicazione delle sanzioni disciplinari, art. 12 sull’attività intra-aziendale degli Istituti di patronato (con riferimento espresso ad accordi aziendali), 13 sul periodo minimo per l’assegnazione definitiva a mansioni superiori, 26 comma 2, ormai abrogato, sulla modalità di percezione dei contributi sindacali e 35 ult. comma sull’estensione delle norme dello statuto al personale navigante delle imprese di navigazione.

Una prima conseguenza dell'impossibilità di una piena riconduzione all'art. 1322 c.c., secondo il pensiero del giurista è che, qualora la norma di legge attribuisca efficacia generale al contratto³⁴⁴, anche implicitamente, una simile disposizione non potrebbe essere considerata in contrasto con l'art. 39, comma 4, perché il riconoscimento legale del contratto collettivo corrisponderebbe alla scelta d'uso, effettuata da una fonte eteronoma e gerarchicamente superiore, di uno strumento socialmente adeguato³⁴⁵.

E tuttavia, anche ammettendo tale ricostruzione, è dubbio che il riconoscimento in generale di determinate funzioni al contratto collettivo da parte della legge, ed in specie del potere di derogare a norme legali implichi il riconoscimento di una diversa natura del contratto collettivo, perché è più che sufficiente ritenere che in tali ipotesi il legislatore, anziché optare per una regolamentazione in via generale ed esclusiva mediante un precetto a carattere imperativo, abbia scelto di attribuire in via speciale a determinate materie il carattere della negoziabilità³⁴⁶.

Si può riconoscere un intervento legislativo di promozione di un determinato contratto collettivo, ma non si può prescindere: a) dal parallelo riconoscimento della sua natura di atto di autonomia privata, volto al perseguimento dell'altro interesse che gli è proprio: quello collettivo, b) in ipotesi di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto, dal rispetto di un pluralismo concorrenziale rispetto agli altri soggetti sindacali, secondo un criterio proporzionale e aperto³⁴⁷; in altri termini: dal rispetto dei commi 2 ss. dell'art. 39, che non tutelano altro che la stessa libertà sindacale del co. 1.

Invece, qualificare un contratto collettivo come fonte atipica di norme riconosciute efficaci *erga omnes* per (o giungendo a) giustificare la supplenza del modello costituzionale, implica la lesione della libertà sindacale degli altri soggetti e l'equiparazione del contratto ad espressione di una autorità normativa che funzionalizza lo strumento negoziale al **solo** interesse generale. Lo strumento contrattuale non sarebbe più orientato al perseguimento di un interesse collettivo ed **anche** generale, e sarebbe allora dubbia la sua riconducibilità alle tutele dell'art. 39 comma 1 Cost.³⁴⁸.

La critica di tenore generale si sostanzia nella constatazione, che *“Ove fosse qualificato come fonte atipica di norme riconosciute efficaci erga omnes in funzione di supplenza del modello*

³⁴⁴ E solo in tal caso, secondo D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in Aa. Vv., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, I, 305 ss., in quanto, a parere dell'A., la mera previsione di una funzione delegata dalla legge non varrebbe ad attribuire un'efficacia *erga omnes* al contratto.

³⁴⁵ Si consideri peraltro che Giugni già negli '80, nel suo scritto *Le relazioni industriali nella grande riforma*, in MD, 1982, 11, 7 ss., proponeva l'abrogazione dei commi 2 ss. dell'art. 39 Cost. con conseguente ampio rinvio alla legge ordinaria.

³⁴⁶ Persiani, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in Arg. dir. lav., 2004, 1 ss.; più in generale Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 67; di recente: Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, 206 ss.

³⁴⁷ Liso, *Osservazioni..cit.*, 38. Cfr. Scognamiglio, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in Riv. it. dir. lav., 2011, 4, 487 ss. e spec. I §§ 5 e 10 e Romagnoli, *Diritto del lavoro, torniamo alla Costituzione*, in www.eguaglianzaelibertà.it

³⁴⁸ Cfr. Persiani, *Contratti collettivi normativi..*, cit., 8. Pur senza ritenere inapplicabile l'art. 39 comma 1, Vallebona, *op. cit.*, 347, non ritiene configurabile la *species* del contratto delegato dalla legge.

costituzionale, il contratto collettivo non sarebbe più espressione dell'autonomia privata riconosciuta dall'ordinamento in eguale misura alle associazioni sindacali tra loro in competizione; ma sarebbe espressione di una autorità normativa conferita tacitamente soltanto ai sindacati ritenuti maggiormente rappresentativi: di tal che ai contratti stipulati da questi sindacati è assicurata la prevalenza su tutti gli altri applicabili nella stessa categoria o azienda. Si consumerebbe così una manifesta lesione della parità tra le organizzazioni e quindi della stessa libertà sindacale e una altrettanto manifesta violazione del principio del pluralismo sindacale, accolto e di fatto realizzato nell'attuale ordinamento (ed altresì garantito dall'art. 39 co. 1 Cost.)³⁴⁹. L'affermazione è pienamente condivisibile, perché evidenzia che la compressione della libertà sindacale di cui al comma 1 dell'art. 39 non può avvenire se non ai sensi dei commi successivi ad esso. Peraltro è stato acutamente sottolineato che la postulata, ontologica, diversità di funzione tra i contratti delegati e i contratti collettivi di cui all'art. 39 Cost. potrebbe implicare la funzionalizzazione di tali contratti all'interesse pubblico e non più collettivo. esulando così dalla stessa tutela costituzionale riconosciuta ai contratti collettivi cd. "normativi"³⁵⁰.

Un'interpretazione di questo tipo salvaguarda comunque l'ammissibilità dei contratti collettivi gestionali³⁵¹, mentre maggiori dubbi sussistono riguardo ai contratti di solidarietà, che non intervengono sul presupposto dell'esercizio di un potere unilaterale da parte del datore di lavoro³⁵².

In secondo luogo, è dubbia la stessa riferibilità dell'*obiter dictum* del giudice delle leggi alle intese ex art. 8, dato che da una lettura attenta e contestualizzata di quella sentenza, emerge che le esemplificazioni indicate sono riferite: a) a specifiche tipologie di contratti per singole situazioni individuate dalla legge; b) a tipologie sindacali e livelli contrattuali del tutto diversi; in sintesi: quella tecnica legislativa era del tutto diversa da quella perseguita dal legislatore del 2011³⁵³.

³⁴⁹ Ghera, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 195 ss. e spec. § 7. Cfr. anche Romagnoli, *Diritto del lavoro, torniamo alla Costituzione*, in www.eguaglianzaelibertà.it e Liso, *Osservazioni*.cit., 38, secondo cui, in conclusione, "si può anche condividere l'idea che sia opportuno creare un modello di rapporto tra legge ed autonomia collettiva diverso da quello classico, che vede la seconda necessariamente subordinata alla prima (modello che qualcuno potrebbe essere tentato di chiamare paternalistico). Ma non si può pensare che quell'idea possa essere attuata senza fare esplicitamente i conti con la seconda parte dell'articolo 39"

³⁵⁰ Persiani, *Contratti collettivi normativi*., cit., 8. Cfr. anche Vallebona, *op. cit.*, 347, secondo cui il rinvio legale in bianco all'autonomia collettiva le attribuirebbe efficacia generale con un sistema diverso da quello costituzionale e, quindi, non vincolato al principio maggioritario e di rappresentanza unitaria.

³⁵¹ Anche ritenendo fallace tale presupposto, si segnala la ricostruzione di Persiani, *op. ult. cit.*, 17 ss. secondo cui l'efficacia generale del contratto collettivo aziendale può essere giustificata comunque con l'indivisibilità del potere organizzativo del datore di lavoro, l'impossibilità di determinare discriminazioni sindacali e in considerazione della materia che costituisce l'oggetto di tali accordi, che rende priva di senso un'applicazione *inter partes*. Queste considerazioni, tuttavia, sembrano difficilmente replicabili rispetto alle intese ex art. 8, che fanno riferimento a materie che non implicano necessariamente l'indivisibilità del potere organizzativo o un'applicazione unitaria.

³⁵² In q. senso M. G. Garofalo, *op. cit.*, 535.

³⁵³ In questi termini le condivisibili argomentazioni di F. Carinci, *Al capezzale*, *op. cit.*, 55.

5.5. Art. 39 commi 2 ss. e contratti collettivi aziendali: per una lettura in chiave storica e non letterale della norma.

Un'obiezione rilevante, subito sollevata in dottrina³⁵⁴, secondo cui l'art. 39 comma 4 risulterebbe testualmente e storicamente riferito "alle categorie" e quindi non anche ai contratti collettivi aziendali, potendo essere al limite riferito al contratto collettivo territoriale³⁵⁵. Il dato letterale, riferito non a qualsiasi contratto collettivo, bensì ai contratti "di categoria", è in equivoco, ma prescinde dal fatto che, a seguito del periodo corporativo, la contrattazione collettiva avveniva esclusivamente a livello nazionale o territoriale (di categoria, per l'appunto), mentre, come osservato nella dottrina e giurisprudenza di allora, era addirittura posta in discussione la natura collettiva dei contratti aziendali, con applicazione, fino agli settanta, dell'art. 2077 c.c. alle disposizioni contenute in tali accordi, laddove difformi e peggiorative rispetto al contratto collettivo nazionale. Dunque la formulazione dell'art. 39, proprio perché riferita alle categorie e non a un determinato livello contrattuale, è di tenore generale o comunque va intesa, secondo un'interpretazione evolutiva e non apodittica della legge, come riferita anche al livello aziendale³⁵⁶.

Se si ritiene applicabile – come è opinione di chi scrive - alle intese ex art. 8 l'art. 39, seconda parte Cost., è inevitabile ritenere la norma inevitabilmente condannata a una declaratoria di illegittimità costituzionale³⁵⁷, ma anche tali considerazioni devono confrontarsi con il mutato ordinamento sindacale entro cui deve oggi essere collocato ad operare l'art. 39 Cost.

5.6. Conclusione: la necessaria applicazione dell'art. 39, commi 2-4 Cost. alle intese ex art. 8. Compatibilità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte pare possibile affermare che l'art. 8, nel riconoscere efficacia *erga omnes* alle intese specifiche intese di cui all'art. 8, non può sottrarsi alle regole poste dall'art. 39 commi 2 ss., perché ne costituisce "uno strumento di parziale attuazione"³⁵⁸.

Se si ritiene applicabile – come è opinione di chi scrive - alle intese ex art. 8 l'art. 39, seconda parte Cost., è inevitabile ritenere la norma inevitabilmente condannata a una declaratoria di illegittimità

³⁵⁴ Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 119; De Luca Tamajo, *Prime valutazioni..cit.*, 26; Maresca, *La contrattazione collettiva..cit.*, 18; Magnani, *L'art. 8 della legge..cit.*, 7.

³⁵⁵ Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 49; Pessi, *Ancora sull'art. 8..cit.*, 61.

³⁵⁶ A. Zoppoli, *Contratto..op. cit.*, 24-5 e cfr. Galantino, *op. cit.*, 14, secondo cui "il principio proporzionalistico 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".

³⁵⁷ Carabelli, *Articolo 8, co. 1..cit.*, 550-1.

³⁵⁸ Per usare l'espressione di Carabelli, *op. cit.*, 543.

costituzionale³⁵⁹, ma anche tali considerazioni devono confrontarsi con il mutato ordinamento sindacale entro cui deve oggi essere collocato ad operare l'art. 39 Cost.

Molto più significative appaiono quelle tesi che, sulla scia di quanto prospettato a suo tempo da Massimo D'Antona³⁶⁰, pur ritenendo il testo letterale dell'art. 39 comma 4 vigente ed applicabile anche al contratto collettivo aziendale, cercano di adattarne l'interpretazione letterale al mutato scenario sindacale in cui la norma dispiega i propri effetti, al fine di individuarne un nucleo essenziale di condizioni per la legittima efficacia generale del contratto collettivo³⁶¹.

Rispetto all'art. 8, si segnalano in particolare quelle tesi che tentano di fornire un'interpretazione compatibile con i commi da 2 a 4 dell'art. 39, individuando come punti fermi posti dalla norma l'apertura a tutti i soggetti sindacali e il rispetto di un criterio maggioritario rispetto ai lavoratori ai quali il contratto si riferisce, in proporzione agli iscritti³⁶².

Alla luce delle medesime considerazioni sul mutato contesto sindacale di riferimento, alcuni autori ritengono che a livello aziendale il rispetto di queste condizioni non è sufficiente, poiché non si può prescindere dal fatto che nell'esperienza sindacale italiana sono maturate forme di democrazia rappresentativa sindacale diretta (referendum) e indiretta (R.s.u.) che, quantomeno a livello aziendale – come ritenuto anche da alcuni autori³⁶³ – potrebbero essere prese in considerazione, con ovvie ripercussioni sul tema dell'art. 8 e del rispetto di un criterio maggioritario³⁶⁴. In quest'ottica, infatti, gli accordi di prossimità dovrebbero rispettare un principio di democraticità, coinvolgendo tutti i lavoratori interessati e non solo tutti i sindacati presenti nell'ambito di contrattazione³⁶⁵.

Ma in ogni caso sarebbe necessaria una sentenza interpretativa di rigetto di regola (e non di principio) da parte del giudice delle leggi.

³⁵⁹ Carabelli, *Articolo 8, co. 1..cit.*, 550-1.

³⁶⁰ D'Antona, *Il quarto comma dell'articolo 39 Cost. oggi*, in *Studi sul lavoro*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, 305 ss. e in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 690.

³⁶¹ Rusciano, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 96.

³⁶² Vallebona, *op. ult. cit.*, 347 ss. e spec. 349; Pessi, *Indisponibilità..*, cit., 544, secondo il quale la norma, nel rinviare a un criterio maggioritario, preserverebbe i tratti essenziali dell'art. 39, comma 4 Cost consentendone un'applicazione "per equivalenti".

³⁶³ In riferimento ad una delle due soluzioni: Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, ; a favore del ricorso a una combinazione tra dato elettorale ed associativo per l'attuazione dell'art. 39: Mariucci, *L'art. 8? Copiato dai cinesi*, cit.; v. già Rusciano, *La metamorfosi..cit.*, 48, a favore di un intervento legislativo di sostegno al referendum tra i lavoratori in azienda, in virtù del fatto che è "necessario che l'ordinamento statuale, se e quando attribuisce al prodotto contrattuale effetti normativi ultra partes, [...] si preoccupi della effettività, tanto della rappresentanza, quanto del fondamento democratico che ne sta alla base" (il tondo è dell'autore).

³⁶⁴ Cfr. ad es. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, 1, 47, secondo cui non sarebbe conforme alla norma costituzionale un'interpretazione del criterio maggioritario che faccia leva sulla sola maggioranza delle deleghe sindacali presenti in azienda. *Contra*: Vallebona, *op. ult. cit.*, 349, secondo cui tale criterio sarebbe certamente sufficiente. Sul tema v. già Pera, che ammette l'efficacia generale dei contratti collettivi oggetto di rinvio legale a condizione che "il contratto collettivo [...] risulti stipulato da sindacati di cui si possa comprovare la maggioranza nel complesso delle forze sindacalmente organizzate": v. anche Pera, Papaleoni, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2003, 158.

³⁶⁵ F. Carinci, *Al capezzale..cit.*, 55 ss. e spec. 58-9; Leccese, *Il diritto sindacale..op. cit.*, 28 ss.; Liso, *Osservazioni..op. cit.*, 34 ss.; Bavaro, *Azienda..op. cit.*, 179 ss.

E di certo non è compatibile con il principio maggioritario così individuato un contratto collettivo aziendale *ex art. 8* che sia considerato efficace *erga omnes* in quanto stipulato da un sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano nazionale o territoriale: in tal senso potrebbe aversi una sentenza interpretativa di accoglimento.

È stata anche sostenuta una possibile interazione positiva, nel settore industriale e ai fini del conferimento di un'efficacia soggettiva generale, tra tale interpretazione e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, nel senso che un accordo aziendale *ex art. 8* che rispettasse le clausole 4 o 5, anche nell'esercizio della deroga ai sensi della clausola 7, rappresenterebbe un esempio di concreta applicazione del principio maggioritario e del principio democratico³⁶⁶.

Questa ricostruzione, però, può valere solo a due condizioni: la prima è quella che le intese *ex art. 8* intervengano in modo conforme alla clausola 7.

Oltre a questa ovvia considerazione, per rispettare l'art. 39, comma 4, Cost., qualora si intenda tale norma come riferibile ai contratti collettivi aziendali e territoriali, è stato sostenuto che il contratto collettivo *ex art. 8* dovrebbe rispettare un criterio maggioritario, da intendersi come esteso a tutti i soggetti sindacali, basato su un criterio di proporzionalità³⁶⁷.

Ma un'applicazione "per equivalenti" dell'art. 39, seconda parte, esige che le modalità di svolgimento della contrattazione secondo una rappresentanza unitaria.

La prima conseguenza di tale affermazione è che le elezioni dovrebbero necessariamente aperte a tutte le sigle sindacali a pari condizioni, quindi con la partecipazione anche delle organizzazioni extraconfederali³⁶⁸.

La seconda conseguenza è che non possono essere applicate soglie minime di rappresentatività nell'ambito dei lavoratori interessati, se non approvate da tutti i sindacati operanti nell'ambito di convenuta applicazione.

Questi requisiti, ora come allora, non si possono ritenersi soddisfatti nel vigente accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 sulla disciplina delle R.s.u. ed impediscono un effettivo *enforcement* da parte dell'art. 8 alla funzione derogatoria prevista dalla clausola 7 dell'accordo³⁶⁹, per due motivi.

In primo luogo perché l'istituzione di tali rappresentanze e la presentazione di liste sono aperte alle sole associazioni sindacali firmatarie del Protocollo 23 luglio 1993 o alle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva ovvero formalmente costituite con un proprio

³⁶⁶ Bavaro, *ivi*, 181.

³⁶⁷ Vallebona, *Intervento*, 349-50, secondo cui si dovrebbe ritenere che il requisito necessario per l'efficacia *erga omnes* (e non per la deroga), rappresentano la maggioranza dei lavoratori dell'azienda medesima, anche in caso di contratto collettivo territoriale.

³⁶⁸ Icasticamente Liso, *Osservazioni*, cit., 34.

³⁶⁹ In questo senso Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, § 2.1.

statuto e atto costitutivo con liste corredate da un numero di firme di lavoratori dipendenti dall'unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto, a condizione che abbiano comunque espresso adesione formale al contenuto del presente accordo (parte I, art. 1 e parte II, art. 4 A.I. 20 dicembre 1993).

In secondo luogo è prevista la riserva di un terzo dei seggi alle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva (art. 2 A.I. 1993), che contrasta macroscopicamente con il principio di proporzionalità dei voti espressi.

Ma le regole dell'A.I. 1993 per rimuovere il terzo riservato ai sindacati, come previsto nell'accordo interconfederale sulla produttività del 21 novembre 2012 in armonizzazione all'A.I. 28 giugno 2011³⁷⁰ (peraltro non firmato dalla Cgil e non ancora attuato, nonostante il termine per la proposta delle modifiche fissata al 31 dicembre 2012) sarebbe necessario dotare il contratto collettivo nazionale di ben altre garanzie rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, in virtù del fatto che:

- non è attualmente riconosciuta, nell'ordinamento statale, efficacia reale alle clausole del contratto collettivo nazionale in caso di concorso-conflitto con clausole derogatorie del contratto collettivo aziendale, con conseguente necessità di demandare la soluzione del problema ad apposite clausole di responsabilità per i rappresentanti sindacali, o di composizione o autonoma risoluzione dei conflitti, che a loro volta, comunque, risultano di difficile giustiziabilità proprio perché non esiste una disciplina statale che assegni ad esse efficacia reale³⁷¹;
- al contrario, l'art. 8 della cd. manovra d'agosto opera in una prospettiva opposta, che attribuisce una funzione derogatoria delegata dalla legge, e perciò più forte, e peraltro non condizionata al rispetto di limiti e procedure predeterminati dal Ccnl.

Quand'anche la riserva di un terzo, poi, fosse rimossa, osterebbe ad una corretta attuazione dell'art. 39 comma 4 il problema della chiusura del meccanismo elettivo rispetto ad associazioni sindacali non aderenti al Protocollo e/o non firmatarie di Ccnl applicati nell'unità produttiva o dotate di una rappresentatività minima del 5% su base elettivo-associativa.

Si osserva peraltro un insanabile "corto circuito" nell'interazione tra il sistema contrattuale interconfederale di Confindustria e l'art. 8, laddove le parti sociali, per stipulare intese conformi sia alla clausola 7 che all'art. 39 commi 2-4, dovrebbero necessariamente aprire il proprio sistema di contrattazione (e quindi di rappresentanza in azienda) a tutti i sindacati presenti in azienda, rinunciando al contempo al terzo riservato, ma questa operazione non sarà mai ammessa dalle

³⁷⁰ Punto 3 dell'A.I. 21 novembre 2012.

³⁷¹ Rusciano, *Opinione*, in Grandi, Id., *Accordo del 23 luglio 1992 e contrattazione aziendale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 224.

confederazioni e dalle federazioni senza salvaguardare con le dovute garanzie la funzione centrale del contratto collettivo nazionale, riconosciuta dalle parti sociali e inequivocabilmente contraddetta dall'art. 8.

Un'interazione tra la norma legale e le intese derogatorie previste dalla fonte contrattuale sarebbe certo possibile se si ritenesse l'art. 39 commi 2 ss. non applicabile al contratto collettivo aziendale.

6. L'illegittimità costituzionale dell'art. 8 comma 3.

Del tutto particolare è la previsione di cui al comma 3 dell'art. 8, secondo cui *“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”*.

L'obiettivo di garantire retroattivamente l'applicazione delle regole dell'art. 8 comma 1 agli accordi Fiat di Pomigliano e Mirafiori risulta evidente ed è stato oggetto di una critica in sede dottrinale pressoché unanime nel riconoscere come fondati i dubbi di legittimità costituzionale della norma, nel riconoscere l'applicazione retroattiva della norma³⁷².

Qualora si riconoscesse la legittimità costituzionale dell'art. 8 ai commi da 1 a 2bis, secondo i requisiti tassativi previsti nel regime in vigore dal 14 settembre 2011, non potrebbe che derivarne la violazione dell'art. 3 Cost. da parte del comma 3, in quanto la norma accorda efficacia *erga omnes* a contratti stipulati in assenza di tali requisiti, perché basati unicamente sul rispetto di un criterio di democrazia sindacale³⁷³ e su un dato cronologico³⁷⁴.

7. Il rapporto tra contratti collettivi di livello aziendale e di livello territoriale stipulati ex art. 8 e insistenti sullo stesso ambito di applicazione e la successione tra contratti di prossimità

L'art. 8 non stabilisce espressamente alcuna priorità tra contratto di prossimità stipulato a livello territoriale e contratto di prossimità stipulato a livello aziendale. Il silenzio del legislatore può determinare qualche difficoltà in fase applicativa qualora entrambi i contratti intervengano (anche in deroga al Ccnl) sulle stesse materie, dettando discipline tra loro differenti, e l'uno sia stipulato in corso di vigenza dell'altro.

³⁷² Vallebona, *Intervento*, in *Contrattazione in deroga*, cit., 350. Secondo F. Carinci, *Introduzione*, ivi, 39 ss., si tratterebbe di un *“comma aggiunto per sanare i contratti collettivi separati partoriti nella vicenda Fiat, nel tentativo di far ritornare l'impresa torinese dentro la Confindustria”*

³⁷³ Perulli, Speziale, *op. cit.*, 217, sottolineano come la norma faccia riferimento ad una generica approvazione, e non ad un principio maggioritario e, tra i diversi principi violati, individuano anche quello della libertà sindacale.

³⁷⁴ Galantino, *Intervento*, in F. Carinci..cit., 266; critico anche Treu, *L'accordo del 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 3, 640.

Non sembra possibile, in queste ipotesi, individuare una gerarchia tra contratti di prossimità, nell'assenza di esplicite indicazioni al riguardo, né sembra possibile interpretare la disgiunzione “contratti collettivi aziendali o territoriali” di cui al comma 1 dell'art. 8 nel senso di ritenere sussidiario l'intervento di livello territoriale rispetto a quello di livello aziendale (“contratti di livello aziendale - o, in subordine - territoriale) perché *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Le disgiunzione, però, potrebbe essere interpretata come espressione di un rapporto di alternatività tra due livelli contrattuali³⁷⁵.

In quest'ottica, l'ultimo tra due o più contratti collettivi di prossimità non interferirebbe con l'eventuale contratto di prossimità (totalmente o parzialmente difforme) stipulato precedentemente, perché non troverebbe applicazione fino alla sua scadenza.

Qualora stipulato prima della scadenza del precedente contratto, esso sarebbe nullo per violazione dell'art. 8 comma 1.

L'alternatività, posta in questi termini, escluderebbe la coesistenza e, dunque, un eventuale conflitto tra i due contratti.

Il ragionamento avrebbe il pregio di essere applicato tanto nel caso in cui fosse il contratto aziendale a sopraggiungere a quello territoriale³⁷⁶ quanto in quello, speculare, di un contratto territoriale che vada ad incidere su aspetti già modificati *ex art. 8* da uno o più contratti di livello aziendale.

Una seconda lettura della disgiunzione “o”, potrebbe condurre a ritenere che il contratto di prossimità aziendale e quello territoriale, pur essendo sempre posti sullo stesso piano, possano anche insistere sullo stesso ambito di applicazione³⁷⁷, che è poi in concreto quello aziendale, e sovrapporsi l'uno all'altro senza che la vigenza dell'uno sia alternativa al subentro e alla vigenza dell'altro.

Comprendere le interazioni del contratto di prossimità successivo rispetto alle clausole già predisposte da un altro contratto di prossimità *ex art. 8* già vigente, assumerebbe rilevanza centrale e sembra utile distinguere il caso in cui intervenga prima un contratto territoriale da quello in cui sia intervenuto prima un contratto aziendale.

Nel primo caso, ove il contratto collettivo aziendale intervenga dopo il contratto collettivo territoriale, trattandosi di contratti posti dal legislatore sullo stesso piano, non sembra applicabile né il criterio gerarchico, né quello di specialità; proprio per questo il contratto aziendale potrebbe

³⁷⁵ V. Maresca, *op. cit.*, 18, il quale sottolinea come il rapporto tra contratto collettivo aziendale e contratto collettivo territoriale non sia stato intaccato dalla riforma, ma rimanga affidato all'autonomia delle parti sociali e, pertanto, può ipotizzarsi che i due livelli contrattuali continueranno ad operare alternativamente.

³⁷⁶ È bene, inoltre, rilevare che la norma non detta nessun criterio di prevalenza neppure con riferimento all'ipotesi di conflitto tra più contratti territoriali insistenti sullo stesso ambito applicativo (uno compreso nell'altro): ad es. un contratto regionale e uno stipulato a livello provinciale che presentino contenuto differente e siano tra loro incompatibili.

³⁷⁷ Avalla la tesi di una possibile coesistenza tra contratto di prossimità aziendale e contratti di prossimità territoriale Magnani, *op. cit.*, 5, la quale contrappone il silenzio del legislatore del 2011 all'espressa previsione di un'alternatività tra i contratti di livello aziendale e territoriale, contenuta sia nel Protocollo del 23 luglio 1993, che nell'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009, nonché in quello del 30 aprile 2009, relativo al settore pubblico.

prevalere in virtù del criterio cronologico, per la maggiore vicinanza del secondo contratto alle finalità che le specifiche intese si pongono come obiettivo, oppure privilegiando la effettiva volontà delle parti.

Qualora sia invece il contratto collettivo territoriale difforme da quello aziendale (peggiorativo o migliorativo rispetto allo stesso) a subentrare dopo l'entrata in vigore del contratto aziendale, si possono avanzare due opposte tesi, che si fondano, a loro volta, sulla differente interpretazione delle modalità di stipula del contratto collettivo di prossimità territoriale.

Infatti, ritenendo che il contratto territoriale, per avere efficacia verso tutti i lavoratori interessati, debba rispettare il criterio maggioritario relativo alle “*predette rappresentanze sindacali*”, di cui al comma 1 dell'art. 8, ne discende che il contratto territoriale dispiegherebbe efficacia *erga omnes* solo se e in quanto approvato in azienda nel rispetto di un criterio “maggioritario”, e quindi per approvazione delle RSA (o RSU) operanti in azienda, secondo la legge o secondo gli accordi interconfederali vigenti, compreso quello del 28 giugno 2011, oppure mediante intese contenute in contratti aziendali stipulati da soggetti sindacali comparativamente più rappresentativi a livello nazionale o territoriale³⁷⁸.

In sostanza, questo orientamento impone, per la conclusione di intese *ex art. 8* a livello territoriale, una sorta di “doppio passaggio”: il contratto collettivo di prossimità territoriale sarebbe valido *erga omnes* solo “in via mediata”, perché per essere concretamente applicato dovrebbe essere approvato a livello aziendale.

A sostegno di tale ricostruzione depone anche l'espressione “*con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*”, riferita all'efficacia soggettiva delle intese, che senza un doppio passaggio e quindi senza un'approvazione a livello aziendale renderebbe difficile delimitare l'operatività delle intese entro il proprio ambito di applicazione.

In questo modo non si porrebbe mai un problema di coesistenza, per conflitto tra contratti collettivi di diverso livello *ex art. 8*, perché il contratto territoriale successivo sarebbe comunque approvato allo stesso livello (aziendale) del precedente contratto e sempre nel rispetto di un criterio maggioritario, e dunque si applicherebbe pacificamente il contratto collettivo successivo nel tempo.

Pertanto, sarebbe improbabile l'avallo, da parte dei soggetti aziendali, di un contratto territoriale difforme da quello dalle stesse parti già stipulato a livello aziendale e ancora vigente.

³⁷⁸ V. in questo senso Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. IT “Massimo D'Antona” 2012, 7, il quale propende per la necessaria sottoscrizione a maggioranza anche dei contratti di prossimità territoriali da parte delle rappresentanze operanti in azienda. L'Autore evidenzia come tale ricostruzione permetterebbe, inoltre, di superare il delicato problema dell'individuazione dei criteri di misurazione della rappresentatività a livello territoriale e di aggirare i limiti dell'efficacia *erga omnes* del contratto territoriale derivanti (secondo parte della dottrina) dal comma 4 dell'art. 39 Cost. .

Questo ragionamento non sarebbe applicabile qualora si ritenesse che il criterio maggioritario di cui al comma 1 sia condizione indispensabile solo per la stipula del contratto collettivo di livello aziendale da parte delle Rappresentanze sindacali operanti in azienda, valutando al contrario sufficiente, per i soggetti territoriali, l'approvazione da parte di associazioni comparativamente più rappresentative a livello territoriale o nazionale: in altri termini, da parte del sindacato esterno all'azienda.

Secondo quest'ultima ricostruzione, il contratto di prossimità territoriale (anche in deroga) potrebbe essere applicato a tutti i lavoratori indipendentemente dalla "convalida" a maggioranza da parte delle rappresentanze sindacali operanti in azienda³⁷⁹.

Di conseguenza, recupererebbe anche in questo caso concretezza il problema della coesistenza di contratti di prossimità (di livello diverso) tra loro incompatibili.

³⁷⁹ Perulli, Speciale, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in CSDLE.it, 2011, 39.

CAPITOLO IV

Brevi cenni sulla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale nell'ordinamento spagnolo

1. Premessa metodologica: differenze tra i due ordinamenti e utilità di un confronto comparato.
- 2. Prima differenza di fondo: il riconoscimento legale di contratti collettivi con efficacia *erga omnes*. - **3. Seconda differenza di fondo: regole diverse e di tenore limitativo del concorso-conflitto tra *convenios colectivos estatutarios*.** - **4. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale dal 1994 al 2010: deroghe mediante contratti collettivi gestionali e deroghe retributive ai contratti collettivi di categoria validi *erga omnes*.** - **5. La riforma del 2010.** - **6. Le riforme del 2011 e 2012 in Spagna: dalle deroghe alla “priorità applicativa” del contratto collettivo di livello aziendale** - **7. Conclusioni: tendenze identiche e soluzioni simili entro un contesto regolato dal legislatore**

1. Premessa metodologica.

Il presente capitolo non corrisponde alla pretesa di effettuare una completa analisi in chiave comparatistica tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo in tema di funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, bensì di dar conto di alcune peculiarità proprie del secondo ordinamento, che possono offrire spunti di riflessione relativi ai diversi approcci e alle diverse soluzioni – soprattutto le più recenti – elaborate in un sistema giuridico simile al nostro per favorire la specializzazione e l'adattamento ai contesti produttivi dei trattamenti collettivi.

Del resto, è comune all'esperienza di altri paesi europei e non solo alla Spagna la tendenza ad individuare nel contratto collettivo aziendale lo strumento più idoneo a rispondere in modo pronto e più o meno certo alle pressioni competitive cui è soggetto il sistema produttivo nelle sue singolarità³⁸⁰. Un esempio è costituito dall'ordinamento tedesco, il cui sistema di contrattazione, originariamente centralizzato, è stato “rinnovato” con l'introduzione nella contrattazione collettiva categoriale di «clausole di apertura» (o di uscita) e altre possibili formule di differenziazione delle condizioni contrattuali tra imprese (specie in tema di orario di lavoro e clausole retributive).

Un altro esempio è rappresentato dall'ordinamento francese, dove la legge Fillon (n. 391/2004), ha modificato la precedente gerarchia delle norme concordate collettivamente, istituzionalizzando il

³⁸⁰ Cfr. Pessi, *Indisponibilità...cit.*, § 3 ed ivi i relativi esempi di ordinamento qui citati.

principio della sussidiarietà verticale in forza del quale la applicazione del livello superiore interviene solo qualora manchi la fonte regolatrice d'impresa³⁸¹.

Anche l'ordinamento spagnolo presenta spunti di rilievo nella comparazione in primo luogo perchè le riforme del 2010 (Real Decreto Ley n. 10/2010 e Ley n. 35/2010), del 2011 (*Real Decreto Ley* n. 7/2011,) e poi - dopo il cambio di Governo – la riforma del 10 febbraio 2012 (*Real Decreto Ley* n. 3/2012 e *Ley* n. 3/2012) hanno drasticamente potenziato la negoziazione collettiva di livello aziendale corrispondendo ad esigenze di incremento della produttività di matrice anche europea, non dissimili dal nostro ordinamento.

Anche in Spagna, peraltro, l'intervento del legislatore sulla negoziazione collettiva, soprattutto l'ultimo operato dal RDL n. 3 del 10 febbraio 2012, è stato effettuato in totale distonia rispetto alle previsioni dell'*Acuerdo interprofesional* (interconfederale) *para el Empleo* (occupazione) *y la Negociación Colectiva 2012-2014* del 25 gennaio 2012, orientate a gestire la ridefinizione degli assetti contrattuali secondo regole dettate esclusivamente dall'autonomia privata collettiva.

La divergenza, come si vedrà più approfonditamente, risiede nel fatto che la norma legale ha attribuito una serie di competenze, principalmente di tipo derogatorio rispetto alle previsioni dei contratti di livello superiore, del tutto svincolate da quanto previsto dalle parti sociali nazionali.

Si tratta di uno schema di intervento estremamente simile a quello osservato nella cd. Manovra d'agosto del d.l. n. 138/2011 e dalla legge di conversione, rispetto all'intesa unitaria, faticosamente raggiunta dalle parti sociali a livello interconfederale, mediante l'accordo del 28 giugno 2011.

Ma prima di descrivere l'estrema somiglianza tra le tendenze in atto e le soluzioni proposte nei due ordinamenti, è necessario cogliere i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico spagnolo, perché non si può omettere di sottolinearne la diversità di presupposti rispetto al nostro sistema giuridico.

Infatti l'ordinamento sindacale spagnolo rappresenta un'esperienza matura – aspetto di massimo interesse nella presente trattazione – di regolamentazione legale di materie di enorme rilevanza come le regole sul concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, sulla rappresentatività dei soggetti e sull'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, più precisamente a partire dallo Statuto dei lavoratori del 1980 e ss. modifiche.

Ciò è possibile perché i *convenios colectivos* disciplinati dallo Statuto dei lavoratori spagnolo del 1980 sono inseriti nel sistema delle fonti del diritto del lavoro (art. 3, comma 1, lett. b) ET)³⁸², in

³⁸¹ Ad eccezione di alcune materie in cui la deroga è espressamente vietata (salari minimi; classificazione dei posti di lavoro; misure supplementari di protezione sociale; fondi per la formazione professionale multi aziendale e intersettoriale) e prevedendo uno schema abbastanza rigoroso di misurazione della rappresentatività e dal principio di maggioranza.

³⁸² Cfr. l'art. 3, comma 1, lett. b) ET e le sentenze del *Tribunal Constitucional* 73/1984 de 27 du junio e 28/1992 de 9 de marzo, FJ n. 2; in dottrina v. l'analisi di Valdés Dal-Ré, *El modelo español de negociación colectiva*, in Aa. Vv., *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, Madrid, 1982, 32. L'efficacia normativa e, quindi, *erga omnes* del *convenio colectivo estatutario* è pressoché

posizione gerarchicamente superiore al contratto individuale (lett. c), rispetto alle cui previsioni possono essere riconosciuti espressamente trattamenti indisponibili, ed agli usi e consuetudini (lett. d).

Nel rapporto tra legge e contratto collettivo è espressamente sancita la prevalenza dei “*trattamenti minimi di diritto necessario*”, previsti dalla legge, e al di sopra di questi opera un criterio di *favor* per il lavoratore, con prevalenza della “*norma complessivamente più favorevole per il lavoratore, su computo annuale secondo gli aspetti quantificabili*”.

Questa configurazione del rapporto tra fonti è consentita dalla Costituzione spagnola, nella quale non sono presenti vincoli o linee di orientamento per il legislatore ordinario paragonabili a quelli contenuti nei commi 2, 3 e 4 dell’art. 39 Cost.: infatti l’art. 37 comma 1, con una formula scevra da condizioni e piuttosto generica, afferma “*La legge garantirà il diritto alla negoziazione collettiva in materia di lavoro tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, così come la forza vincolante dei contratti collettivi*”. Non sono quindi posti, a livello costituzionale, vincoli di unitarietà dell’agente negoziale e di proporzionalità nella misurazione del peso di ciascun sindacato partecipante alla trattativa.

A tale disposizione costituzionale è seguita l’introduzione *ex lege*, con il titolo III dello Statuto dei lavoratori del 1980 e successive modifiche, di determinate tipologie di contratti collettivi, dotati di efficacia soggettiva e oggettiva pari a quella di un atto normativo ed assoggettati ad una dettagliata regolamentazione della rappresentatività e dei rapporti, anche derogatori, in caso di concorso-conflitto su ambiti di applicazione distinti.

2. Una prima diversità di fondo: contratti collettivi come fonti legalmente riconosciute dotate efficacia *erga omnes* se approvati secondo un criterio maggioritario e proporzionale da delegazioni che rappresentino oltre la metà dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Per quel che attiene ai contratti collettivi di livello super-aziendale, i contratti collettivi oggi nettamente più diffusi sono quelli disciplinati sin dal 1980 dal titolo III dello Statuto dei lavoratori – *convenios colectivos estatutarios* – che rivestono efficacia normativa, con disapplicazione automatica del trattamento individuale *in peius* ed efficacia soggettiva *erga omnes* (art. 82, comma 3 ET), anche rispetto ad eventuali clausole di tregua sindacale (*paz laboral*, art. 82, comma 2 ET) che, invece, nell’A.I. 2011 (punto 6) possono rivestire soltanto efficacia *inter partes* e soprattutto sono rivolte alle organizzazioni sindacali.

unanimemente riconosciuta nella dottrina spagnola e così anche dalla giurisprudenza di legittimità: Tribunal Supremo 25 novembre 1997 (8624), Tribunal Supremo 24 novembre 2003 (2104). Tuttavia, per una argomentata ed analitica disamina in favore di un’opposta lettura della Costituzione e dello Statuto dei lavoratori spagnolo v. l’opera di Lahera Forteza, *Normas laborales y contratos colectivos*, Reus, Madrid, 2008.

In conseguenza di tali effetti, sin dal 1980 lo Statuto dei lavoratori spagnolo, al titolo III, pone una serie di procedure e requisiti per la negoziazione finalizzati a garantire uniformità dei trattamenti normativi ed economici a tutti i lavoratori nell'ambito di convenuta applicazione geografico-funzionale del contratto collettivo.

Anche in questo ordinamento, infatti, vige un principio di libertà delle parti sociali nella individuazione così come nella delimitazione del proprio ambito di riferimento, secondo un principio di reciproca legittimazione (art. 83, comma 1, ET).

Tuttavia entro l'ambito prescelto, affinché il contratto collettivo possa rivestire natura normativa con efficacia *erga omnes*, imperativa e sostitutiva di clausole contrattuali individuali difformi, immediatamente applicabile a prescindere dalla volontà delle parti individuali nell'ambito applicativo³⁸³, le parti stipulanti devono rispettare requisiti di rappresentatività minima tanto per l'accesso alle trattative, quanto per la validità dell'Accordo³⁸⁴.

Infatti possono partecipare alla negoziazione per contratti collettivi *estatutarios* soltanto i sindacati "comparativamente più rappresentativi" o, comunque, "rappresentativi", sulla base dei risultati delle elezioni degli organi elettivi di rappresentanza aziendale (i *comités de empresa*)³⁸⁵ nell'ambito di applicazione contrattuale³⁸⁶.

Per la validità dell'Accordo l'art. 88, comma 2, ET prevede che all'interno della *Comisión negociadora* regolarmente istituita per la negoziazione nell'ambito territoriale o nazionale di riferimento sia rappresentato, al momento della negoziazione, il 50%+1 dei lavoratori, negli stessi termini sopra indicati e – dal versante imprenditoriale – la maggioranza dei lavoratori coinvolti dall'applicazione del contratto collettivo.

³⁸³ Sentenza del Tribunal Constitucional (adunanza plenaria), n. 58/1985, de 30 abril.

³⁸⁴ Criticamente sul punto Cruz Villalón, *Estructura y concurrencia entre convenios colectivos*, in *Rev. Min. Trab. As. Soc.*, 2007, 68, 84-88, cfr. Tribunal Supremo 23 junio 1994, (5470), Tribunal Supremo 20 septiembre 1993, (6889).

³⁸⁵ Oppure – è importante precisare - dalle *Secciones Sindicales de Empresa* o dai *Delegados del personal* dei sindacati comparativamente più rappresentativi (vd. nota precedente) o che partecipino agli organismi di rappresentanza unitaria in azienda (i *Comité de Empresa*): questi organi di carattere associativo possono essere contemplati ai fini del raggiungimento del *quorum* in esame per la valida costituzione della commissione di negoziazione degli artt. 87-88 ET, purché tali rappresentanze, sommate tra loro, rappresentino in concreto la maggioranza dei membri dell'organismo unitario di rappresentanza in azienda. Il sistema spagnolo, quindi, non è puramente elettivo.

³⁸⁶ Il sindacato potrà essere:

1. "maggiormente rappresentativo" a livello statale (art. 6, comma 2, lett. a) *Ley Orgánica de Libertad Sindical* – L.O.L.S. – n. 11/1985 de 2 de agosto) o di Comunità autonoma (art. 7, comma 1, lett. a), L.O.L.S.) ove abbia conseguito, rispettivamente, almeno il 10% o il 15% degli eletti entro tale ambito;

2. "maggiormente rappresentativo per irradiazione" in caso di adesione ai predetti soggetti sindacali statali o delle Comunità autonome (art. 6, comma 2, lett. b) e 7, comma 1, lett. b) L.O.L.S.);

3. "sufficientemente rappresentativo" o, semplicemente, "rappresentativo" laddove abbia conseguito più del 10% nell'ambito geografico di livello inferiore (art. 7, comma 2, L.O.L.S.) ai fini della negoziazione nel livello inferiore (territoriale o aziendale);

4. in assenza dei suddetti requisiti, non rappresentativo e quindi abilitato soltanto a stipulare contratti privi del rango di fonte normativa e dotati di efficacia *inter partes*.

Criteri simili, in base all'art. 87, comma 3 ET valgono per le rappresentanze datoriali che concorrono a formare la *comisión negociadora* deputata alla stipula del *convenio colectivo estatutario*.

La *Comisión negociadora* è un soggetto autonomo che svolge la specifica funzione di delegazione trattante: essa firma il contratto collettivo che vincolerà tutti i lavoratori dell'ambito applicativo.

Per l'approvazione del contratto è sufficiente ex art. 89 comma 3, l'approvazione a maggioranza da parte dei membri di entrambe le delegazioni trattanti, sia per i lavoratori che per le imprese (in caso di contratti di livello superaziendale).

Possono essere stipulati comunque contratti collettivi al di fuori del sistema statutario - oggi statisticamente del tutto minoritari - laddove le parti sociali non abbiano raggiunto i requisiti minimi di rappresentatività o quando comunque non siano stati rispettati i requisiti procedurali e i *quorum* previsti dallo Statuto affinché il contratto ottenga la qualifica di *convenio estatutario*: in tal caso il contratto collettivo è detto *convenio colectivo extra estatutario* e per la prevalente giurisprudenza³⁸⁷, dispiega efficacia contrattuale – non, quindi, di fonte normativa - e *inter partes*.

Per quanto concerne i contratti di impresa (*pactos o acuerdos de empresa*), essi fino alla riforma del 1994 non erano contemplati dallo Statuto dei lavoratori e, quindi, non rientravano tra i *convenios estatutarios*. Successivamente, alcune singole disposizioni, come si vedrà, hanno iniziato a riconoscere a tali accordi alcune funzioni, anche derogatorie

Oggi invece può affermarsi con certezza che le regole previste nel titolo III dello Statuto dei lavoratori spagnolo per i contratti collettivi dotati di efficacia normativa si applicano anche a questi ultimi, alla luce dell'art. 1 comma 2 del RDL n. 7/2011, che espressamente li annovera nel titolo III dello Statuto dei lavoratori, dedicato proprio ai contratti collettivi dotati di natura normativa ed efficacia generale.

Ad ogni buon conto il principale problema del contratto privo di tale qualifica – l'efficacia *erga omnes* – era già risolto secondo i requisiti posti dalla legge.

Affinché l'efficacia del contratto aziendale divenga generale, sono necessari due requisiti:

- alla formazione della commissione di negoziazione devono partecipare la maggioranza dei membri delle rappresentanze unitarie previste dalla legge (mediante i *Comités de empresa* per le imprese con oltre 50 dipendenti, art. 63 ET, o i *delegados del personal* per le imprese occupanti da 10 a 49 dipendenti, art. 62 ET) sia direttamente attraverso le stesse rappresentanze, sia in forma disgiunta attraverso le proprie sezioni sindacati aziendali o propri delegati (*Secciones sindicales/delegados sindicales* di uno o più sindacati eletti nella rappresentanza unitaria).

³⁸⁷ Giurisprudenza di legittimità risalente STS 6 novembre 1986, in *Ar. Soc.* 12744/1986; STS 12 novembre 1987, in *Ar. Soc.* 24841/1987; STS 30 novembre 1998, in *Ar. Soc.* 10047/1998 STS 17 abril 2000 (3963) e di recente: STS 21 febrero 2006, in *Rep. Jur.* 1903/2006. Tribunal Constitucional, con le SsTC 131/1994 de 23 de mayo e 58/1985 de 30 de abril. Cfr. Sala Franco, Albiol Montesinos, *Derecho sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 399-400.

- A questo punto è la stessa rappresentanza unitaria, o l'insieme delle rappresentanze associative (che esprimano la maggioranza dei membri della rappresentanza unitaria) a costituire la delegazione trattante (*Comisión negociadora*) con il datore di lavoro, e il contratto deve essere approvato dal datore di lavoro, nonché dalla delegazione a maggioranza.

3. Una seconda diversità di fondo: regole diverse e di natura legale per la gestione del concorso-conflitto tra *convenios colectivos estatutarios*

Il sistema delle relazioni industriali in Spagna si caratterizza storicamente per la prevalenza di *convenios colectivos* di livello provinciale³⁸⁸.

Tuttavia, fino al 2012 la contitolarità negoziale tra contratti di settore e accordi di livello aziendale, non poteva porsi nei termini in cui si è verificata in Italia, e ciò in virtù del fatto che in Spagna, di regola, l'art. 84 comma 1 ET riconosceva l'immodificabilità del contratto collettivo nel proprio ambito di applicazione, durante la sua vigenza, da parte di contratti collettivi di diverso livello.

Quindi un contratto collettivo provinciale, di regola, non avrebbe potuto essere modificato né da un contratto nazionale, né da un contratto aziendale nel periodo di vigenza.

Dunque entro un sistema già fortemente regolato dalla fonte eteronoma di rango legale, tale previsione, inevitabilmente, condannava il contratto di settore nazionale, fino al 1980 vietato dalle leggi franchiste, ad un'applicazione sussidiaria rispetto ai già vigenti contratti collettivi provinciali.

Il concorso-conflitto tra contratti collettivi era ammesso soltanto in presenza (art. 83 comma 2 ET) di una diversa pattuizione, mediante accordi interprofessionali o contratti di categoria nazionale o regionale (di *Comunidad Autónoma*) nel tentativo di promuovere un ordinato sistema negoziale multi-livello, in grado di coordinare competenze e funzioni dei soggetti sindacali, organizzare la struttura della contrattazione collettiva, predisporre regole per risolvere il concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello ed un principio di complementarietà tra le diverse unità di negoziazione, stabilendo le materie che non avrebbero potuto essere oggetto di negoziazione a livelli inferiori (*id est* provinciale, aziendale o infra-aziendale).

Al funzionamento concreto di tale combinato-disposto si opponevano altri fattori:

- in primo luogo l'art. 84 comma 2 ET consentiva ai contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale di discostarsi (in *melius* o in *peius*) dai trattamenti previsti nei contratti collettivi di livello superiore (e quindi ai contratti collettivi provinciali rispetto a quelli nazionali), con efficacia *erga omnes* a condizione di essere approvati da parti sociali rappresentative di oltre il 50% dei lavoratori dell'ambito di applicazione del contratto: di fatto la creazione di un sistema contrattuale

³⁸⁸ Tradizione storicamente spiegabile, secondo Ojeda Avilés, *La riforma spagnola del mercato del lavoro: una pioggia sottile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, 282, con il divieto nel periodo franchista di contratti collettivi nazionali, dovuto al timore di scioperi generali.

ordinato “dall’alto” risultava completamente sminuita da tale previsione, che non solo lasciava in vigore i contratti collettivi provinciali, ma consentiva ad essi di derogare ai contratti nazionali;

- una volta scaduto il contratto collettivo, l'art. 86 comma 2 ET riconosceva la regola dell'ultrattività dei trattamenti normativi ivi previsti fino all'entrata in vigore di un nuovo contratto³⁸⁹, in modo simile a quanto previsto per il contratto corporativo dall'art. 2074 c.c., e tale aspetto aveva estrema rilevanza in riferimento ai trattamenti economici, essendo gli aumenti retributivi automaticamente indicizzati all'aumento dell'inflazione³⁹⁰.

Per tutti questi motivi, i contratti collettivi provinciali sono rimasti per lungo tempo la fonte di regolamentazione prevalente di garanzia dei trattamenti economico-normativi con efficacia *erga omnes*.

La riforma del RDL n. 7/2011 è rilevante perché, pur confermando questo assetto, al contempo riconosce, tuttavia, il potere della contrattazione collettiva aziendale di sovrapporre i propri assetti regolativi laddove non fosse intervenuto un accordo interconfederale o di settore su una serie di materie di assoluto rilievo (v. *infra*).

La riforma del RDL n. 3/2012 *de 10 de Febrero* (poi convalidata dalle Camere riunite mediante la Ley n. 3/2012 *de 6 de Julio*) ha fatto un passo ulteriore e previsto addirittura che, su quelle stesse materie, le previsioni aziendali prevalgano anche qualora sia già prevista a livello centrale (di settore o intercategoriale) una diversa ripartizione delle competenze: l'intenzione del Governo in carica sembra dunque essere quella - inversa rispetto al passato - di potenziare la contrattazione di livello aziendale a scapito della contrattazione di settore.

4. La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale dal 1994 al 2010

Dal 1980 l'art. 41 dell'*Estatuto de los Trabajadores* consentiva la modifica unilaterale da parte del datore di lavoro di quanto pattuito in virtù di un contratto o accordo collettivo su alcuni aspetti dell'organizzazione del lavoro e dei trattamenti normativi ivi previsti.

Si richiedevano da un lato ragioni tecnico-organizzativo-produttive da accertare in via giudiziale, e dall'altro l'autorizzazione dell'autorità amministrativa del lavoro, previo parere dell'Ispettorato del lavoro³⁹¹.

Con la Ley 11/1994 *de 19 de mayo*, tale norma viene modificata profondamente nella funzione, in quanto se per l'esercizio del potere di modifica, da un lato, è confermata la necessaria ricorrenza di

³⁸⁹ Ai sensi dell'art. 86 comma 2 ET, i contratti collettivi statutari prorogavano i propri effetti di anno in anno, salvo disdetta delle parti al rinnovo, ma ai sensi del comma 3 tale disdetta aveva efficacia immediata soltanto in riferimento alla parte obbligatoria del contratto, mentre per la parte normativa gli effetti si sarebbero mantenuti nei termini previsti dal contratto o, in assenza di accordo, fino all'entrata in vigore del contratto collettivo successivo.

³⁹⁰ Questo il quadro che si evince dalle riflessioni di Pedrajas Moreno, *Las cláusulas de revisión salarial establecidas en los convenios colectivos y la crisis económica*, in *Act. lab.*, 2009, 18, 2 ss.

³⁹¹ Cfr. García Murcia, *Los Acuerdos de Empresa*, CES, Madrid, 1998, 51.

“ragioni economiche, tecniche, organizzative e produttive”, dall’altro all’autorizzazione amministrativa si sostituisce una procedura di informazione e consultazione delle organizzazioni sindacali aziendali per modifiche a contratti collettivi *extra-estatutarios* (con efficacia contrattuale) o il riconoscimento di un potere di deroga, necessariamente mediante accordo, rispetto ai contratti collettivi *estatutarios*.

Più precisamente, a fronte della ricorrenza di tali presupposti questa norma riconosceva al datore di lavoro la possibilità di modificare le condizioni di lavoro previste dai contratti collettivi rispetto ai seguenti istituti: orario di lavoro giornaliero o settimanale (*jornada*, art. 41 comma 1 lett. a), distribuzione oraria del medesimo (lett. b), organizzazione dei turni (lett. c), “*sistema de remuneración*” (lett. d)³⁹², remunerazione del rendimento (lett. e) e mansioni (lett. f).

La deroga ai trattamenti previsti poteva avere “carattere individuale” qualora avesse comportato la modifica di condizioni di lavoro godute a titolo individuale, o “carattere collettivo”, con diverse condizioni di legittimità. La modifica era considerata di “carattere collettivo” se inerente a “condizioni riconosciute ai lavoratori in virtù di accordo o patto collettivo” o qualora fosse il frutto di una decisione imprenditoriale “ad effetti collettivi” (art. 41 comma 2 ET).

Le modifiche di carattere individuale non coinvolgevano infatti l’attività di autotutela collettiva ed implicavano per il lavoratore soltanto il diritto:

- ad un preavviso minimo di 30 giorni rispetto all’entrata in vigore delle modifiche
- nonché, nel caso in cui le stesse riguardassero l’orario di lavoro giornaliero o settimanale (comma 1, lett. a) la distribuzione oraria del medesimo (lett. b) organizzazione dei turni (lett. c), soltanto il diritto a dimettersi ed a ricevere un’indennità commisurata alla propria anzianità lavorativa (art. 41 comma 3 ET)³⁹³;
- restava fermo il diritto del lavoratore, in assenza di dimissioni, ad impugnare le modifiche per insussistenza delle ragioni “economiche, tecniche, organizzative o di produzione”.

Invece per la deroga “di carattere collettivo”, in via generale, era prevista soltanto una procedura di informazione e consultazione sindacale della durata minima di quindici giorni, entro il quale verificare le cause all’origine della decisione imprenditoriale, valutando l’applicabilità di evitare o ridurre gli effetti preannunciati e le misure necessarie per attenuare le conseguenze per i lavoratori, con obbligo di buona fede nello svolgimento delle trattative in vista del raggiungimento di un

³⁹² Da intendersi, fino al 2012, non come una riduzione dei minimi contrattuali, bensì come possibilità di condizionare a determinati risultati aziendali parte del trattamento economico mensile (nel caso di specie il 10% al ribasso, il 15% al rialzo), sia in senso peggiorativo che migliorativo: cfr. i punti in diritto nn. 4 e 5 della Sent. Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 10 marzo 2011, rec. 12/2011, in *Diario La Ley*, N° 7679, Sez. “*La Sentencia del día*”, 22 luglio 2011, XXXII, *LA LEY* n. 82790/2011.

³⁹³ In misura pari a venti giorni di retribuzione per ogni anno di servizio, fino ad un tetto massimo di nove mensilità, con riduzione *pro rata temporis* delle frazioni di anno (art. 40 comma 3 ET).

accordo approvato dalla maggioranza dei lavoratori tramite i propri rappresentanti (art. 41, comma 4 ET).

Decorsi i termini previsti dalla legge senza conseguire il raggiungimento di un accordo, il datore di lavoro avrebbe potuto comunque effettuare le modifiche.

Per le modifiche a trattamenti previsti in *convenios colectivos estatutarios*, disciplinati cioè in accordi dotati di efficacia generale, la modifica di carattere collettivo esige sempre e comunque l'accordo e non era possibile modificare l'orario di lavoro settimanale o giornaliero di cui alla lett. a).

Per quanto concerne le modifiche relative alla distribuzione dell'orario di lavoro (lett. b) e alle mansioni (lett. f), la norma precisava che le modifiche non sarebbero state considerate in alcun caso di carattere collettivo qualora il numero di lavoratori investiti dalle stesse nell'arco di novanta giorni dalla modifica fosse risultato inferiore:

- a 10 lavoratori in imprese occupanti meno di 100 lavoratori;
- al 10% dei lavoratori in imprese occupanti tra 100 e 300 lavoratori;
- a 30 lavoratori in imprese occupanti oltre 300 lavoratori.

Tanto la procedura obbligatoria di informazione e consultazione, quanto l'eventuale accordo (per deroghe a trattamenti collettivi efficaci *erga omnes*) avrebbero dovuto essere poste in essere tra il datore di lavoro e le R.s.u. aziendali, che come osservato in Spagna si identificano nei *Delegados del personal*, e nei *Comités de Empresa*, strutture di rappresentanza elettive aperte a tutti i lavoratori e a tutte le sigle sindacali.

Ma il sistema sindacale spagnolo conosce ovviamente anche la rappresentanza sindacale aziendale di natura associativa, rappresentata dalle Sezioni sindacali aziendali (*Secciones sindicales*) ed anch'esse possono partecipare a tali consultazioni, così come in via generale sono legittimate a negoziare direttamente a livello aziendale ed infra-aziendale, qualora, complessivamente considerate, rappresentino in base al numero dei lavoratori associati la maggioranza dei membri del *Comité de Empresa*, e cioè dell'organo elettivo e decidano di trattare al di fuori di tale organo.

Questo sistema di negoziazione collettiva in deroga "misto", assimilabile dal punto di vista tecnico al contratto gestionale perché riferita all'esercizio unilaterale del potere organizzativo del datore di lavoro, è stato in vigore dal 1994 al 2010 e procedure simili di informazione e consultazione sindacale, secondo le medesime soglie numerico-percentuali in base alle dimensioni dell'impresa, erano previste per ipotesi di trasferimento di gruppi di lavoratori (*Movilidad geográfica o traslado*, art. 40 ET).

Va precisato che le soglie numeriche per l'attivazione di tali procedure ed accordi erano le stesse previste per il licenziamento collettivo di cui all'art. 51 ET, ma a fronte di presupposti diversi, più gravi per quest'ultimo (situazioni economiche negative o ragioni tecniche-produttive-organizzative

idonee a garantire l'esistenza futura dell'impresa e dell'occupazione al suo interno mediante un'organizzazione delle risorse più adeguata) e assai meno gravosi per tali modifiche, essendo sufficiente che l'adozione delle misure modificative contribuisse a migliorare la situazione dell'impresa mediante un'organizzazione delle risorse più adeguata, idonea a favorire la competitività nel mercato o una miglior risposta alle esigenze della domanda.

Un quadro di azione, per l'esercizio della funzione derogatoria del contratto collettivo, molto ampio nei presupposti e nelle potenzialità d'azione.

Ma il ventaglio di condizioni modificabili non poteva riguardare la *cuantia salarial*, e cioè la retribuzione tabellare del contratto di lavoro determinata dai contratti collettivi *estatutarios* di categoria, perché la possibilità di disapplicare i minimi retributivi ivi previsti, per “imprese la cui stabilità economica avrebbe potuto essere danneggiata in conseguenza dell'applicazione di tale regime”, avrebbe dovuto essere prevista in apposite clausole (cd. clausole di deroga salariale, *clausulas de inaplicación o descuelgue salarial*) dai contratti collettivi statutari di livello superiore a quello aziendale (art. 82, comma 3 ET)³⁹⁴. Tali contratti, dunque di livello almeno territoriale, ne avrebbero dovuto determinare requisiti e procedure.

In assenza di tali clausole, la norma ammetteva una deroga mediante accordo aziendale tra il datore di lavoro ed i lavoratori, soltanto qualora ciò fosse “*richiesto dalla situazione economica dell'impresa*”, con possibilità, in caso di mancato raggiungimento dell'intesa, di affidare la risoluzione del conflitto ad una commissione bilaterale.

Senonché, come anticipato, i trattamenti retributivi erano disciplinati tradizionalmente a livello provinciale, dotati di efficacia *erga omnes* ed in regime di ultrattività per la parte economico-normativa, non modificabili durante la vigenza del contratto ed al contempo ancorati automaticamente all'inflazione per la determinazione degli aumenti retributivi: elementi che, complessivamente, spingevano le parti sindacali a non accordarsi mai per dare attuazione a questa norma³⁹⁵.

Si comprende come il meccanismo di deroga ai trattamenti economici, pur previsto, fosse raramente attuato sia per la difficoltà di ottenere un'autorizzazione “a monte” alla deroga³⁹⁶, sia per una generale opposizione politico-sindacale al ricorso a tale strumento anche in sede aziendale³⁹⁷, per l'incertezza del requisito posto dalle legge circa la situazione economica dell'impresa³⁹⁸.

³⁹⁴ La tecnica era utilizzata anche nei convenios colectivos extra estatutarios: Pérez De Los Cobos Orihuel, *Mecanismos legales de descuelgue salarial*, *Act. lab.*, 1997, 10, 45; Sempere Navarro; Meléndez Mordillo-Velarde, *El descuelgue salarial. Estudio de su Régimen Jurídico en la Negociación Colectiva*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, 20

³⁹⁵ Pedrajas Moreno, *op. cit.*, 2 ss.

³⁹⁶ Agut García, *La riforma del diritto del lavoro spagnolo del 2010*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, 594-5.

³⁹⁷ Già l'accordo quadro interconfederale sulla negoziazione collettiva del 5 gennaio 1980 ammetteva che gli incrementi salariali non sarebbero stati di necessaria e immediata applicazione, ma con interpretazione assai restrittiva,

Ma proprio l'aspetto dell'indicizzazione retributiva era quello che, in tempi di crisi economica, si è rivelato particolarmente gravoso per le imprese ed ha spinto il legislatore a modificare le regole contrattuali anche al fine di contenere l'aumento galoppante della disoccupazione, problema che, dopo anni di crescita economica e di crescita occupazionale (disoccupazione sotto la media europea nel III trimestre 2008) attualmente affligge l'ordinamento spagnolo più di ogni altro all'interno dell'Unione europea (oltre il 20% dal 2010, dati INE).

5. La riforma del 2010.

Proprio per questi motivi la *reforma del mercado del trabajo* del 2010, con la *Ley* n. 35, cerca di dare una graduazione tra i licenziamenti collettivi basati su ragioni "economiche" di cui all'art. 51 ET³⁹⁹, e le due possibilità di deroga riconosciute ai contratti collettivi aziendali:

a) dall'art. 41 comma 4 ET, per modifiche di condizioni sostanziali di lavoro determinate dai contratti collettivi⁴⁰⁰, qualora il datore di lavoro abbia comunicato l'intenzione di modificare unilateralmente tali condizioni, al termine di un periodo di informazione e consultazione obbligatorio delle rappresentanze aziendali.

b) dall'art. 82 comma 3 ET, in riferimento alla deroga ai trattamenti economici previsti dai contratti collettivi validi *erga omnes* e disciplinati dal titolo III dello Statuto.

Le due funzioni derogatorie, molto diverse tra loro, come osservato, per presupposti ed effetti, vengono modificate in modi diversi.

a) la prima ipotesi (art. 41 comma 4 ET), c.d. "flessibilità interna unidirezionale" perché rimessa all'impulso del datore di lavoro⁴⁰¹, presuppone ancora la sussistenza di ragioni tecnico-organizzative-produttive o economiche, ma la nozione di "ragioni economiche" viene ampliata, comprendendo non solo l'esigenza di migliorare "*la situazione*", ma anche "*le prospettive dell'impresa*", oltre che a prevenire un'evoluzione negativa della stessa.

limitata a quelle imprese che avessero accreditato obiettivamente ed esaustivamente situazioni di deficit o perdita economica.

³⁹⁸ Keune, *Decentramento salariale: la regolamentazione e l'uso di clausole di deroga sui salari in sette paesi europei*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 2, il quale sottolinea (339 e 342) che nonostante la maggior parte degli accordi di settore abbia previsto tali clausole, esse in concreto non sono state utilizzate per la stessa opposizione sindacale.

³⁹⁹ In base al riformulato art. 51 comma 1 ET per *despido colectivo* si intende l'estinzione di rapporti di lavoro basata su ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive. In particolare, per la norma, le cause economiche consistono in una situazione economica negativa, in ipotesi assimilabili alla sussistenza di perdite economiche attuali o previste, o di fronte alla diminuzione persistente del livello di entrate dell'impresa, che possano affliggere la sua vitalità economica o la sua capacità di mantenere il volume di occupazione.

⁴⁰⁰ E ora anche infra-aziendale, per mezzo degli accordi di stabilimento, sebbene in questo caso non sia modificabile la "*jornada laboral*": art. 41 comma 6 ET come modificato dal RDL n. 10/2010, cfr. Alfonso Mellado, *Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna*, in *Id.*, Blasco Pellicer, Camps Ruiz, Goerlich Peset, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 117.

⁴⁰¹ Fernández Avilés, *Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna*, in *Rel. lab.*, 2011, 11, 5.

Fermi i presupposti oggettivi, la deroga ai contratti collettivi statutari, validi *erga omnes*, viene ammessa per tutte le materie “*in qualsiasi momento*” tranne che per l’orario di lavoro giornaliero o settimanale disciplinato a livello nazionale, ed è previsto in ogni caso l’obbligo di inviare il testo dell’accordo allo specifico ente paritetico istituito in ciascun settore, per garantirne il controllo (art. 41, comma 6).

Del resto la stessa norma attribuisce il potere agli accordi interprofessionali di stabilire procedimenti di applicazione generale e diretta per risolvere le difformità tra i diversi livelli negoziali, eventualmente ponendo, mediante clausole compromissorie, l’obbligo di ricorrere allo strumento dell’arbitrato.

Viene inoltre previsto che, ove non siano presenti rappresentanze sindacali aziendali (i *comités de empresa/delegados del personal*), quindi in imprese con meno di 10 lavoratori⁴⁰², ai lavoratori spettino comunque due opzioni:

1) l’attribuzione di un mandato speciale finalizzato all’accordo agli organi “maggiormente rappresentativi” o “rappresentativi” del settore di appartenenza dell’impresa, aprendo quindi al sindacato esterno, e cioè a soggetti che seppur qualificati in virtù di una rappresentatività certificata, sono esterni alla realtà produttiva;

2) l’individuazione di una delegazione *ad hoc*, formata da lavoratori della stessa impresa (o unità produttiva) eletti dai lavoratori stessi⁴⁰³.

Viene anche riconosciuto il potere, per il datore di lavoro e le rappresentanze dei lavoratori, di convenire in qualsiasi momento la sostituzione del periodo di consultazione con un procedimento di mediazione o arbitrato collettivo applicabile nell’azienda, da svolgersi entro il termine massimo ivi previsto.

Qualora il periodo di consultazione si concluda con un accordo, l’art. 41 comma 4 pone una presunzione di sussistenza delle ragioni giustificative della deroga (tecniche, organizzative, produttive, economiche), con possibilità di impugnare l’accordo soltanto per frode, dolo, violenza o abuso di diritto nella sua conclusione.

b) per la deroga ai trattamenti minimi economici dei contratti statutari di settore (nazionali o provinciali)⁴⁰⁴, la riforma del 2010 (art. 6 *Ley* n. 35/2010), oltre all’ipotesi in cui possano essere

⁴⁰² Per imprese tra 6 e 9 lavoratori è consentito istituire *delegados del personal* qualora lo richieda la maggioranza dei lavoratori (art. 62 ET).

⁴⁰³ Utile incentivo ad un confronto collettivo in realtà non sindacalizzate secondo Llano Sánchez, *La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos*, in *Act. lab.*, 2010, 22, 2640, ma rischiosa soluzione, posta l’attribuzione di un potere di trattativa a soggetti potenzialmente privi di esperienza sindacale e direttamente esposti al potere del datore di lavoro.

⁴⁰⁴ Cioè di livello superiore a quello aziendale, a differenza del meccanismo dell’art. 41 ET, che può valere anche per la modifica unilaterale, da parte del datore di lavoro, di accordi di impresa (Mercader Uguina, *Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociacion colectiva de empresa*, in Aa. Vv., *La reforma laboral 2010, Aspectos prácticos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, 168) o di gruppi di imprese (Sempere Navarro, Meléndez Morillo-

concretamente danneggiate dall'applicazione del regime dei minimi retributivi settoriali le condizioni economiche effettive dell'impresa, ha ammesso la deroga anche nell'ipotesi di un rischio di concreto danno per “*le prospettive della stessa (azienda)*”, purché in misura tale da mettere a rischio il mantenimento dei livelli di occupazione in aziendali, ampliando i presupposti per la legittimità del ricorso allo strumento. Questo sistema prevedeva che la valutazione negativa dello stato aziendale fosse suffragata da un rischio, almeno potenziale ma concreto, per la stabilità occupazionale dell'organico aziendale, senza esigere un concreto e consistente calo dei ricavi, come richiesto per il licenziamento collettivo, da considerare l'*extrema ratio*.

La norma di legge non fa più riferimento agli accordi di settore e interconfederali per prevedere tale ipotesi e l'intervento eteronomo del legislatore è stato criticato per aver del tutto ignorato l'accordo interconfederale del 2010-2012, che pure prevedeva soluzioni simili⁴⁰⁵, mostrando i primi segni di squilibrio verso la contrattazione di livello aziendale⁴⁰⁶.

Per questo tipo di deroga, la Ley 35/2010 aveva previsto⁴⁰⁷ in ogni caso che la durata dell'intesa modificativa non potesse superare i tre anni (art. 82 comma 3 ET), insieme all'obbligo per le parti contraenti di prevedere misure di “convergenza progressiva” verso il recupero dei trattamenti economici minimi nel caso di sopravvenuta insussistenza delle cause indicate.

Quindi la deroga ai minimi retributivi si collocava, per ampiezza dei presupposti di legittimità, in una posizione intermedia tra il licenziamento collettivo e le deroghe *ex art. 41 ET*, ammesse anche per prevenire evoluzioni negative aziendali o anche soltanto migliorare la competitività dell'impresa.

6. Le riforme del 2011 e 2012 in Spagna: dalle deroghe alla “priorità applicativa” del contratto collettivo di livello aziendale

La riforme del 2011 e del 2012 perseguono un obiettivo estremamente simile a quanto realizzato in Italia con l'art. 8 del Governo Berlusconi: il potenziamento del contratto collettivo aziendale nella sua funzione di adattamento alle esigenze delle imprese, con prevalenza sui trattamenti determinati da contratti di differente e superiore ambito applicativo.

Attraverso l'intervento del RDL n. 7/2011, art. 6, comma 5, vengono unificati i presupposti e le procedura di deroga previste per le modifiche sub a) e sub b): non sussiste più alcuna graduazione di gravità tra le due funzioni derogatorie, ammesse a fronte di ragioni tecniche-organizzative-produttive

Velarde, *Convenios colectivos y descuelgue salarial*, in Sempere Navarro, Martín Jiménez, *La reforma laboral de 2010*, 51). V. però Gala Durán, *Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)*, in *Act. lab.*, 2012, 11, 1309, secondo cui la modifica è meno incisiva di quanto possa sembrare, perché le deroghe continueranno ad essere largamente rivolte al contratto collettivo di settore.

⁴⁰⁵ Baylos Grau, *El papel de la autonomía colectiva en la reforma de las relaciones laborales*, in Martínez Abascal (coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Tarragona, URV, 1995.

⁴⁰⁶ García Ninet, *Sobre la reforma del mercado de trabajo*, in *Trib. soc.*, 2010, 235, 10.

⁴⁰⁷ Disposizione vigente fino all'entrata in vigore della Ley n. 3/2012.

o dell'esigenza di migliorare “*la situazione e le prospettive dell'impresa*” o a prevenire un'evoluzione negativa della stessa, senza poter identificare ciò con l'esigenza di competitività e di risultati economici dell'impresa⁴⁰⁸.

Inoltre è stabilito (art. 84, comma 2 ET), che il contratto collettivo aziendale rivesta “priorità applicativa” rispetto a contratti collettivi di qualsiasi altro livello su una serie di rilevanti materie.

Le materie sono relevantissime e consistono nelle seguenti: a) la quantità della retribuzione e degli emolumenti retributivi aggiuntivi, compresi quelli condizionati alla situazione ed ai risultati dell'impresa; b) il pagamento o la compensazione delle ore di lavoro straordinario e retribuzione specifica del lavoro a turni; c) l'orario e la distribuzione temporale della prestazione di lavoro, il regime di lavoro a turni e la pianificazione annuale delle ferie; d) l'adattamento al contesto aziendale del sistema di classificazione e inquadramento professionale dei lavoratori; e) l'adattamento delle modalità di negoziazione a contratti collettivi di livello aziendale; f) le misure per favorire la conciliazione tra vita personale, familiare e lavorativa.

Questa priorità applicativa rappresenta una vera eccezione al principio del contratto collettivo unico per ogni unità produttiva⁴⁰⁹, che secondo la riforma del 2011 poteva essere impedita soltanto in sulla base di regole di ripartizione di materie differenti da parte degli stessi contratti collettivi di settore o di accordi interconfederali.

Con il RDL n. 3/2012 del nuovo Governo Rajoy la spinta verso il decentramento contrattuale è ancora più forte perché è stato eliminato anche questo limite.

Infatti la norma (art. 14 comma 2) accorda tale priorità applicativa nonostante una diversa ripartizione delle funzioni e competenze dei contratti collettivi a livello intercategoriale o nazionale o regionale, che viene anzi espressamente vietata.

Tuttavia l'elenco di materie non rappresenta nemmeno un *numerus clausus*, perchè ulteriori materie possono essere delegate – e verrebbe da domandarsi cosa rimanga in concreto – dalla contrattazione collettiva di livello nazionale o interconfederale (art. 1, comma 2, RDL n. 7/2011, oggi, art. 84 comma 1 lett. g) ET) come integrato dall'art. 14 comma 3 del RDL n. 3/2012).

Vengono inoltre potenziate le due tipologie di deroga, mediante accordo aziendale (art. 41 comma 6 e art. 82 comma 3 ET) di trattamenti collettivi previsti da contratti collettivi, con equiparazione delle materie derogabili: orario di lavoro giornaliero o settimanale (*jornada* lett. a), distribuzione oraria del medesimo (lett. b), organizzazione dei turni (lett. c), il sistema di remunerazione e – ora –

⁴⁰⁸ López Aniorte, *Régimen jurídico del descuelgue salarial*, in *Ar. soc.*, 2011, 6, 5.

⁴⁰⁹ Art. 84 comma 1 e v. il comma 2, ultimo periodo, ET, dove viene espressamente riconosciuto che i contratti collettivi di settore e gli accordi interconfederali non possono rivestire la medesima priorità applicativa.

anche la quantità della retribuzione⁴¹⁰ (lett. d)⁴¹¹, remunerazione del rendimento (lett. e) e mansioni (lett. f).

Qualora la deroga investa materie regolate dai contratti di categoria statutarie (art. 82 comma 3), la deroga è ammessa, come eccezione alla regola dell'efficacia generale del contratto collettivo statutario⁴¹², a fronte di ragioni tecniche, organizzative, produttive o "economiche", intendendosi queste ultime integrate da "*una situazione economica aziendale negativa, desunta dai risultati, in casi come l'esistenza di perdite attuali o previste, o la diminuzione persistente (per oltre due trimestri consecutivi) dei ricavi o delle vendite*"⁴¹³. Per la deroga ai minimi retributivi (cd. *descuelgue salarial*) non si richiede più, quindi, che la stabilità occupazionale dell'organico aziendale sia almeno potenzialmente a rischio, ma bastano i dati relativi a perdite economiche⁴¹⁴.

In tutti gli altri casi (art. 41 comma 4) è sufficiente che il datore attivi il procedimento per la modifica di tali condizioni sostanziali di lavoro, ma le ragioni tecniche, organizzative, produttive o "economiche" possono identificarsi con mere esigenze di produttività o competitività.

Rispetto a tale ipotesi di deroga, cambia la nozione di "modifica di carattere collettivo", che non risulta più basata sulla natura collettiva del riconoscimento di determinati diritti, come in precedenza, bensì solo sul dato numerico-percentuale di lavoratori coinvolti dalle modifiche, riducendo notevolmente l'ambito delle modifiche soggette alla procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore⁴¹⁵.

Ma quale è la differenza tra i due istituti, che giustifica il posizionamento in due norme distinte a fronte delle stesse materie?

Anzitutto, nel primo caso, la durata della deroga è connessa alla durata del contratto statutario cui accede, nel secondo caso è di durata indeterminata.

Inoltre nel primo caso la deroga fa riferimento a un contratto collettivo statutario, di natura normativa e vincolante per tutto il personale in forza nell'ambito di applicazione convenuto tra le

⁴¹⁰ In precedenza tra le materie si faceva riferimento al solo "sistema de remuneración" che però, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità (TS de 27 de junio de 2005, in RJ 7325/2005, TS de 4 de abril de 2006, in RJ 4665/2006) incide solo sulla forma di calcolo delle voci retributive e sulla loro distribuzione interna, ma non sulla quantità della retribuzione.

⁴¹¹ Da intendersi, fino al 2012, non come una riduzione dei minimi contrattuali, bensì come possibilità di condizionare a determinati risultati aziendali parte del trattamento economico mensile (nel caso di specie il 10% al ribasso, il 15% al rialzo), sia in senso peggiorativo che migliorativo: cfr. i punti in diritto nn. 4 e 5 della Sent. Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 10 marzo 2011, rec. 12/2011, in *Diario La Ley*, N° 7679, Sez. "La Sentencia del día", 22 luglio 2011, XXXII, *LA LEY* n. 82790/2011.

⁴¹² Sempere Navarro; Martínez Jiménez, *Claves de la Reforma Laboral de 2012*, Navarra, Aranzadi, 2012, 126.

⁴¹³ Nel caso in cui la modifica unilaterale dei trattamenti collettivi non investa un contratto dotato di efficacia normativa ed *erga omnes* (*convenio colectivo estatutario* di cui al titolo III ET), le ragioni tecniche, economiche, organizzative o di produzione si identificano con "*generiche esigenze di competitività, produttività, organizzazione tecnica o del lavoro nell'azienda*" (art. 41 comma 1 ET).

⁴¹⁴ V. STSJ Andalucía, de 17 de enero de 2012, in PROV 83023/2012, secondo cui occorre dar prova di una situazione economica negativa sia reale e non basata su prospettive o previsioni prive di fondamento.

⁴¹⁵ Sanguinetti-Raymond, *La reforma flexibiladora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes*, in *Rev. dir. soc.*, 2012, 57, 133.

parti, mentre nel secondo caso la modifica può riguardare, oltre che un singolo, anche un collettivo determinato di lavoratori, e non altri.

Ciò implica che la procedura di deroga a contratti collettivi statuari non può condurre alla modifica unilaterale dei trattamenti collettivi da parte del datore di lavoro, come avviene ex art. 41 comma 4 ET⁴¹⁶.

Vi è poi, nel primo caso, una differente gestione delle procedure di deroga, qualora non si raggiunga un accordo, perché in tal caso è previsto l'avvio di una procedura di arbitrato che pone seri dubbi di legittimità costituzionale⁴¹⁷.

Ma è evidente che entrambe le due tipologie di deroga tradizionali sono destinate a perdere utilità in virtù della previsione di ampi spazi di "priorità applicativa" del contratto collettivo aziendale, del tutto svincolata da limitazioni temporali o da determinate condizioni.

7. Conclusioni: tendenze identiche e soluzioni simili entro un contesto regolato dal legislatore

Si è descritta l'evoluzione della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale nell'ordinamento spagnolo, dopo averla collocata entro un sistema di regole in cui è destinata ad operare.

Regole completamente diverse dall'ordinamento italiano, in quanto nel settore privato e pubblico al contratto collettivo è riconosciuta natura di fonte del diritto, con precisa regolamentazione dei requisiti di rappresentatività e dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, inizialmente secondo principi di ultrattività e impossibilità di concorso-conflitto tra contratti di diverso ambito applicativo: istituti del tutto ignoti o ormai dimenticati nella nostra esperienza.

Da questo punto di vista, anzi, l'ordinamento spagnolo rappresenta un esempio concreto da analizzare per verificare l'impatto, nel medio-lungo periodo, di una regolazione eteronoma tanto ampia delle relazioni industriali e dei loro assetti, in particolare per chi, in Italia, ritiene che solo un intervento legale possa risolvere il problema del dissenso.

In particolare, per quel che concerne la misurazione della rappresentatività e l'efficacia soggettiva erga omnes, l'ordinamento spagnolo presenta caratteristiche di estremo interesse in quanto, tanto a livello aziendale come di categoria, tanto nel settore privato quanto nel settore pubblico, è la delegazione trattante a stipulare direttamente il contratto con efficacia *erga omnes* (di natura legale e non pattizia, quindi generale in senso proprio), e il momento in cui devono esistere ed essere provate la *legitimación inicial* (il possesso di una rappresentatività minima dei soggetti partecipanti alle trattative) e la *legitimación plena* (la rappresentatività del 50%+1 per costituire la delegazione trattante) è il momento in cui la delegazione avvia la trattativa per la negoziazione,

⁴¹⁶ STSJ Galicia, de 1 de julio de 2011, in PROV 319757/2011.

⁴¹⁷ Lahera Forteza, *El nuevo modelo salarial*, 6 marzo 2012 in www.cincodias.com

indipendentemente dal successivo mutamento delle circostanze inerenti la rappresentatività dei sindacati o il ritiro di una delle organizzazioni dal tavolo delle negoziazioni.

Quindi il sistema di negoziazione spagnolo, proprio perché di origine legale, è ispirato a un criterio maggioritario nonché proporzionale “puro”, perché aperto a tutte le organizzazioni sindacali, seppure selezionate sulla base di un grado minimo di rappresentatività, misurato sul dato elettivo.

Tuttavia questa soglia vale solo fino al momento dell’apertura delle trattative e non è garantito che il quorum deliberativo sia conforme alla maggioranza assoluta dei lavoratori, perché non sono previsti meccanismi di verifica

Meccanismi che, in Italia, sono previsti per il settore pubblico dalla norma legale (art. 43, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001⁴¹⁸) mentre, nel settore privato, dovrebbero essere dedotti, per l’art. 8 d.l. n. 138/2011, dalla laconica formulazione testuale del comma 1 “secondo un criterio maggioritario” in base ad un’interpretazione compatibile con l’art. 39 commi 2 ss.

Al di fuori di tale caso, come noto, non esiste una norma legale per l’attribuzione di efficacia *erga omnes* nel settore privato, ma nuove regole di natura pattizia sono contenute nell’accordo interconfederale del 31 maggio 2013, alla cui stregua è previsto che la federazione imprenditoriale favorisca l’avvio (ma non la conclusione) della negoziazione sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% +1; al contempo, è previsto che i contratti collettivi nazionali di lavoro siano “*sottoscritti formalmente dalle Organizzazioni Sindacali che rappresentino almeno il 50% +1 della rappresentanza .. previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice le cui modalità saranno stabilite dalle categorie per ogni singolo contratto*”: dunque non è la delegazione trattante a stipulare il contratto, ma essa sottoporrà alle rispettive organizzazioni sindacali che la costituiscono il testo dell’accordo raggiunto. Sarebbe bastato richiedere la rappresentatività del 50%+1 delle organizzazioni firmatarie del contratto per ritenere lo stesso esigibile verso gli altri soggetti sindacali, invece è stata introdotta una procedura di consultazione davvero complicata e problematica, con regole diverse da categoria a categoria, che potrebbe allungare di molto i tempi di negoziazione dei rinnovi. Per il contratto aziendale, invece, è necessaria l’approvazione a maggioranza dei membri delle R.s.u., o da parte di R.s.a. che esprimano la maggioranza delle deleghe entro le organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie: questo meccanismo assicura il rispetto del *quorum* costitutivo e deliberativo, anche se va considerata la riserva del terzo, che altera la proporzionalità della ripartizione dei seggi.

⁴¹⁸ “L’ARAN sottoscrive i contratti collettivi verificando previamente, sulla base della rappresentatività accertata per l’ammissione alle trattative ai sensi del comma 1, che le organizzazioni sindacali che aderiscono all’ipotesi di accordo rappresentino nel loro complesso almeno il 51 per cento come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell’area contrattuale, o almeno il 60 per cento del dato elettorale nel medesimo ambito”.

Pur considerando le peculiarità di tale sistema, non v'è dubbio che la tendenza in atto entro tale ordinamento, che si osserva sin dal 1994 e soprattutto dal 2010, sia quella di un intervento statale di chiaro sostegno alla contrattazione di livello aziendale, con marcata funzione derogatoria rispetto ai contratti collettivi di livello superiore⁴¹⁹, su un elenco di materie che da lato risulta più preciso e meno generico, e dall'altro, tra queste, prevede espressamente la quantità della retribuzione come materia derogabile agli artt. 41.4 ET, 82.3 e 84.2 ET.

Un sostegno che peraltro, anche in questo caso, risulta effettuato senza tenere conto delle intese raggiunte dall'autonomia privata collettiva (Accordo interconfederale sulla negoziazione collettiva 2012-2014).

La tecnica legislativa del riferimento ad una priorità applicativa può sembrare differente ma, di fatto, altro non è se non una regolamentazione sostitutiva rispetto ad un'altra che può, non necessariamente deve, essere peggiorativa e come tale corrispondere a una deroga, esattamente come per le altre due procedure previste dagli art. 41 e 82 ET, con la differenza di essere del tutto svincolata nella durata e nelle procedure applicative.

Sotto questo aspetto la misura appare simile all'art. 8 comma 2 bis nella parte in cui tale norma prevede la derogabilità del Ccnl, ma si registrano due differenze:

- il riferimento alla "priorità applicativa" del contratto collettivo aziendale implica la prevalenza di tale regolamentazione rispetto all'ambito settoriale, anche successivo, mentre nell'art. 8 non è dato riscontrare elementi espressi in tal senso;
- le previsioni previste dal contratto collettivo aziendale non possono neppure essere modificate da diverse ripartizioni degli assetti contrattuali operate anche mediante accordi interconfederali.

Più in generale, si osservano due fondamentali differenze: se da un lato l'ordinamento spagnolo risulta molto più permissivo in tema di deroghe al contratto collettivo di settore, ciò si deve anche al fatto che la disciplina legale è molto più coerente nel regolamentare l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi ad ogni livello, con misurazione proporzionale, assicurando che le clausole di uscita dalla contrattazione collettiva di settore siano condivise dalla maggioranza dei lavoratori, espressa dalle rappresentanze unitarie. Il che elimina con certezza il problema del dissenso.

Una seconda ma non meno rilevante osservazione è che nessuna delle riforme operate dal 1994 al 2012 in Spagna, diversamente dall'art. 8, prevede la deroga, sulle materie elencate, a norme imperative di legge o di regolamento, in conformità alla gerarchia delle fonti prevista dall'art. 3 della Costituzione spagnola.

⁴¹⁹ Mercader Uguina, *Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa*, in García-Perrote Escartín, Mercader Uguina, (dir.), *La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos*, Valladolid, Lex Nova, 2010, 163.

CONCLUSIONI

- 1. La mancata regolamentazione della funzione derogatoria nel Protocollo unitario del 1993.**
- 2. Il differente contesto economico-sindacale e la nuova funzione derogatoria: la stagione degli accordi separati.**
- 3. L'accordo del 28 giugno 2011, la funzione derogatoria e i primi tentativi di gestione del dissenso.**
- 4. L'accordo del 2013: parziale risoluzione del problema.**
- 5. Brevi riflessioni sul dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale del 3 luglio 2013.**
- 6. I soggetti vincolati dall'Accordo Interconfederale: critica all'esclusione di obblighi in capo alle federazioni di categoria.**
- 7. La nullità del contratto per violazione dell'art. 8: critica. La possibile applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c.**
- 8. L'art. 8 e le deroghe alle regolamentazioni contenute nei Ccnl. La possibile violazione dell'art. 39 comma 1.**
- 9. L'applicabilità dell'art. 39 commi 2 ss. alle intese ex art. 8 efficaci *erga omnes*.**
- 10. La difficoltà di pervenire ad un'attuazione dell'art. 39 comma 4 Cost. attraverso l'Accordo del 28 giugno 2011.**
- 11. La funzione derogatoria rispetto a norme di legge: profili di illegittimità costituzionale.**
- 12. L'incentivo alla funzione derogatoria del contratto aziendale nell'ordinamento spagnolo: tendenze simili entro un sistema regolato dalla fonte eteronoma, ma più coerente.**

1. La mancata regolamentazione della funzione derogatoria nel Protocollo unitario del 1993.

La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, pur essendo stata ammessa progressivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza a partire dagli anni '70, non è stata regolata dal Protocollo del 23 luglio 1993.

Tale accordo, ha assolto per molti anni a due funzioni estremamente importanti.

La prima era quella di contenere la spinta rivendicativa a livello salariale in occasione dei rinnovi contrattuali, per limitare il fenomeno dell'inflazione⁴²⁰.

La seconda, connessa alla prima, era la creazione di un sistema contrattuale stabile, con precise ripartizioni di competenze tra il livello centrale, nazionale, e il secondo livello di negoziazione, aziendale o territoriale.

⁴²⁰ F. Carinci, *La concertazione..cit.*, 934; Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012, 112-3.

L'accordo si limitava a prevenire il concorso-conflitto secondo il principio del *ne bis in idem* in tema di istituti retributivi e più in generale mediante clausole di specializzazione e rinvio di competenze, mediante una configurazione degli assetti contrattuali che assegnava al contratto collettivo aziendale una funzione di certo subordinata al contratto collettivo nazionale.

Entro un sistema di tal genere non vi era spazio per la regolamentazione della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, neppure su delega da parte del Ccnl, perché in quella fase storica l'esigenza era individuata nel contenimento delle rivendicazioni salariali e nell'eliminazione delle sovrapposizioni tra contratti, ma sul presupposto di una contrattazione di tipo acquisitivo.

Questo non impediva, sul piano del diritto generale, che si verificassero deroghe al Ccnl da parte del contratto collettivo di livello aziendale, fenomeno ormai pienamente ammesso dalla giurisprudenza, sia pure secondo l'ambiguo criterio della prevalenza della "volontà delle parti", da declinare entro le regole di coordinamento statuite dai soggetti sindacali, nel caso di identità delle sigle stipulanti i due contratti.

2. Il differente contesto economico-sindacale e la nuova funzione derogatoria: la stagione degli accordi separati.

Per poter funzionare, il Protocollo del 1993, come tutti gli accordi negoziali, presupponeva l'accettazione di tutte le parti rappresentative e questa situazione si è verificata per oltre un quindicennio, fino al momento in cui si è avuta la rottura dell'unità di azione sindacale nella stagione dei contratti separati (2009-metà 2011).

In questa fase il riconoscimento della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale - secondo molti imposto dal mutato contesto di crisi economica e di competitività in cui versa il nostro sistema-paese e, con esso, il nostro tessuto produttivo - ha rappresentato certamente uno dei principali nodi alla base del dissenso tra la Cgil e le altre Confederazioni sindacali, nonché tra le rispettive federazioni di categoria.

Non a caso il primo tentativo di regolare, sul piano delle regole dell'autonomia privata collettiva, il concorso-conflitto tra contratti mediante l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 (punto 16) e l'Accordo interconfederale di Confindustria del 15 aprile 2009 (punto 5), non firmati dalla Cgil e dalla Fiom, non hanno raggiunto quel minimo grado di unitarietà necessario a dare seguito alle intese, se non, rispettivamente, per la stipula dei Ccnl del terziario e dei metalmeccanici.

La stagione degli accordi separati e l'uscita della Fiat da Confindustria hanno evidenziato il problema della limitata efficacia soggettiva dal contratto collettivo, rispetto al quale i principi del diritto civile (iscrizione, clausola di rinvio..) non consentono di superare il dissenso dei sindacati che non sottoscrivono il contratto. Rispetto alla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, la

problematica risulta acuita dal fatto che le regole sinora elaborate per l'estensione degli effetti del contratto collettivo a soggetti non iscritti al sindacato o iscritti a sindacati dissenzienti, sono state concepite (e possono funzionare solamente) sul presupposto che ad essere ripartiti siano vantaggi, non certo trattamenti deteriori o peggiorativi, che il lavoratore non iscritto non ha interesse a richiedere⁴²¹. La giurisprudenza più recente, pur riconoscendo al contratto collettivo aziendale un'efficacia soggettiva di carattere tendenzialmente generale, in funzione delle esigenze che ne risultano perseguite (tutela di interessi collettivi e inscindibilità della disciplina), ha dovuto ammettere come eccezione l'ipotesi in cui i *“lavoratori che – aderendo ad un'organizzazione sindacale, diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale – ne condividano l'esplicito dissenso e potrebbero addirittura (ma non devono) essere vincolati da un accordo sindacale separato”*⁴²².

Va detto, tuttavia, che in tali ipotesi il contratto collettivo separato, sia nazionale che aziendale, potrebbe a lungo termine resistere e assolvere comunque alla sua funzione, secondo un principio di effettività, in assenza di altro contratto collettivo: l'alternativa, infatti, è l'assenza di tutele collettive.

3. L'accordo del 28 giugno 2011, la funzione derogatoria e i primi tentativi di gestione del dissenso.

Queste problematiche hanno condotto le tre confederazioni storiche e Confindustria a ritrovare l'auspicata unità sindacale mediante l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, che non a caso incide sia sulla funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale (clausola 7), che sul tema del dissenso sindacale, cercando di risolverlo direttamente a livello aziendale (clausole 4-5) e di prevenirne l'insorgere a livello nazionale, mediante la misurazione della rappresentatività (cl. 1).

Non può dirsi che la deroga sia divenuta la regola nelle relazioni industriali di Confindustria: sul piano delle regole astratte il meccanismo derogatorio opera in via eccezionale, mentre in concreto l'ampiezza della delimitazione è rimessa al contratto collettivo nazionale che, una volta rinnovato, determina i limiti e le procedure per le deroghe aziendali⁴²³.

Inoltre, se è vero che i contenuti delle deroghe non sono precisamente delimitati né nel primo, né nel secondo capoverso della clausola 7, è parimenti vero che tale clausola va coordinata con la

⁴²¹ V. già G. Santoro-Passarelli, *Istituzionalizzazione...*, cit., 62-3. Cfr. di recente A. Zoppoli, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, cit., 15, secondo cui sono i *“sacrifici” per i lavoratori* che *“hanno complicato seriamente la gestione di realtà sempre più articolate e complesse. Dinanzi a un quadro giuridico che non stabilisce presupposti e limiti del prevalere della dimensione collettiva su quella individuale, va da sé che il singolo faccia non poca fatica ad accettare “sacrifici” concernenti - non lo si dimentichi - la propria “persona”*”.

⁴²² Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 312, nt. Bollani; più di recente Cass. 18 aprile 2012 n. 6044 e Cass. 23 maggio 2013, n. 12722, cit.; In dottrina Proia, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, cit., 119 ss., 167 ss.; in senso contrario, Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, cit., 264.

⁴²³ Lo stesso dicasi in caso di assenza di regolamentazione delle deroghe da parte del Ccnl, perché le materie derogabili restano di ampiezza notevole ed è l'intesa con le *“organizzazioni territoriali”* a delimitare l'ampiezza della funzione derogatoria.

funzione del Ccnl di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi sul piano nazionale (clausola 2).

Uno dei principali problemi che pone l'accordo è l'asimmetria che si registra tra la regolamentazione del dissenso a livello aziendale - rispetto cui le clausole 4 e 5 disciplinano in modo chiaro i meccanismi di estensione dell'efficacia del contratto aziendale, valida anche per le deroghe - e la regolamentazione del dissenso tra le federazioni a livello nazionale, poiché la clausola 1, almeno fino all'attuazione dell'accordo del 31 maggio 2013, non poneva requisiti per un'efficacia generalizzata del contratto collettivo nazionale.

E così, stando al testo dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, il contratto collettivo aziendale in deroga, qualora avesse rispettato le clausole 4 e 5 per l'attribuzione al contratto aziendale di un'efficacia generalizzata (di natura negoziale), avrebbe dispiegato effetti anche rispetto ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente, ma aderente alle Confederazioni firmatarie.

Ne deriva che la funzione derogatoria del contratto aziendale si può applicare senza problemi di questo tipo solo se i sindacati (perlomeno quelli aderenti alle sigle firmatarie del 28 giugno 2011) sono tutti d'accordo: altrimenti, è solo attraverso la legge che il dissenso sindacale può essere superato in modo incontestabile, come si è potuto osservare nell'ordinamento spagnolo, che regola in via legale la rappresentatività minima per la stipula a ogni livello.

4. L'accordo del 2013: parziale risoluzione del problema.

Le clausole 1, 4, 5 e 7 dell'accordo del 28 giugno devono ora essere lette alla luce dell'accordo interconfederale di Confindustria del 31 maggio 2013.

Rispetto al problema del dissenso nella stipula del contratto collettivo nazionale, la rappresentatività minima del 50%+1 è richiesta alle organizzazioni sindacali non come modalità esclusiva di contrattazione, bensì ai fini dell'esigibilità verso tutte le organizzazioni sindacali. Ne consegue che un contratto collettivo nazionale separato potrebbe ancora essere stipulato senza rispettare una rappresentatività minima del 50%+1, pur scontando una gravissima mancanza di credibilità politica, se non di effettività sindacale. Di certo, molto dipenderà dall'effettiva entrata in funzione del complicato meccanismo di computo e dai dati di rappresentatività che attraverso esso emergeranno.

Quindi l'accordo del 31 maggio individua una soglia certa, al di sopra della quale è garantita l'esigibilità del contratto nazionale, ancorché "separato", nei suoi contenuti rispetto ad ogni livello di negoziazione - quindi anche in caso di delimitazione di limiti e procedure per le deroghe a livello aziendale - ma al di sotto della quale si riconosce valido, come sempre, il dissenso delle organizzazioni sindacali dissenzienti.

Ma il dissenso sarebbe ammesso sul piano nazionale perciò in tal caso residuerebbe una rilevante asimmetria rispetto all'efficacia soggettiva del contratto aziendale, comunque estendibile a tutti i lavoratori iscritti a organizzazioni aderenti alle confederazioni firmatarie secondo le clausole 4 e 5.

5. Brevi riflessioni sul dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale del 3 luglio 2013.

Con l'uscita della Fiat da Confindustria, in particolare, il problema del dissenso sindacale era giunto a tradursi in un problema di rappresentanza sindacale in azienda di soggetti sindacali rappresentativi, ma esclusi in virtù della formulazione letterale dell'art. 19 St. lav.: la norma, tuttavia, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima *“nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale sia costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*⁴²⁴.

Non è questa la sede per disquisire sulle implicazioni e sugli effetti di tale pronuncia, della quale sarà necessario almeno leggere le argomentazioni fornite nella motivazione, ancora non depositate.

È sufficiente però rilevare che, secondo il dispositivo, almeno entro l'ambito di Confindustria il superamento della soglia minima di rappresentatività del 5% prevista dai due accordi interconfederali (2011, clausola 1, e 2013) potrebbe rappresentare l'elemento idoneo a fondare il diritto a costituire R.s.a. in azienda, a condizione che il superamento di tale soglia da parte dei sindacati sia inteso come fonte del diritto, per gli stessi, ad essere ammessi alle trattative per il rinnovo dei contratti nazionali.

In tal caso, pur trattandosi di una regola prevista da un accordo e quindi rimessa alla volontà delle parti per l'effettiva attuazione, si potrebbe dire che nell'ambito di Confindustria sarebbe finita l'era della libertà contrattuale delle parti, attraverso la predisposizione di un sistema simile al pubblico, con la differenza che l'accordo stipulato in violazione delle regole contrattuali non potrebbe essere dichiarato nullo.

Unendo tale considerazione al fatto che, secondo il dispositivo della Corte Costituzionale, chi negozia il contratto nazionale acquisisce il diritto di costituire r.s.a., si verrebbe a saldare in questo modo il diritto a esercitare i diritti sindacali in azienda con il diritto a partecipare alla trattativa.

Diversa sarebbe l'ipotesi relativa alle aziende che non applicano tali criteri (v. ad es. Fiat), perché in tal caso il problema rischia di spostarsi semplicemente ad una fase anteriore: dalla mancata conclusione del contratto alla mancata convocazione del sindacato, pur rappresentativo, al tavolo delle trattative, con accettazione da parte della parte imprenditoriale del rischio di conflitto che ne deriva.

⁴²⁴ Corte Cost. 3 luglio 2013 (motivazioni non ancora depositate).

6. I soggetti vincolati dall'Accordo Interconfederale: critica all'esclusione di obblighi in capo alle federazioni di categoria.

Nonostante le suddette ambiguità interpretative, l'accordo del 28 giugno 2011, proprio perché stipulato unitariamente, può esercitare un'utile funzione di coordinamento su tutti di livelli di negoziazione in tema di deroghe e più in generale di assetti contrattuali. Sussistono tratti di diversità dell'accordo del 2011 dal Protocollo del 1993 in tema di concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, poiché mentre quest'ultimo non se ne occupava espressamente⁴²⁵, oggi il primo pone regole espresse al riguardo attraverso la clausola 7 e peraltro, con la clausola 3, sancisce una chiara funzione guida al contratto collettivo di livello nazionale.

Tuttavia, sul piano giuridico, tali regole, non possono in alcun modo condurre alla nullità o inefficacia delle clausole difformi stipulate a livello aziendale, perché questo effetto potrebbe derivare solo da una norma imperativa di legge che, allo stato attuale, manca o, casomai, è di tenore del tutto opposto, limitatamente alle ipotesi tracciate dall'art. 8 e così le regole poste dall'accordo interconfederale possono rilevare solo sul piano politico, o al limite giuridico come inadempimento.

Inoltre, secondo una prima interpretazione offerta sull'efficacia delle clausole dell'accordo del 28 giugno, nella controversia tra Fiom e Fim-Uilm-Federmeccanica in merito alla stipula del secondo contratto separato dei metalmeccanici⁴²⁶, la formulazione della postilla dell'accordo di ratifica del 21 settembre 2011, nonché le stesse clausole 6 e 7 sulla negoziazione nazionale nell'accordo del 31 maggio 2013, pongono obblighi espressamente in capo alle stesse confederazioni, configurando un'obbligazione reciproca di adempimento di terzi *ex art.* 1381 c.c. (le organizzazioni aderenti alle confederazioni firmatarie), piuttosto che un contratto a favore di terzi.

La stessa pronuncia lascia la porta aperta rispetto a possibili azioni per la Confederazione lesa (Cgil) nei confronti delle altre parti firmatarie dell'accordo, ma è di tutta evidenza che una soluzione di questo tipo presenta non meno difficoltà per l'accertamento della responsabilità delle associazioni intercategoriale, se si presuppone la pari autonomia tra i livelli negoziali.

Il delicato tema della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale risulta inestricabilmente connesso al tema dei rapporti tra organizzazioni sindacali e non risulta affatto privo di reciproche e dirette interazioni tra gli Statuti delle Confederazioni e quelli delle Federazioni⁴²⁷: in

⁴²⁵ Cfr. Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, secondo cui l'assenza di regole sul concorso-conflitto è la prova dell'autonomia tra i due livelli negoziali.

⁴²⁶ Ord. Trib. Roma 13 maggio 2013, cit.

⁴²⁷ Cfr. art. 7 Statuto Cgil: *“La CGIL considera incompatibile l'appartenenza alla Confederazione iniziative di singoli o di gruppi, i quali, mentre ribadiscono la loro adesione formale alla CGIL, promuovono la costituzione di organizzazioni parasindacali, in competizione con la rappresentatività generale alla quale tende la CGIL, ovvero promuovono azioni organizzate che, di fronte alle controparti del sindacato, rompono l'unità della CGIL come soggetto contrattuale”* e *“L'autonomia dei Centri regolatori nella definizione delle proprie strutture organizzative risponde alla necessità per la CGIL di contare su una struttura complessivamente in grado di rispondere positivamente alle diversità territoriali e di categoria senza rigidità definite aprioristicamente. Tale autonomia non può essere, però, intesa come*

altri termini, un conto è affermare l'autonomia giuridica e amministrativa delle Federazioni, altro sembra desumere da questa l'assenza di vincoli obbligatori diretti per le federazioni in tema di conflitto tra contratti.

Inoltre, se si afferma che l'Accordo vincola solo le Confederazioni, si potrebbe giungere, secondo la stessa argomentazione, ad esiti paradossali, giacché i lavoratori di fatto – tramite le organizzazioni provinciali – aderiscono e conferiscono mandato alle Federazioni e non potrebbero ritenersi iscritti o vincolati in alcun modo alle Confederazioni firmatarie.

Con il risultato che il lavoratore iscritto ad una federazione aderente a una confederazione firmataria, ma dissenziente, che non dimostrasse in alcun modo di accettare il sistema di regole dettato dall'accordo (anche per comportamento concludente: si pensi alla partecipazione alle elezioni delle R.s.u. o all'eventuale referendum delle R.s.a.) non potrebbe ritenersi vincolato dalle clausole 4, 5 e 7, neppure vincolanti per la sua federazione e così potrebbe sottrarsi all'applicazione di un contratto aziendale derogatorio in quanto "lavoratore dissenziente" a tutti gli effetti.

Tale argomentazione, in altri termini, potrebbe giungere a legittimare il dissenso ad ogni livello.

7. La nullità del contratto per violazione dell'art. 8: critica. La possibile applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c.

Diversamente, il contemporaneo intervento del legislatore mediante l'art. 8 d.l. n. 138/2011 attribuisce alla contrattazione di prossimità il potere di stipulare – a fronte di determinati presupposti - intese derogatorie non soltanto rispetto alle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali, ma anche rispetto a norme imperative di legge, su materie di eccezionale ampiezza e rilevanza, purché, dal 28 giugno 2013, siano depositate presso la D.t.l.⁴²⁸.

Il riconoscimento, sul piano formale, dell'eccezionalità della norma⁴²⁹ (v. Corte Cost. n. 221 del 2012) è un elemento di rilievo tutt'altro che scarso, perché ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi, "*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*", con la conseguenza che si impone un'interpretazione tassativa non soltanto delle materie derogabili, ma dell'intero assetto regolativo previsto dall'art. 8 e, quindi, risultano salvaguardate le regole: a) dell'inderogabilità della legge e b) della totale anomia sul concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo.

separately"; e specularmente, secondo lo Statuto Fiom "*La Fiom è l'organizzazione sindacale della Cgil della quale accetta lo Statuto*" (art. 1), e "*Il presente Statuto è subordinato allo Statuto della Cgil nazionale ed alle sue eventuali modifiche. Per quanto non regolato dal presente Statuto, con riferimento alle categorie nazionali vale quanto stabilito dallo Statuto della Cgil nazionale*" (art. 36).

⁴²⁸ A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 9, comma 4, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, ancora non convertito in legge.

⁴²⁹ Già L. Zoppoli, *Articolo 8*, cit., 29 dicembre 2011; Bellomo, *Intervento* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*..cit., 285-6.

Questo non implica che dalla mancanza dei requisiti previsti dall'art. 8 comma 1 derivi l'invalidità delle intese specifiche ivi previste: semplicemente esse dispiegheranno l'efficacia propria di qualsiasi contratto collettivo di diritto comune, sia ai fini della deroga, sia ai fini dell'efficacia e l'art. 8 non offre spunti per una diversa soluzione.

Più verosimile appare ipotizzare, sul piano dell'ordinamento generale, che venga a determinarsi un'alternativa tra l'applicabilità dell'art. 1424 c.c., presumendo la continenza dei requisiti di sostanza e di forma e, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, l'ininfluenza della nullità sulla volontà delle parti del diverso negozio o, in situazioni eccezionali, dell'art. 1419, comma 1, c.c., qualora una delle parti dimostri che la clausola del contratto (in questo caso l'intesa specifica ex art. 8) viziata da nullità fosse un elemento essenziale per la conclusione del contratto⁴³⁰.

8. L'art. 8 e le deroghe alle regolamentazioni contenute nei Ccnl. La possibile violazione dell'art. 39 comma 1.

L'art. 8 consente la deroga a regolamentazioni contenute in Ccnl relative alle materie di cui al comma 2: le disposizioni del contratto di prossimità prevalgono sulle (sole) clausole difformi del Ccnl relative a tali materie e sulle relative clausole di inscindibilità, senza che sia travolta l'applicazione dell'intero trattamento nazionale. Non può essere negata, invece, l'applicabilità del criterio della successione temporale tra contratti collettivi di diverso livello attraverso cui il contratto collettivo nazionale successivo al contratto di prossimità potrebbe ripristinare condizioni di miglior favore⁴³¹: quand'anche alle intese ex art. 8 si riconoscesse natura di fonte delegata *extra ordinem*, la possibilità di deroghe migliorative è ammessa nel rapporto tra contratto collettivo e legge e l'art. 8 non sancisce espressamente nulla di diverso.

Le deroghe al Ccnl non sono però funzionali al solo scopo di impedire alle parti sociali di livello nazionale, mediante un rinvio alle norme imperative di legge derogate, di privare di effetti la deroga alla legge stessa⁴³², perché il testo dell'art. 8 non sembra prestarsi a una simile lettura: la deroga al Ccnl è ammessa a prescindere dalla deroga alla legge.

In ogni caso l'art. 8 riconosce poteri derogatori al contratto decentrato a prescindere dall'autorizzazione da parte del Ccnl, alterando gli equilibri raggiunti al tavolo negoziale che ha condotto alla sottoscrizione dell'A.I. 28 giugno 2011 e di altri accordi⁴³³.

⁴³⁰ Sull'applicabilità dell'art. 1419 comma 1 c.c. al contratto collettivo nel settore privato cfr. Cass. 10 novembre 1996, n. 10050, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1532, e in dottrina Viscomi, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità "diffusa"*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008.

⁴³¹ Perone, *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 7.

⁴³² In q. senso Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011*, n. 138, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2012, 21-22; Pisani, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 76.

⁴³³ Ad esempio il Ccnl Terziario del 2011, l'accordo quadro ABI e lo stesso Accordo quadro del 22 gennaio 2009.

La sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia privata collettiva, comunque delimitata, è indubbia e si presta a sospetti di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 39 comma 1 Cost. perché, riconoscendo per legge la prevalenza ad un livello contrattuale sull'altro, il legislatore giungerebbe a ledere la libertà, propria dell'organizzazione sindacale, da interferenze del potere pubblico, forzando i diversi assetti contrattuali concordati tra le parti.

Non si può condividere la tesi di chi ritiene che le parti sindacali restino comunque libere di non dare attuazione alla norma di legge, rendendola inefficace sul piano dell'effettività⁴³⁴: perché la libertà sindacale che si assume violata non è riferita alle organizzazioni sindacali (di livello aziendale o territoriale) legittimate ad esercitare le facoltà ad esse riconosciute dalla legge, che possono ovviamente optare per usufruirne o meno, bensì alle organizzazioni sindacali di livello nazionale, le cui disposizioni potrebbero essere derogate dalle rappresentanze sindacali ad esse aderenti, in assenza o in aperto contrasto con specifiche ripartizioni di competenze dalle previste a livello nazionale, sia federale che interconfederale⁴³⁵. Considerazione rafforzata dal fatto che, come chiarito più volte, il potere cogente di tali ripartizioni opera in forma puramente indiretta, a livello giuridico come inadempimento o a livello endo-sindacale o politico⁴³⁶.

In realtà è rimessa al legislatore la valutazione di selezionare soggetti e livelli di contrattazione per garantire gli effetti perseguiti dalla legge, purché la scelta corrisponda a razionalità e proprio questo potrebbe essere l'elemento di differenziazione decisivo rispetto ai precedenti interventi legislativi, in quanto nell'art. 8 le materie e le finalità per la deroga autorizzata da questa norma risultano di ampiezza e vaghezza tale da poter rappresentare, di fatto, un riconoscimento legale generico della prevalenza sul livello contrattuale superiore, come tale non ammesso dall'art. 39, comma 1, Cost.

9. L'applicabilità dell'art. 39 commi 2 ss. alle intese ex art. 8 efficaci erga omnes.

Si è detto che solo la legge può neutralizzare con certezza il dissenso, e l'art. 8 interviene su questo punto qualora le specifiche intese siano stipulate sulla base di un criterio maggioritario.

Si tratta di un criterio estremamente ambiguo, che deve essere sempre rispettato quantomeno per la deroga peggiorativa rispetto alla legge.

⁴³⁴ De Luca Tamajo, *Prime valutazioni...*, cit., 27-8; Galantino, *Contrattazione di secondo livello...*, cit., 14 ss.; Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit., 6; Bavaro, *Azienda...*, cit., 164.

⁴³⁵ Liso, *Osservazioni...*, cit., 30 ss. e spec. 32.

⁴³⁶ Aspetto evidenziato da Tosi, *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 d.l. n. 138/2011*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga...*, cit., 135 e Barbieri, *op. cit.*, 466.

L'efficacia soggettiva del contratto collettivo *ex art. 8* è un'efficacia generale a tutti gli effetti, che impone di chiarire se le condizioni previste dall'art. 39 commi 2-4 Cost. si applichino alle intese *ex art. 8* contenute in contratti collettivi. Si ritiene di dare una risposta affermativa⁴³⁷.

Infatti dalla distinzione elaborata a suo tempo dal giudice delle leggi (Corte Cost. n. 268/1994) tra contratti collettivi normativi e gestionali si desume *a contrario* l'applicabilità della norma costituzionale alle intese *ex art. 8*⁴³⁸, perché in esse manca la procedimentalizzazione dell'esercizio di un potere unilaterale del datore di lavoro, rispetto cui l'accordo gestionale dovrebbe intervenire.

Né pare convincente, in generale, la distinzione contenuta nel famoso *obiter dictum* della sentenza n. 344/1996 tra contratti soggetti all'art. 39 commi 2 ss. e “contratti *di diritto* extra ordinem” relativi a “*materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro*”⁴³⁹.

Si può riconoscere un intervento legislativo di promozione di un determinato contratto collettivo, ma non si può prescindere: a) dal parallelo riconoscimento della sua natura di atto di autonomia privata, volto al perseguimento dell'altro interesse che gli è proprio: quello collettivo, b) in ipotesi di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto, dal rispetto di un pluralismo concorrenziale rispetto agli altri soggetti sindacali, secondo un criterio proporzionale e aperto⁴⁴⁰; in altri termini: dal rispetto dei commi 2 ss. dell'art. 39, che non tutelano altro che la stessa libertà sindacale del co. 1.

Invece, qualificare un contratto collettivo come fonte atipica di norme riconosciute efficaci *erga omnes* per (o giungendo a) giustificare la supplenza del modello costituzionale, implica la lesione della libertà sindacale degli altri soggetti⁴⁴¹ e l'equiparazione del contratto ad espressione di una autorità normativa che funzionalizza lo strumento negoziale al **solo** interesse generale. Lo strumento contrattuale non sarebbe più orientato al perseguimento di un interesse collettivo ed **anche** generale, e sarebbe allora dubbia la sua riconducibilità alle tutele dell'art. 39 comma 1 Cost.⁴⁴².

L'art. 39 comma 4 deve essere riferito anche ai contratti collettivi aziendali. Un'interpretazione differente prescinde dal periodo storico del primo periodo post-corporativo, in cui la contrattazione collettiva avveniva esclusivamente a livello nazionale o territoriale (di categoria, per l'appunto),

⁴³⁷ Carabelli, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte*, Cost., cit., 549 ss.; Mariucci, *L'articolo 8? Copiato dai cinesi*, in www.eguaglianzaelibertà.it; Rusciano, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*; L. Zoppoli, *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta*, cit.; Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., 23 ss. e spec. 30-32

⁴³⁸ Vallebona, *op. cit.*, 348.

⁴³⁹ In q. senso Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 61-2.

⁴⁴⁰ Liso, *Osservazioni*..cit., 38. Cfr. Scognamiglio, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, 487 ss. e spec. I §§ 5 e 10 e Romagnoli, *Diritto del lavoro, torniamo alla Costituzione*, in www.eguaglianzaelibertà.it

⁴⁴¹ Ghera, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 195 ss. e spec. § 7, secondo cui si avrebbe una manifesta lesione della parità tra le organizzazioni e quindi della stessa libertà sindacale e una altrettanto manifesta violazione del principio del pluralismo sindacale.

⁴⁴² Cfr. Persiani, *Contratti collettivi normativi*.., cit., 8. Pur senza ritenere inapplicabile l'art. 39 comma 1, Vallebona, *op. cit.*, 347, non ritiene configurabile la *species* del contratto delegato dalla legge.

mentre nella dottrina e giurisprudenza di allora era addirittura posta in discussione la natura collettiva dei contratti aziendali, con applicazione, fino agli settanta, dell'art. 2077 c.c. alle disposizioni contenute in tali accordi, laddove difformi e peggiorative rispetto al contratto collettivo nazionale. Dunque la formulazione dell'art. 39, proprio perché riferita alle categorie e non a un determinato livello contrattuale, è di tenore generale o comunque va intesa, secondo un'interpretazione evolutiva e non apodittica della legge, come riferita anche al livello aziendale.

Accogliendo un'interpretazione letterale dell'art. 39, seconda parte Cost.⁴⁴³, sarebbe inevitabile ritenere la norma condannata a una declaratoria di illegittimità costituzionale, ma anche tali considerazioni devono confrontarsi con il mutato ordinamento sindacale entro cui deve oggi essere collocato ad operare l'art. 39 Cost., cercando di individuare al suo interno un nucleo essenziale di condizioni per la legittima efficacia generale del contratto collettivo.

I profili di illegittimità costituzionale dell'art. 8 potrebbero in tal senso essere scongiurati soltanto attraverso un'interpretazione applicativa che individui nel "criterio maggioritario" indicato dalla norma il requisito dell'apertura a tutte le sigle sindacali operanti nell'ambito di negoziazione e al rispetto di un criterio proporzionalistico "puro". Ma in ogni caso sarebbe necessaria una sentenza interpretativa di rigetto di regola (e non di principio) da parte del giudice delle leggi.

E di certo non è compatibile con il principio maggioritario così individuato un contratto collettivo aziendale *ex art. 8* che sia considerato efficace *erga omnes* in quanto stipulato da un sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano nazionale o territoriale: in tal senso potrebbe aversi una sentenza interpretativa di accoglimento.

10. La difficoltà di pervenire ad un'attuazione dell'art. 39 comma 4 Cost. attraverso l'Accordo del 28 giugno 2011.

Non è possibile un'interazione positiva, nel settore industriale e ai fini del conferimento di un'efficacia soggettiva generale, tra un'interpretazione costituzionalmente orientata nei termini sopra esposti e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, perché a livello nazionale l'accordo, dotato di efficacia negoziale e quindi valido solo per gli iscritti, non potrebbe misurare il peso specifico di ciascun sindacato operante nell'ambito di applicazione e non ammette sigle extra confederali nella misurazione del consenso e della rappresentatività.

⁴⁴³ Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 119-120; De Luca Tamajo, *Prime valutazioni*..cit., 26; Maresca, *La contrattazione collettiva*..cit., 18; Magnani, *L'art. 8 della legge*..cit., 7.

A livello aziendale, il sistema contrattuale non risulta conforme al principio proporzionalistico, perché per le R.s.u. è previsto il terzo riservato che, ancora una volta⁴⁴⁴, seppur risulta legittimamente posto dalle parti sociali nell'esercizio della propria autonomia, non supera i limiti posti dall'art. 39, comma 4, Cost., che fa riferimento a tutti i sindacati in proporzione ai loro iscritti e non ammette diverse ripartizioni dei seggi per l'unità di contrattazione.

Si osserva peraltro un insanabile "corto circuito" nell'interazione tra il sistema contrattuale interconfederale di Confindustria e l'art. 8, laddove le parti sociali, per stipulare intese conformi sia alla clausola 7 che all'art. 39 commi 2-4, dovrebbero necessariamente aprire il proprio sistema di contrattazione (e quindi di rappresentanza in azienda) a tutti i sindacati presenti in azienda, rinunciando al contempo al terzo riservato, ma questa operazione non sarà mai ammessa dalle confederazioni e dalle federazioni senza salvaguardare con le dovute garanzie la funzione centrale del contratto collettivo nazionale, riconosciuta dalle parti sociali e inequivocabilmente contraddetta dall'art. 8.

Un'interazione tra la norma legale e le intese derogatorie previste dalla fonte contrattuale sarebbe certo possibile se si ritenesse l'art. 39 commi 2 ss. non applicabile al contratto collettivo aziendale.

11. La funzione derogatoria rispetto a norme di legge: profili di illegittimità costituzionale

L'ordinamento italiano, a decorrere dalla metà degli anni '70, non si è mostrato alieno a forme di riconoscimento, da parte della legge, della funzione derogatoria del contratto collettivo (di uno specifico o indeterminato ambito applicativo) rispetto a norme di legge, come eccezione alla regola della sovra-ordinazione della legge rispetto agli atti dell'autonomia privata collettiva.

Il problema dell'art. 8 non si pone rispetto alla configurabilità, in astratto, di un potere di deroga alla legge in capo a determinate organizzazioni sindacali, né nel conferimento di tale potere a contratti di livello aziendale o territoriale⁴⁴⁵.

Neppure l'indisponibilità del tipo legale del lavoro subordinato è posta in discussione, perché le materie di cui al comma 2 possono incidere limitatamente al contenuto delle tutele modificabili, mentre appare di dubbia legittimità che il legislatore affidi a organizzazioni sindacali rappresentative, attualmente, dei soli lavoratori subordinati – stante l'assenza di un'effettiva tutela collettiva dei lavoratori autonomi⁴⁴⁶ - la deroga a disposizioni legali concernenti i rapporti di collaborazione a progetto, partite Iva e – senza alcun fondamento neppure nel testo dell'art. 8, comma 2 – di associazione in partecipazione (v. il caso Golden Lady in Appendice).

⁴⁴⁴ Il contesto potrebbe cambiare in futuro, stando al testo dell'accordo del 31 maggio 2013 in cui le parti, in via programmatica e in modo generico, riconoscono che le elezioni delle R.s.u. dovranno rispettare un criterio proporzionale. V. anche l'intesa del 21 novembre 2012, in cui si richiede di "esplicitare il superamento del terzo".

⁴⁴⁵ Liso, *op. ult. cit.*, 37.

⁴⁴⁶ Con l'unica eccezione degli agenti, che godono di una tutela ormai consolidata da tempo consolidata.

Invece il carattere ampio e indeterminato della facoltà di deroga *ex art. 8*, complessivamente, potrebbe alterare il rapporto tra le fonti, perché né le materie, né le finalità dell'accordo (i cd. limiti interni)⁴⁴⁷ risultano idonee a delimitare con certezza la funzione derogatoria riconosciuta alla contrattazione di prossimità, il che si risolve in una grave lesione del principio di uguaglianza⁴⁴⁸.

Ciò non in virtù di una ipotetica "rinuncia" del legislatore a regolare determinati istituti, di per sé legittima, bensì per l'estrema ampiezza o genericità dei trattamenti modificabili e l'impossibilità di individuare un criterio selettivo circa le possibilità riconosciute alla contrattazione collettiva.

Se l'effettiva funzione selettiva è di fatto basata sul limite cd. esterno del rispetto delle norme costituzionali, comunitarie e internazionali, allora il compito demandato ai giudici comporta enormi incertezze. Con la conseguenza di dover ritenere che l'art. 8 non indichi alcun elemento che possa soddisfare l'indicazione costituzionale dei "*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti (...) sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*": garanzia sottesa, appunto, alla competenza legislativa statale esclusiva *ex art. 117, c. 2, lett. m)*⁴⁴⁹.

Un limite costituzionale difficilmente declinabile, a livello applicativo, entro i cd. limiti esterni riconosciuti dall'art. 8, comma 2-*bis*, perché potrebbe a sua volta essere interpretato in modo diverso a seconda delle parti sociali coinvolte e del giudice o, per assicurare il rispetto della norma costituzionale, potrebbe essere interpretato in modo talmente restrittivo da vanificare gli obiettivi prefissi dalla legge. Si tratta delle stesse problematiche osservate per l'arbitrato secondo equità⁴⁵⁰.

Attraverso le considerazioni svolte si è cercato di esprimere un giudizio obiettivo sulla norma, che non implica sfavore verso il riconoscimento della funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale, ma pone come presupposto il rispetto del quadro costituzionale vigente e la posizione di regole certe, posto che la genericità della formula legale non può che ritorcersi contro i destinatari dell'applicazione della norma stessa, ossia le imprese e i lavoratori, e, quindi, contro la stessa norma che potrebbe facilmente non essere attuata per questioni di prudenza⁴⁵¹.

12. L'incentivo alla funzione derogatoria del contratto aziendale nell'ordinamento spagnolo: tendenze simili entro un sistema regolato dalla fonte eteronoma, ma più coerente.

Il confronto dell'ordinamento italiano con l'ordinamento spagnolo, dove l'efficacia normativa del contratto collettivo, unita alla regola dell'assenza di concorso-conflitto tra contratti di diverso ambito applicativo aveva condotto, dal 1980 al 2010, ad esiti del tutto differenti dalla nostra esperienza, presenta analogie crescenti rispetto alle tendenze in corso nei rispettivi Paesi.

⁴⁴⁷ Sulle materie cfr. A. Zoppoli, *op. cit.*, 24; Bellomo, *op. cit.*, 287. Garilli, *op. cit.*, 42.

⁴⁴⁸ Scarpelli, *op. ult. cit.*, 496-7. Perulli, Speziale, *op. cit.*, 192-7.

⁴⁴⁹ Per tutti v. A. Zoppoli, *cit.*, 24.

⁴⁵⁰ A. Zoppoli, *cit.*, cit., 23.

⁴⁵¹ L. Zoppoli, *Articolo 8*, cit.

Non va anzitutto sottaciuta la profonda diversità di alcune soluzioni adottate in Spagna, dove dal 1980 il datore di lavoro, a fronte di una serie di ragioni oggettive, ha facoltà di modificare unilateralmente aspetti fondamentali del rapporto di lavoro rispetto a quanto già determinato mediante contratti collettivi (ad es. mansioni e inquadramento, orario di lavoro), limitandosi, dopo il 1994, a osservare una procedura di informazione e consultazione sindacale preventiva ed un eventuale controllo giudiziale *ex post* che si è reso sempre più blando con le modifiche normative del 2010 e 2011.

Al contempo, la legge ha progressivamente consentito ai contratti collettivi di livello aziendale di derogare – con efficacia *erga omnes* - ai minimi retributivi previsti – sempre con efficacia *erga omnes* – da contratti collettivi di categoria, ancora automaticamente agganciati all'inflazione.

Come in Italia, nonostante l'esigenza di cambiamento fosse stata compresa anche dalle parti sociali mediante l'Accordo interconfederale del 25 gennaio 2012, convenendo di connettere i salari alla produttività e di limitare entro tetti predefiniti gli aumenti retributivi in modo simile a quanto previsto dal protocollo del 23 luglio 1993, il legislatore spagnolo è andato contro tali intese con la riforma del 2012, riconoscendo la priorità applicativa del contratto collettivo aziendale sul contratto di settore rispetto ad un ampio elenco di materie, secondo una tecnica simile – non identica – a quella che si osserva nell'art. 8 comma *2bis*.

Nell'ambito di tali materie, la peculiarità di ambedue le discipline è quella di riconoscere al contratto collettivo aziendale una funzione derogatoria e, sistematicamente, preminente rispetto al contratto collettivo di categoria, nonostante sia quest'ultimo, secondo gli accordi interconfederali, lo strumento cui l'autonomia collettiva demanda una funzione-guida nella ripartizione delle competenze e nella determinazione dei trattamenti minimi normativi⁴⁵².

Sebbene entrambi gli interventi suscitino perplessità in ordine alla lesione della libertà sindacale dall'intervento eteronomo della legge, rilevano però alcune differenze che possono indurre ad una riflessione.

Nell'ordinamento spagnolo, tale strategia normativa può stupire ma non rappresenta una novità sul piano della tecnica, ma anzi corrisponde alla regola, da tempo prevista, nello Statuto dei lavoratori, dell'unicità del trattamento applicabile ai lavoratori durante il periodo di vigenza del contratto che prevede tale trattamento: si tratta semplicemente della scelta di uno strumento contrattuale di un determinato livello (aziendale) piuttosto che di un altro livello (provinciale o nazionale).

L'elenco di materie, poi, è sì ampio, ma non generico: le materie sono elencate con precisione e senza ambiguità.

⁴⁵² Lahera Forteza, *El nuevo modelo salarial*, 7 febbraio 2012 in www.cincodias.com

Contemporaneamente, tale riconoscimento deve essere collocato entro un sistema in cui il contratto collettivo, ad ogni livello di negoziazione, può essere fonte di diritto “*intra ordinem*” se è stipulato nel rispetto di determinate procedure e, soprattutto, di un principio maggioritario e democratico, rispettoso di tutte le sigle sindacali e lavoratori nell’ambito contrattuale di convenuta applicazione.

Nulla di tutto questo si osserva in Italia, quantomeno nel settore privato, in cui l’art. 8, senza che sia chiarita la natura, normativa o meno, dei contratti di prossimità cui offre sostegno, attribuisce ad essi efficacia derogatoria rispetto al Ccnl con efficacia *erga omnes*, senza dare adeguate garanzie di rispetto dell’art. 39 commi 2 ss. Cost., norma mai attuata ma pienamente vigente, o comunque del principio proporzionalistico che è – o dovrebbe essere – posto alla base dell’estensione dell’efficacia soggettiva dei contratti.

Non solo: l’intervento legislativo italiano del 2011 va ben oltre quanto si osserva nell’esperienza spagnola, ove né l’autonomia collettiva né il potere di modifica unilaterale del datore di lavoro possono derogare a norme inderogabili, mentre si è descritto l’effetto dirompente dell’art. 8.

In conclusione, il confronto con l’ordinamento spagnolo aiuta a ribadire che il problema dell’art. 8 non risiede, in sé, nella tecnica della deroga a disposizioni di legge o di altri contratti collettivi, bensì nel riconoscimento di una funzione derogatoria delimitata in modo poco chiaro, foriera di gravi incertezze applicative ed anzi potenzialmente estendibile fino a sovvertire il rapporto tra le fonti.

Si ritiene che il sostegno legislativo alla contrattazione o a determinati ambiti della stessa non può mettere in discussione la natura contrattuale dello strumento utilizzato.

L’esperienza spagnola però insegna che il riconoscimento al contratto collettivo della natura di fonte normativa ben può coesistere con la natura contrattuale dello strumento contrattuale, a condizione che sia garantito il rispetto dell’unica regola ammissibile che consente di comprimere la libertà sindacale in tema di efficacia soggettiva: l’espressione democratica della volontà dei lavoratori ai quali si applica l’accordo.

Un concetto, a ben vedere, già espresso dalla nostra Carta costituzionale.

APPENDICE: CASISTICA DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A) Primi riconoscimenti di contrattazione aziendale in deroga nei Ccnl delle industrie chimiche e chimico-farmaceutiche e delle industrie tessili.

Se nella contrattazione di categoria, in linea con l'impostazione del Protocollo del 1993, non si osserva per oltre un quindicennio alcuna previsione di funzioni derogatorie del contratto collettivo aziendale, un'eccezione a tale regola è rappresentata dagli accordi di rinnovo del Ccnl delle industrie chimiche e chimico-farmaceutiche del 10 maggio 2006⁴⁵³ e dei rinnovi del Ccnl delle industrie tessili del 28 maggio 2004 e del 9 luglio 2008.

Nell'accordo del settore chimico, da un lato, si ribadiva il ruolo centrale del Ccnl (art. 18 lett. A) e si riconosceva una "contrattazione aziendale rispettosa delle regole e coerente con gli indirizzi e le linee-guida definite a livello nazionale" (art. 18, lett. B) punto 2), dall'altro era previsto (art. 18 lett. B) punto 3, "valorizzazione del ruolo del livello aziendale di contrattazione") che "*al fine di consentire alle parti aziendali di cogliere condivise, specifiche opportunità e esigenze, utili a sostenere e/o migliorare la competitività dell'impresa e la sua occupazione in situazioni di congiuntura particolari*", fosse consentito "*realizzare accordi temporanei in deroga (in peius⁴⁵⁴) alla normativa prevista dal c.c.n.l.*", con espressa esclusione dei minimi contrattuali e dei "*diritti individuali irrinunciabili*"⁴⁵⁵.

L'effettiva operatività degli accordi aziendali, nella parte derogatoria del Ccnl era subordinata al parere di conformità della Commissione nazionale contrattazione (CNC, v. appendice IV del contratto), apposito organismo autonomo bilaterale composto da 5 rappresentanti delle federazioni di categoria (Federchimica, Farindustria, Filcem, Femca, Uilcem), con possibilità di esame congiunto su richiesta delle parti aziendali.

Seguiva una precisa individuazione, nell'accordo nazionale del 29 giugno 2007 sulle linee-guida su accordi aziendali in deroga alla normativa prevista dal CCNL, in merito a: a) la situazione e le prospettive dell'impresa⁴⁵⁶; b) la tipologia della deroga; c) la durata dell'accordo⁴⁵⁷; d) la coerenza tra situazione dell'impresa, tipologia della deroga e durata dell'accordo (qualità ed entità degli interventi calibrata sulla situazione aziendale e sugli obiettivi); e) un percorso informativo preliminare

⁴⁵³ Cfr. art 18, lett. B), comma 3 del Ccnl delle Industrie chimiche e chimico-farmaceutiche del 10 maggio 2006.

⁴⁵⁴ Nell'accordo è precisato il riferimento della nuova disciplina all'esclusiva ipotesi di deroghe *in peius* (v. Chiarimento a verbale art. 18).

⁴⁵⁵ Circa l'ardua delimitazione di tale nozione: Voza, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 373-4.

⁴⁵⁶ Situazioni congiunturali di particolare difficoltà dell'impresa o situazioni dell'impresa, anche non di criticità, nelle quali un accordo temporaneo in deroga potesse favorire nuovi investimenti funzionali alla salvaguardia e/o al consolidamento e/o allo sviluppo dell'impresa stessa e della sua complessiva occupazione.

⁴⁵⁷ Durata connessa alla situazione aziendale che ha determinato l'esigenza di un intervento in deroga o agli obiettivi che l'accordo intende raggiungere, in linea di massima individuata, ferma restando la possibilità di concordare eventuali proroghe, si collochi nell'ambito di un quadriennio.

all'accordo e successivo allo stesso, finalizzati alla piena conoscenza e condivisione dei lavoratori sulle finalità dell'accordo.

Si aggiungeva la previsione, in concomitanza con rinnovi del CCNL relativi ad aspetti oggetto di accordo in deroga, di un obbligo di incontro per valutazioni di impatto sull'accordo aziendale, implicitamente riconoscendo un criterio di successione cronologica in caso di concorso-conflitto, e un divieto di stipula di tali accordi nei tre mesi antecedenti la scadenza del CCNL e fino al rinnovo dello stesso, fatti salvi casi di particolare urgenza.

Si possono formulare tre osservazioni su tale accordo: in primo luogo esso ometteva di specificare quali fossero i soggetti legittimati a tali accordi derogatori; non era prevista alcuna con titolarità negoziale con le organizzazioni sindacali territoriali; autorizzava un meccanismo di “deroga *in peius* condizionata” all’approvazione a livello nazionale.

Anche il Ccnl delle industrie tessili del 28 maggio 2004, pur riconoscendo assetti di relazioni industriali imperniati sul contratto collettivo nazionale e sul sistema delle deleghe, prevedeva interessanti novità per la contrattazione di livello aziendale, riconoscendo ad essa la possibilità di concordare specifici schemi di orario già previsti dal Ccnl stesso o anche diverse distribuzioni o articolazioni dell'orario settimanale per stabilimenti o per singoli reparti o uffici, o per gruppi di lavoratori, nonché, a fronte di esigenze aziendali di miglioramento della competitività e di miglioramento delle prospettive occupazionali, di concordare l'estensione della prestazione lavorativa a sei giorni settimanali con la R.s.u., previa comunicazione ed esame congiunto, per verificare le problematiche tecnico-produttive ed organizzative dell'azienda rispetto alle finalità⁴⁵⁸.

L'art. 36 del Ccnl del 2008 prevede inoltre la possibilità che il contratto aziendale elevi il monte ore settimanale e massimo annuo riconosciuto dal Ccnl per effettuare diversi regimi di orario in particolari periodi, mentre l'art. 53 n. 3 è rilevante per il riconoscimento, “*in presenza di profonde innovazioni tecnologiche o di mutamenti strutturali nei processi produttivi ed organizzativi tali da evidenziare una sostanziale e complessiva inadeguatezza dell'inquadramento nazionale rispetto alla nuova realtà*”, che la direzione aziendale e le r.s.u., previo esame congiunto, considerino il ricorso a nuove figure professionali e/o l'esistenza di mutamenti tali da determinare un diverso e nuovo contenuto professionale. È consentito l'intervento, a richiesta di una delle parti, delle rispettive Organizzazioni nazionali.

⁴⁵⁸ Art. 35 Ccnl (orario di lavoro, poi 34 nel rinnovo del 2008), punto 1, commi 4 e 5, punto 2, commi 3 e 4.

Gli schemi specifici consistono in:

- altre distribuzioni di orario nell'ambito della settimana o anche di cicli di più settimane;

- un'articolazione plurisetimanale multiperiodale dell'orario contrattuale, in base alla quale l'orario viene realizzato in regime ordinario come media in un periodo non superiore a dodici mesi, alternando periodi con orario diverso.

B) La funzione derogatoria del contratto collettivo aziendale nei contratti di categoria successivi all'Accordo quadro del 22 gennaio 2009.

Si è detto che l'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 non ha avuto un significativo riscontro applicativo nella contrattazione di categoria, in virtù della mancata firma da parte della CGIL, ostile al riconoscimento di una funzione derogatoria al contratto collettivo di livello decentrato, salvo nel settore delle industrie chimiche e chimico-farmaceutiche, in cui peraltro, oltre a mantenere sostanzialmente in vigore l'art. 18 lett. B) punto 3 del CCNL il rinnovo del 18 dicembre 2009 in tema di "accordi temporanei in deroga"⁴⁵⁹, ha introdotto un'ulteriore novità⁴⁶⁰.

Attraverso tale accordo, infatti, le parti hanno convenuto di riconoscere, a fronte di situazioni di difficoltà indotte da situazioni di crisi e relativi processi di riorganizzazione (e non anche per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale di un'area), la facoltà per le parti aziendali di realizzare accordi temporanei in deroga alla normativa prevista dal CCNL, cd. "clausole di apertura", fatti salvi i minimi contrattuali ed i diritti individuali irrinunciabili e previo parere di conformità della Commissione nazionale contrattazione.

Tali clausole prevedevano l'integrazione *ex contractu* degli strumenti di sostegno al reddito previsti dalla legge e si valorizza la negoziazione aziendale in conformità all'art. 25 del Ccnl, mediante

- la temporanea e reversibile riduzione collettiva dell'orario di lavoro su accordo tra impresa e R.s.u., utilizzando riposi e le riduzioni, residui individuali di ferie, di conto ore e di riduzioni di orario non ancora fruiti, ferie eccedenti le quattro settimane e maturati secondo il CCNL;
- la riduzione di orario attraverso contratti di solidarietà interni, mediante l'utilizzo totale o parziale delle risorse derivanti dagli incrementi di produttività e redditività, la riqualificazione individuale o collettiva dei lavoratori e la trasformazione temporanea in *part-time* del rapporto di lavoro dei lavoratori in fase di riqualificazione, purché compatibile in termini organizzativi.

Nel confermare o aggiungere tali funzioni derogatorie a favore del contratto collettivo aziendale, l'accordo dei chimici del 2009 si confermava disallineato rispetto a quanto previsto dall'A.Q. 22 gennaio 2009 e dall'A.I. 15 aprile 2009, che come visto privilegiava la sede territoriale.

Sotto tale profilo, i pochi contratti collettivi che nell'ambito di Confindustria hanno recepito i termini dell'Accordo in tema di deroghe al CCNL⁴⁶¹, non hanno riconosciuto una funzione derogatoria esclusiva al contratto collettivo territoriale.

⁴⁵⁹ La previsione è stata semplicemente spostata dall'art. 18, rubricato "retribuzione", all'art. 25, rubricato C.C.N.L. e contrattazione aziendale, punto 4, senza particolari adeguamenti all'A.I. 2009 se non per le scadenze contrattuali.

⁴⁶⁰ Sulle novità dell'accordo in generale e su tale particolare innovazione sia consentito rinviare a Cairoli, *Il Ccnl 2010-2012 del settore industrie chimiche, chimico-farmaceutiche e affini del 18 dicembre 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 1, 283 ss.

⁴⁶¹ Si v. sul punto Pace, *Relazioni sindacali e contrattazione di II livello: un'analisi a due anni dall'accordo interconfederale del 15 aprile 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 718 ss.

Non si pronunciava sul punto il Ccnl del 9 luglio 2010 per le Aziende dell'Industria Turistica Federturismo-AICA, nella Dichiarazione delle parti in calce all'art. 23 (rubricato Premio di risultato e dedicato alla contrattazione a contenuti economici), recava la seguente affermazione: “*Le imprese aderenti ad AICA e a Federturismo Confindustria, previo accordo tra le parti nell'ambito della contrattazione di 2° livello, potranno individuare soluzioni atte a superare situazioni di crisi aziendale tramite l'individuazione di adeguate misure, anche in deroga a quanto contrattualmente previsto, ad esempio, quali, in via non esaustiva, modalità di gestione della riduzione dell'orario di lavoro e flessibilità*”⁴⁶².

Si aggiunge la previsione di una funzione derogatoria degli accordi aziendali nell'art. 4-bis inserito il 29 dicembre 2010 nel CCNL separato dei metalmeccanici, ambedue non firmati da Fiom-Cgil, che merita un'apposita trattazione (*infra*, Appendice, B-1).

B₁) Il Ccnl metalmeccanici e il caso Fiat.

Del tutto peculiare è l'esperienza nel settore metalmeccanico e di installazione impianti, a cominciare dal fatto che dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2011 si è registrata la coesistenza di due contratti collettivi nazionali di categoria⁴⁶³: quello del 15 ottobre 2009, stipulato tra Fim-Cisl e Uilm-Uil con Federmeccanica e Assital secondo le regole dell'Accordo quadro e dell'Accordo interconfederale del 2009 (con durata triennale) e quello del 20 gennaio 2008, di durata quadriennale, disdetta dalle parti precedenti⁴⁶⁴ e applicato solo nei confronti di Fiom-Cgil sino alla scadenza⁴⁶⁵.

Le vicende del settore metalmeccanico si intersecano con la sequenza di eventi, altrettanto problematici, intercorsa tra la Società Fiat S.p.a. e le rappresentanze aziendali e di categoria della

⁴⁶² Cfr. anche l'art. 72 dell'Accordo.

⁴⁶³ Su cui v. G. Santoro-Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., 490; Maresca, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2010, 47-8; Scarpelli, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 3.

⁴⁶⁴ La formale disdetta del Ccnl 20 gennaio 2008 è stata inviata a Federmeccanica e Assital da Fim-Cisl e Uilm-Uil con lettera del 29 giugno 2009; e comunicata con lettera del 6 luglio 2009 Fim-Cisl e Uilm-Uil a Fiom-Cgil, motivando il recesso con l'esigenza di adempiere a quanto previsto dall'Accordo interconfederale 15 aprile 2009 per l'attuazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009; Federmeccanica, invece, comunica la disdetta del rinnovo CCNL metalmeccanici il 22 settembre 2010.

⁴⁶⁵ Nella stessa data del 22 settembre 2010, a fronte della richiesta di Fiom-Cgil di continuare ad applicare il precedente contratto, ancora vigente, Federmeccanica comunica non soltanto la disdetta, ma anche il recesso dal contratto del 20 gennaio 2008 a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo accordo separato (1 gennaio 2010), che avrebbe dovuto essere applicato a tutti i lavoratori, anche iscritti alla Fiom-Cgil. Ne è derivato un contenzioso in quanto la Fiom-Cgil rivendicava l'applicazione del contratto del 2009 ai soli lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti, e non ai propri. La giurisprudenza riconosceva l'applicazione del CCNL del 20 gennaio 2008 nei confronti degli iscritti alla Fiom fino al 31 dicembre 2011, data di scadenza del contratto disdetta (non essendo più previsto il rinnovo automatico né l'ultrattività in virtù della disdetta): Trib. Torino 18 aprile 2011, in *Guida lav.*, 2011, 18, 12; Trib. Modena 22 aprile 2011, in *Guida lav.*, 2011, 19, 19; Trib. Torino 20 maggio 2011, in www.adapt.it; Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, *ivi*. Alcune pronunce esigevano anche che i datori di lavoro di Federmeccanica richiedessero ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato di scegliere fra i due diversi contratti nazionali (Trib. Modena 22 aprile 2011, cit.; *contra* Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011, in www.adapt.it, secondo cui occorre verificare se vi è adesione, almeno in forma tacita, da parte dei lavoratori non iscritti).

Fiom-Cgil, che come si vedrà hanno condotto all'uscita di Fiat S.p.a. da Federmeccanica e, quindi, da Confindustria e dal relativo obbligo convenzionale di applicazione del Protocollo del 23 luglio 1993, dell'Accordi interconfederali del 20 dicembre 1993 di tutti gli accordi successivi.

Il tema degli assetti contrattuali e, all'interno di esso, quello del ruolo e delle funzioni (anche derogatorie) del contratto collettivo di livello aziendale è uno dei fili conduttori del confronto tra Federmeccanica e Fiom-Cgil, all'esterno, e tra Federmeccanica e Fiat S.p.a. al suo interno.

Tale confronto si delineava in termini di conflitto con la Fiom, federazione di settore della Cgil, la quale non aveva sottoscritto né l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 né l'accordo interconfederale del 15 aprile 2009 e che nel rifiutare in generale l'applicazione "sperimentale" di tali accordi, rifiutava in particolare, tra i diversi temi oggetto di modifica, l'attribuzione di funzioni derogatorie, ancorché autorizzate, alla negoziazione di II livello.

Per altro verso il confronto era anche interno, con la Fiat s.p.a. in virtù di una diversa visione degli assetti contrattuali, maggiormente decentrata, e del ruolo del contratto collettivo aziendale, che nell'ottica dell'establishment di Fiat doveva essere meno vincolato al contratto nazionale.

Occorre sottolineare che inizialmente l'intesa del 15 ottobre 2009 non disciplinava il riconoscimento di deroghe al contratto collettivo nazionale.

Tuttavia in quell'accordo era disposta l'instaurazione di una commissione bilaterale volta a formulare una proposta circa le materie che il CCNL avrebbe potuto delegare, "in via esclusiva o concorrente", alla contrattazione aziendale.

Due erano quindi le differenze rispetto agli Accordi intercategoriale del 2009: era riconosciuta una regolamentazione concorrente tra i due livelli, superando il principio del *ne bis in idem*, e tale concorrenza era riconosciuta a livello aziendale e non territoriale.

Mesi dopo, il 29 settembre 2010, Film-Cisl e Uilm-Uil, anche nell'intento di ricucire i rapporti con la Società Fiat S.p.a., che nel frattempo aveva stipulato un primo "contratto di primo livello" per lo stabilimento di Pomigliano⁴⁶⁶, convenivano con Federmeccanica di integrare l'accordo separato di una nuova clausola, l'art. 4-bis.

L'art. 4-bis del Ccnl Industrie metal meccaniche Film-Uilm-Confindustria prevedeva che le intese in deroga fossero definite a livello aziendale con l'assistenza delle Associazioni industriali e delle

⁴⁶⁶ Si fa riferimento all'accordo Fiat di Pomigliano del 15 giugno 2010 tra Fiat s.p.a. e Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Ugl Metalmeccanici, Associazione Quadri e Capi Fiat. La clausola n. 8 dell'accordo di Pomigliano stabilisce che nel caso in cui la percentuale di assenteismo sia "significativamente superiore alla media" l'azienda non è più tenuta a corrispondere i trattamenti economici per malattia contrattualmente dovuti. Si tratta del pagamento del c.d. periodo di carenza, relativo ai primi tre giorni di malattia, decorrendo l'erogazione del trattamento ad opera dell'Inps solo dal quarto giorno. La previsione in esame rappresenta una deroga al contratto collettivo nazionale del settore metalmeccanico, ma non certo la violazione di norma di legge né di principi costituzionali. D'altro lato per evitare il rischio di colpire ingiustamente il lavoratore effettivamente malato, si rinvia ad una apposita commissione paritetica per i casi di particolare criticità a cui non applicare quanto sopra esposto. Cfr. Lai, *L'accordo fiat di Pomigliano: la contrattazione collettiva tra decentramento, responsabilità e partecipazione*, in www.fscpo.unict.it

strutture territoriali delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale, “*che le sottoscrivono – specificava l’accordo - in quanto coerenti con quanto previsto al comma precedente*” e cioè in quanto corrispondenti “*al fine di favorire lo sviluppo economico ed occupazionale mediante la creazione di condizioni utili a nuovi investimenti o all’avvio di nuove iniziative ovvero per contenere gli effetti economici e occupazionali derivanti da situazioni di crisi aziendale, possono essere realizzate specifiche intese modificative, anche in via sperimentale o temporanea*”.

Tali “*intese modificative*” aziendali dovevano essere stipulate, quindi, a firma congiunta e con l’indicazione degli obiettivi da conseguire, della durata (qualora esse fossero di natura sperimentale o temporanea), dei riferimenti puntuali agli articoli del CCNL oggetto di modifica, nonché delle pattuizioni a garanzia dell’esigibilità dell’accordo con provvedimenti a carico degli inadempienti di entrambe le parti.

Al contempo, rispettando tali presupposti, il contratto aziendale - e non soltanto territoriale - poteva modificare ogni aspetto del Ccnl, con l’eccezione dei minimi tabellari, degli aumenti periodici d’anzianità e dell’elemento perequativo, oltretutto “*dei diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge*”⁴⁶⁷.

Non era invece previsto, a differenza dell’A.I. del 2009, che tali deroghe fossero preventivamente approvate preventivamente dalle parti sociali stipulanti il Ccnl della categoria interessata.

Questa nuova clausola, tuttavia, non era ritenuta sufficiente da Fiat, e il 23 dicembre 2010 seguiva un nuovo accordo, non allineato all’art. 4-bis del CCNL metalmeccanico, tra Fiat Group Automobiles S.p.a. e i rappresentanti delle segreterie nazionali e provinciali Fim, Uilm, Fismic e Ugl metalmeccanici e dell’associazione quadri Fiat per lo stabilimento di Mirafiori.

L’accordo non risulta allineato all’art. 4-bis in quanto è stato stipulato solamente da soggetti sindacali di livello territoriale e senza indicare le singole norme del CCNL oggetto di deroga.

Sia al primo accordo di Pomigliano, che all’accordo di Mirafiori la Fiom-Cgil opponeva una strenua difesa tanto in sede sindacale quanto in sede legale, rivendicando il diritto all’applicazione del CCNL del 20 gennaio 2008 ed opponendosi alla stipula di tali accordi aziendali.

In un contesto sindacale infuocato, gli stessi accordi venivano sottoposti a referendum nello stabilimento produttivo “Giambattista Vico” di Pomigliano e in quello di Mirafiori, pur nella consapevolezza di una valenza puramente politica e non giuridica dello strumento, ed in entrambi i casi la Società otteneva l’approvazione della maggioranza dei lavoratori, seppure in misura inferiore alle aspettative.

⁴⁶⁷ Art. 4-bis Ccnl metalmeccanici, quarto comma.

Si poneva anche un delicato problema di rappresentanza nell'azienda, posta la mancata firma da parte della Fiom, da un lato, e la vigenza delle regole dell'accordo del 20 dicembre 1993, la Fiom-Cgil nelle R.s.u. di Pomigliano, ai sensi delle quali la Fiom-Cgil, pur non avendo sottoscritto l'accordo aziendale, avrebbe avuto diritto a vedere eletti propri rappresentanti per avere firmato un CCNL ancora vigente, secondo le pronunce dei giudici, fino al 31 dicembre 2011.

In risposta a tali criticità veniva istituita a Torino il 19 luglio 2010 la Newco "Fabbrica Italia Pomigliano" per l'esercizio delle attività di produzione, assemblaggio e vendita di autoveicoli e loro parti nello stabilimento Giambattista Vico di Pomigliano d'Arco, in seguito al nuovo piano di investimenti previsto dal *top management* per l'attuazione dei progetti di produzione di un nuovo modello.

In questo modo la Società, posseduta a livello azionario da Fiat S.p.a. ma dotata di autonoma personalità giuridica, da un lato rilevava impianti e maestranze dello stabilimento, dall'altro si configurava come datore di lavoro non iscritto ad associazioni provinciali facenti capo a Federmeccanica e Confindustria, con possibilità di applicare il nuovo contratto Fiat per prima - dato che lo stabilimento non era ancora entrato in funzione - ma soprattutto in via esclusiva, applicando il solo contratto collettivo aziendale.

In tal modo venivano risolte alla radice le problematiche:

- relative al conflitto di tale accordo con il CCNL metalmeccanico (anche quello del 15 ottobre 2009, anche alla luce dell'art. 4-bis, come visto non del tutto coincidente), perché non esisteva più alcun concorso tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo;
- relative al diritto della Fiom-Cgil a costituire rappresentanze sindacali, non essendo più applicabile il CCNL metalmeccanico del 20 gennaio 2008 a livello nazionale, e non essendo stato firmato alcun accordo aziendale dalla stessa rappresentanza.

Seguiva mesi dopo l'accordo di Pomigliano del 29 dicembre 2010, stipulato per l'appunto dalla Newco Fabbrica Italia con le stesse sigle di cui sopra, senza la Fiom, privo anch'esso di riferimenti agli articoli derogati del CCNL metalmeccanico, ma dotato di una completa disciplina normativa, tanto da essere denominato dalle parti firmatarie, non a caso, "contratto di primo livello", quasi a voler indicare l'intenzione di Fiat di creare un nuovo contratto collettivo nazionale per il settore automobilistico⁴⁶⁸ o comunque, la creazione di un pericoloso precedente di sostituzione, di fatto, del consolidato sistema contrattuale a doppio livello con un unico livello di contrattazione, di gruppo⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Criticamente sul punto G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori.. cit.*, 123-4, secondo cui la categoria "deve per definizione trascendere la singola azienda, per quanto importante e diffusa su tutto il territorio nazionale: tratto essenziale del contratto di categoria è, infatti, la vocazione solidaristica volta ad assicurare trattamenti uniformi ai lavoratori di tutte le aziende dello stesso settore merceologico".

⁴⁶⁹ Ancora G. Santoro-Passarelli, *Intervento*, in VII Seminari di Bertinoro..cit., 162.

Per quanto riguarda il primo aspetto è intervenuta mesi dopo Federmeccanica, nell'intento di scongiurare l'eventuale fuga di altre aziende del settore auto (ma principalmente del c.d. indotto Fiat), siglando, il 22 dicembre 2011, un "Protocollo di intesa sulla disciplina specifica del comparto auto, ad integrazione e modifica del CCNL metalmeccanici del 15 ottobre 2009".

Il protocollo, non sottoscritto dalla Fiom, introduce modifiche al contratto nazionale principalmente in materia di orario di lavoro e maggiorazioni retributive per il lavoro straordinario, notturno e festivo, ponendosi, sotto questi aspetti, in diretta concorrenza con il contratto specifico di primo livello del gruppo Fiat.

L'uscita dell'intero gruppo Fiat si verifica effettivamente in seguito, come si vedrà, a decorrere dal 1° gennaio 2012, seppure per ragioni diverse e non a caso una volta verificatasi, sarà seguita pochi mesi dopo, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dallo scioglimento della Newco Fabbrica Italia Pimigliano, riassorbita nell'azienda mantenendo lo stesso contratto collettivo Fiat.

C) Attuazione dell'Accordo Quadro del 2009 al di fuori di Confindustria: il CCNL separato nel settore Terziario-Confcommercio/Confesercenti.

Al di fuori dal sistema confindustriale ma nell'ambito della stipula dell'A.Q. del 22 gennaio 2009, il 26 febbraio 2011 è stato rinnovato il Ccnl Terziario-distribuzione e servizi di Confcommercio, seguito in data 15 marzo 2011 dal contratto stipulato da Confesercenti⁴⁷⁰, ambedue, non a caso, mai firmati dalla Cgil.

Una prima differenza tra tale accordo e il CCNL metalmeccanico è che non si è verificata alcuna coesistenza di contratti collettivi di categoria, essendo il precedente contratto collettivo del 18 luglio 2008 giunto a scadenza in data 31 dicembre 2010, con disdetta per il tacito rinnovo delle condizioni ivi previste.

Tale accordo consente deroghe al Ccnl che risultano di eccezionale rilevanza per le materie trattate e possono essere stipulate anche senza una validazione preventiva a livello nazionale, potendo essere *“definite tramite il supporto dell'Associazione imprenditoriale territoriale o direttamente a livello aziendale”* qualora l'azienda occupi più di trenta dipendenti nell'ambito della stessa provincia.

Anche questa intesa, come il Ccnl delle Industrie Chimico-farmaceutiche, fa salvi i diritti irrinunciabili del lavoratore e i trattamenti retributivi minimi previsti nel contratto collettivo di categoria.

Infatti nell'accordo risultano ammesse importanti ed inedite deroghe rispetto ai trattamenti economico-normativi previsti nel Ccnl, tanto a scopo di difesa/incremento dei livelli di occupazione o in particolari situazioni di difficoltà, quanto per un semplice miglioramento dell'efficienza, competitività e produttività dell'azienda (o delle aziende nel distretto territoriale), con poteri di deroga più incisivi in caso di presupposti solo nominalmente specifici (superamento di situazioni di crisi; sviluppo economico e occupazionale; avvio di nuove attività, ampliamento, ristrutturazione e rilancio dell'attività; eventuali situazioni di emersione dal lavoro sommerso in presenza di idonei provvedimenti legislativi) ma di fatto estremamente vaghi.

Aspetto particolarmente rilevante, considerando che in questo Ccnl non è previsto alcun potere di *“validazione”* in capo alle stesse sigle nazionali o ad enti bilaterali centrali.

Per tutti gli accordi sopra richiamati va chiarito che restava comunque inalterato il problema dell'efficacia di tali accordi rispetto ai lavoratori non iscritti alle Oo.Ss. stipulanti⁴⁷¹, problema aggravato dalla mancata firma della Cgil.

⁴⁷⁰ Rinnovo commentato *amplius* da Preteroti, *Il rinnovo del Ccnl 2011-2013 nel settore terziario-distribuzione e servizi*, in *Riv. giur. lav.* 2011, 4, 889 ss.

⁴⁷¹ V. ad es. sul caso Fiat-Pomigliano c. Cgil le osservazioni di Liebman, *Sistema sindacale “di fatto”, crisi dell'unità sindacale e rinnovi sindacali separati: prime verifiche giudiziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, 484.

D) Casistica di contratti collettivi attuativi dell'Accordo del 28 giugno 2011 (clausola 7).

Tra i Ccnl rinnovati dal 28 giugno 2011 ad oggi⁴⁷², alcuni si limitano a rimandare, in via generale, al sistema contrattuale inaugurato dal citato A.I.⁴⁷³, mentre altri contengono richiami più specifici e al contempo stabiliscono un'autonoma regolamentazione per la stipulazione delle intese modificative.

Uno dei primi Ccnl che ha richiamato la nuova disciplina interconfederale è il Ccnl che si applica al personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, stipulato in data 4 agosto 2011.

Più precisamente, l'art. 9 opera un espresso riferimento alla clausola 7 dell'A.I. 28 giugno 2011 prevedendo la possibilità di stabilire, a livello aziendale, diverse modalità di effettuazione della prestazione, anche ai fini di una differente disciplina dell'orario di lavoro, scostandosi da quella prevista nello stesso articolo 9.

L'assenza di una simile regolamentazione su altri aspetti del rapporto di lavoro, induce a ritenere che tali intese modificative siano abilitate dalla contrattazione collettiva nazionale solo in materia di orario di lavoro e nei limiti precisati dalle parti stipulanti.

Inoltre, il Ccnl non individua alcuna specifica procedura per l'attuazione di tali "deroghe". Pertanto, potrebbe considerarsi operante il regime transitorio regolato dalla richiamata clausola interconfederale (che, dunque, acquisterebbe dignità di disciplina definitiva nel settore di riferimento) oppure il silenzio delle parti potrebbe essere interpretato come volontà delle stesse di estendere all'ipotesi in esame le regole fissate – in via generale - in tema di legittimazione negoziale a livello aziendale⁴⁷⁴.

Una più dettagliata disciplina è contenuta nel Ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva (rinnovato, in via definitiva, il 19 gennaio 2012).

Più precisamente, le parti ammettono la stipulazione di specifiche intese modificative per il perseguimento delle medesime finalità indicate nell'A.I. 28 giugno 2011. Tali intese devono essere stipulate tra *«l'Azienda e le Rsu/Rsa con l'assistenza delle Associazioni industriali territoriali e delle strutture territoriali delle Oo. Ss. stipulanti il Ccnl, che le sottoscrivono in quanto coerenti con le previsioni dei due commi precedenti»*.

⁴⁷² Su cui v. *amplius* lo studio di Monterossi, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 1, 211 ss.

⁴⁷³ Ciò si verifica, ad esempio, nel Ccnl per i dipendenti di imprese e società private esercenti servizi ambientali, sottoscritto in via definitiva il 3 maggio 2012 e nel Ccnl del settore dei servizi postali in appalto stipulato in via definitiva il 31 luglio. Anche nell'ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl del settore dell'industria metalmeccanica del 5 dicembre 2012 (non sottoscritta dalla Cgil) le parti si limitano a richiamare l'A.I. del 28 giugno 2011, impegnandosi a recepirlo. Del resto già l'art. 4-bis del Ccnl separato (anch'esso non firmato dalla Fiom) del 29 settembre 2010 prevedeva un sistema di deroghe al Ccnl.

⁴⁷⁴ Ai sensi dell'art. 46, comma 7 *«la titolarità della contrattazione aziendale fa capo alle rappresentanze sindacali unitarie d'intesa con le strutture territoriali/regionali in caso di coincidenza tra unità produttiva e Azienda ai sensi dell'art. 57»*. Inoltre, la titolarità negoziale a livello aziendale è attribuita *«alle Segreterie Nazionali d'intesa con le rappresentanze sindacali unitarie per la Società Autostrade per l'Italia»*.

Il Ccnl in esame si discosta dalla disciplina transitoria dettata dalla clausola 7 del citato A.I. che impone «*l'intesa*» tra le rappresentanze sindacali operanti in azienda e le organizzazioni territoriali⁴⁷⁵.

Non è chiaro se tale differenza rimanga circoscritta ad un piano meramente letterale o se, invece, «*l'assistenza*» richiesta dal Ccnl in esame abbia una portata diversa rispetto alla «*intesa*». Potrebbe, ad esempio, sostenersi che mentre la prima implica la necessità di un consenso (unanime o a maggioranza) delle organizzazioni territoriali, la seconda ha una valenza più limitata, non conferendo alle stesse poteri vincolanti o di veto. Tuttavia, quest'ultima interpretazione sembra ostacolata dall'espressa previsione della sottoscrizione dell'*intesa* da parte delle Associazioni industriali territoriali e delle strutture territoriali delle Oo. Ss. stipulanti il Ccnl. La loro approvazione appare, pertanto, decisiva.

Per quanto concerne l'ambito di operatività delle intese modificative, il Ccnl indica che esse possono riguardare «*uno o più istituti*», individuando, in chiusura, le materie sottratte alla capacità derogatoria delle intese sottoscritte a livello aziendale («*minimi tabellari, aumenti periodici di anzianità ed Elemento di Garanzia retributiva oltre che i diritti individuali dei lavoratori derivanti da norme inderogabili di legge*»)⁴⁷⁶. Sicché, si presume che rispetto agli altri aspetti del rapporto di lavoro non richiamati, non operino preclusioni.

Il 20 luglio 2012 è stata inoltre sottoscritta l'ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl della Mobilità/Area contrattuale attività ferroviarie.

L'art. 2-bis, al comma 4 riproduce in parte la disciplina transitoria prevista dalla clausola 7 dell'A.I. del 2011, discostandosene sotto alcuni profili. Esso, da un lato, delimitando l'ambito delle materie che possono essere oggetto delle intese modificative, indica le stesse già individuate a livello interconfederale (prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro); dall'altro, alle finalità elencate alla citata clausola 7, aggiunge «*la presenza di procedure di affidamento di servizi in esclusiva o ad evidenza pubblica*».

Inoltre, è regolata in modo differente la legittimazione negoziale: nella clausola 7 dell'A.I. del 2011, le intese modificative sono oggetto di una specifica disciplina (transitoria), diversa dal regime ordinario, regolato alle clausole 4 e 5. Nel Ccnl in esame, invece, la sottoscrizione di tali intese segue

⁴⁷⁵ È bene sottolineare che l'A.I. del 2011 rimette totalmente al Ccnl l'individuazione di limiti e procedure per la stipulazione delle intese modificative, senza vincolarlo in alcun modo a quanto previsto dallo stesso A.I. in via transitoria.

⁴⁷⁶ La disciplina transitoria di cui all'A.I. 28 giugno 2011 individua le materie che possono essere oggetto di modifica, restando implicitamente esclusi tutti gli altri aspetti del rapporto di lavoro. Tuttavia esso richiama l'orario, la prestazione di lavoro e l'organizzazione del lavoro, espressione, quest'ultima, che si presta facilmente ad interpretazioni estensive, tali da abbracciare quasi l'intera disciplina del rapporto di lavoro.

Inoltre, le intese modificative disciplinate dal Ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva dovranno indicare «*gli obiettivi che si intendono conseguire, la durata, i riferimenti puntuali agli articoli del Ccnl oggetto di modifica, le pattuizioni a garanzia dell'esigibilità dell'accordo con provvedimenti a carico degli inadempimenti di entrambe le Parti*».

espressamente le regole di stipulazione dei contratti collettivi aziendali fissate in via generale al precedente comma 3⁴⁷⁷.

Il 22 settembre 2012 è stata siglata l'ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl per i dipendenti dell'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e Gpl⁴⁷⁸.

Nel testo le parti, oltre a fare più volte espresso rinvio all'A.I. 28 giugno 2011, attribuiscono esplicitamente alla contrattazione di livello aziendale la facoltà di stipulare specifiche intese temporanee⁴⁷⁹ modificative - *in peius* - delle regolamentazioni contenute nel Ccnl.

Come sottolineato già i rinnovi 10 maggio 2006 e del 18 dicembre 2009 contemplavano un sistema di deroghe peggiorative a livello aziendale, nel perseguimento delle medesime finalità indicate di favorire la competitività e l'occupazione in situazioni di congiuntura particolari. Tuttavia la nuova disciplina collettiva individua precise modalità di stipulazione delle intese modificative che devono essere sottoscritte dalle parti aziendali «con l'eventuale assistenza» delle strutture territoriali imprenditoriali e sindacali firmatarie del Ccnl⁴⁸⁰ oppure direttamente con queste ultime, in assenza di Rsa/Rsu.

Al fine di regolare la stipulazione delle intese modificative, le parti si impegnano a concordare specifiche linee guida in tema di orari, prestazione lavorativa e organizzazione del lavoro, ad integrazione di quelle già fissate dall'Accordo del 29 giugno 2007 (aggiornate e riportate nel testo del Ccnl del 2012). Le intese possono avere ad oggetto gli istituti retributivi e normativi, senza però incidere su diritti individuali irrinunciabili e minimi contrattuali.

In relazione a quest'ultimi, la nuova regolamentazione collettiva prevede, in via d'eccezione, un'importante novità: nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato di giovani non assumibili con contratto di apprendistato, le intese aziendali potranno agire in deroga ai minimi contrattuali, fermo restando l'impegno formativo e, in ogni caso, nel rispetto di precisi limiti indicati nello stesso Ccnl del 2012. Evidentemente si tratta di una previsione che mira ad incoraggiare una stabile occupazione giovanile.

Significativa è l'ipotesi di accordo del Ccnl telecomunicazioni in tema di deroghe, ove, in coerenza con quanto previsto al punto 7 dell'A. I. 2011, l'art. 3 comma 19 prevede che, a livello aziendale, al

⁴⁷⁷ Una situazione analoga si verifica nella recente ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl nel settore dell'industria alimentare del 27 ottobre 2012 che riproduce, in sostanza, la disciplina transitoria indicata alla clausola 7 dell'A.I. 2011, rimettendo, tuttavia, la stipulazione delle intese modificative ai soggetti titolari, in via generale, della legittimazione sindacale a livello aziendale.

⁴⁷⁸ Il 23 gennaio 2013 le parti hanno provveduto alla stesura definitiva del testo, integrandolo, peraltro, nella parte relativa alla stipulazione delle intese modificative.

⁴⁷⁹ Le intese modificative, legate ad esigenze congiunturali, non potranno avere durata superiore ad un triennio (mentre la disciplina del 2009 indicava come termine massimo quattro anni), salvo eventuali proroghe.

⁴⁸⁰ La disciplina transitoria dell'A.I. 28 giugno 2011 prevede, invece, la necessaria intesa e non la mera assistenza, persino eventuale, delle strutture territoriali.

fine di sostenere e/o migliorare la competitività dell'impresa e la sua occupazione, possono essere realizzate intese su uno o più istituti disciplinati dal Ccnl in materia di:

- gestione della prestazione lavorativa e delle relative indennità;
- organizzazione del lavoro (assetto "inquadramentale" in coerenza con nuovi modelli produttivi);
- articolazione degli orari di lavoro, fermo restando il limite dell'orario di lavoro previsto dal Ccnl

Gli accordi di cui sopra potranno essere realizzati tra l'azienda, assistita dall'Associazione industriale territoriale, da un lato, le rappresentanze sindacali unitarie e le organizzazioni sindacali territorialmente competenti stipulanti il Ccnl, dall'altro. Per le aziende più complesse l'Accordo deve essere realizzato con il coordinamento nazionale delle RSU eletto dalle RSU nell'ambito delle stesse, e le Segreterie Nazionali delle Organizzazioni Sindacali stipulanti il Ccnl.

È previsto in ogni caso un obbligo di comunicazione ad Asstel e alle Segreterie Nazionali delle Parti di avvio del negoziato e dell'eventuale accordo raggiunto.

Anche nel rinnovo del Ccnl per i lavoratori addetti al settore elettrico è recepita la clausola 7 dell'Accordo interconfederale di Confindustria⁴⁸¹, dando atto, "circa l'eventuale stipula di intese modificative delle regolamentazioni contenute nel c.c.n.l., dell'esigenza di addivenire tempestivamente, verificate le situazioni richiamate in premessa⁴⁸², all'applicazione di misure negoziate sul tema degli orari di lavoro, dell'organizzazione del lavoro e delle prestazioni lavorative, individuando nei medesimi gli strumenti capaci di contribuire al rilancio competitivo delle imprese e al sostegno dei livelli occupazionali".

Dunque le (generiche) materie oggetto di deroga previste nel regime transitorio vengono confermate anche per il regime ordinario, "con una marcata attenzione, come si legge nella Premessa al Protocollo, *ai temi della gestione flessibile, della prestazione di lavoro, anche attraverso una specifica valorizzazione della contrattazione aziendale*".

È importante sottolineare il riconoscimento della titolarità della contrattazione a livello aziendale in capo alle strutture territoriali delle Oo. Ss. stipulanti ed alle Rsu ovvero, per i Gruppi⁴⁸³ di cui al comma 13 dell'articolo 2 ("Relazioni Industriali"), ai soggetti di volta in volta individuati per i singoli istituti dal Ccnl, e la conferma (quasi contraddittoria e non precisata) del ricorso alla contrattazione a livello aziendale su materie ed istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli propri del Ccnl (art. 3,

⁴⁸¹ Cfr. art. 3 comma 3 bis e Protocollo per la competitività e lo sviluppo delle aziende elettriche (Gestione flessibilità).

⁴⁸² Si tratta delle situazioni elencate nella Premessa del Protocollo, invero estremamente generiche e riconducibili a difficoltà di settore più aziendali: riduzione dei margini di generazione connessa alla persistente contrazione della domanda, problematiche normativo/ambientali con prospettive di chiusura e/o mancato decollo di impianti, problematiche di scarso utilizzo degli impianti ad olio o legate alla gestione della produzione distribuita ed agli investimenti e all'andamento della domanda di connessione alle reti di distribuzione, significativa erosione della redditività del servizio di distribuzione elettrica per i costi della regolazione e connessi obblighi di efficientamento, crescente imposizione fiscale, crescente livello di credito verso i clienti.

⁴⁸³ Intendendosi per tali le Aziende con insediamenti pluriregionali che occupino complessivamente almeno 500 dipendenti (art. 2, comma 13).

comma 10), abilitato a definire “le materie, i soggetti abilitati e la tempistica, preve opportune garanzie procedurali” (art. 3, comma 4).

Altrettanto importante è quanto previsto dall’art. 3 comma 19, alla cui stregua è previsto che il mancato rispetto delle clausole relative agli assetti contrattuali così come definiti nel presente articolo sia segnalato dalla parte che ne ha interesse alle Segreterie nazionali delle Oo. Ss. di categoria stipulanti il Ccnl entro 30 giorni dal momento della rilevazione, dando luogo, entro i successivi 15 giorni lavorativi (comma 20) ad un tentativo di conciliazione in sede nazionale presso la Commissione di conciliazione bilaterale di cui all’art. 55⁴⁸⁴, con l’eventuale partecipazione delle istanze delle Parti competenti per territorio nel caso in cui l’inadempimento riguardi una singola Azienda.

L’impressione complessiva che si ricava da tali previsioni è quella di un accordo teso a gestire preventivamente le ipotesi di concorso-conflitto tra i due livelli, ma privo – senza una successiva implementazione – dell’adeguata precisione nell’indicazione delle competenze derogatorie del contratto aziendale.

A livello aziendale, l’accordo interconfederale non è misurabile nella sua portata effettiva, perché non è interesse politico delle Federazioni pubblicizzare dati che testimoniano da un lato la scarsa tenuta dei trattamenti minimi nazionali, dall’altro l’approvazione da parte di sigle confederali di trattamenti peggiorativi.

Il processo si inverte qualora una delle sigle nazionali non firmi l’accordo a livello nazionale o decentrato, perché in tal caso il soggetto sindacale ha interesse a mostrarsi dissenziente per recuperare rappresentatività.

⁴⁸⁴ L’art. 55 del Ccnl (“Inscindibilità e interpretazione del Contratto”) precisa che “*Le disposizioni del presente contratto, sia nell’ambito di ogni singola regolamentazione, come nel loro insieme, sono correlative ed inscindibili tra loro, costituendo il trattamento complessivo del lavoratore, non cumulabile, neppure in parte, con qualunque altro trattamento collettivo.*”

L’interpretazione delle norme del presente contratto è demandata alle parti stipulanti. La richiesta di interpretazione potrà essere avanzata da una delle parti indicando la norma in contestazione; l’incontro avverrà entro trenta giorni dalla richiesta.

A tale proposito si istituisce a far data dal 31 marzo 2010 una Commissione di conciliazione di settore, composta da 6 membri di parte datoriale e 6 membri di parte sindacale”.

E) Il recepimento del modello dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 al di fuori di Confindustria. In particolare: l'accordo quadro ABI nel settore bancario.

Fuori dal sistema contrattuale industriale, mentre l'Accordo del 28 giugno 2011 è stato recepito pedissequamente e testualmente il 21 dicembre 2011 da Confservizi nonché da Confapi il 20 aprile 2012, l'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore bancario⁴⁸⁵ tra l'Abi e le Oo.Ss. di settore⁴⁸⁶, del 24 ottobre 2011, presenta aspetti simili, con alcune interessanti particolarità.

Si tratta di un accordo nazionale destinato a regolare gli assetti contrattuali e la rappresentatività dei sindacati nel settore creditizio e ad imporsi come disciplina esclusiva della materia⁴⁸⁷. Le parti, in considerazione delle peculiarità del settore⁴⁸⁸, hanno deciso di dotarsi di una specifica regolamentazione, sia per i rinnovi del Ccnl, che allo scopo di favorire «*lo sviluppo della contrattazione collettiva di secondo livello*».

Successivamente tali regole hanno trovato una puntuale attuazione nell'Accordo di rinnovo del Ccnl del 19 gennaio 2012⁴⁸⁹; che, tuttavia, non esaurisce l'intera disciplina del settore cui è riferito l'Accordo quadro.

L'art. 1 comma 1 dell'accordo quadro conferma un assetto della contrattazione articolato su due livelli: un primo livello rappresentato dal contratto collettivo nazionale di categoria e un secondo livello costituito dal contratto aziendale o di gruppo. Inoltre si ribadisce – con una formula che ricalca la clausola 2 dell'A.I. del 28 giugno – che il contratto nazionale di categoria assolve alla funzione di «*garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*».

La contrattazione di secondo livello, invece, dove svolgersi entro un contesto fortemente gerarchizzato e controllato dal Ccnl e dalle parti sociali stipulanti. Il contratto aziendale o di gruppo,

⁴⁸⁵ L'intero testo dell'accordo è rinvenibile in www.abi.it ma per un'analisi critica dell'accordo si rimanda a Delogu, *L'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore bancario*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 1, 199 ss.

⁴⁸⁶ Si tratta della Dircredito-Fd; della Fabi; della Fiba-Cisl; della Fisac-Cgil; della Sinfub; della Ugl Credito e della Uilca. Il medesimo Accordo è stato sottoscritto in separata sede anche dai sindacati autonomi riuniti in Unità Sindacale Falcri Silcea, i quali, pur con numerose riserve, hanno comunque proceduto alla sottoscrizione, al solo fine di essere ammessi alla trattativa per il rinnovo del Ccnl. Cfr. la lettera inviata all'Abi e agli altri sindacati, in www.unisin.it.

⁴⁸⁷ Andrà a sostituire, infatti, non solo le regole sugli assetti contrattuali contenute nel Protocollo del 23 luglio 1993, ma anche tutte le altre norme in contrasto. Nella Premessa, infatti, si citano alcune disposizioni, ma si tratta di elencazione esemplificativa e non esaustiva, poiché attraverso una clausola generale si stabilisce anche la sostituzione di «*quant'altro comunque incompatibile con quanto contenuto nel presente Accordo*».

⁴⁸⁸ L'Intesa in commento del resto si pone sulla scia di una serie di atti negoziali che da tempo aveva disegnato un particolare modello di relazioni sindacali fortemente concertativo, che ha consentito di affrontare i processi di modernizzazione, riorganizzazione e ristrutturazione, contenendo anche le tensioni occupazionali che hanno attraversato il settore. Di tutto ciò le parti si danno atto nella premessa all'Accordo.

⁴⁸⁹ Cfr., in particolare, gli artt. 5, 6, 7, 8 e 9. Il testo dell'«*Accordo di rinnovo del Ccnl 8 dicembre 2007 per i quadri direttivi e le aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali*» è rinvenibile in www.cnel.it. L'ipotesi di Accordo è stata sottoposta alla valutazione delle assemblee dei lavoratori, che si sono espresse con voto certificato ai sensi dell'Accordo del 24 ottobre. Tale *iter* si è concluso il 17 aprile 2012. Cfr. comunicato congiunto dei sindacati in www.uilca.it.

infatti, può intervenire, alle condizioni convenute dalle stesse parti, «*nelle materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo o dalla legge*»⁴⁹⁰, ma sempre «*secondo le modalità e gli ambiti di applicazione*» definiti dal Ccnl stesso.

Fin qui si è analizzato brevemente il sistema delle deleghe. Ad esso si aggiunge la possibilità di sottoscrivere a livello decentrato intese in “deroga” rispetto al contratto di categoria. I contratti di secondo livello, infatti, possono prevedere «*norme e/o articolazioni contrattuali volte ad assicurare l’adattabilità delle normative vigenti agli specifici contesti produttivi*». A tale scopo possono definire, anche in via solamente sperimentale e temporanea, «*specifiche intese modificative*» del Ccnl, ma sempre «*secondo le modalità e gli ambiti disciplinati*» da quest’ultimo contratto. A tal proposito, l’Accordo di rinnovo del 19 gennaio 2012 fa riferimento «*alle materie della prestazione lavorativa, degli orari e dell’organizzazione del lavoro*» (art. 5, comma 2). Queste deroghe sono ammissibili in quanto perseguono una serie di finalità specificamente elencate, ossia «*favorire lo sviluppo economico ed occupazionale, contenere gli effetti economici e occupazionali derivanti da situazioni di crisi aziendale o di gruppo o da rilevanti ristrutturazioni e/o riorganizzazioni*»⁴⁹¹.

Vi è, inoltre, un’apertura alla flessibilità del sistema, attivando le potenzialità derogatorie del contratto di secondo livello; sebbene ciò avvenga con maggior cautela rispetto all’A.I. del 2011, poiché il controllo esercitato dal Ccnl sembra essere più stringente e ancorato a specifiche finalità.

È vero che in sostanza il sistema delle deroghe, al di là di alcune differenze, è ricalcato su quello della clausola 7 dell’A.I., nel senso che è totalmente governato dal primo livello contrattuale.

Tuttavia, in questo caso il controllo esercitato dal contratto nazionale è totale, essendo l’unico strumento abilitato ad attribuire competenze al secondo livello di contrattazione; mentre nel caso dell’A.I. c’è la c.d. disciplina alternativa del secondo periodo della clausola (o transitoria, a seconda dell’interpretazione), che opera in assenza di previsione e/o in attesa dei rinnovi contrattuali.

Un’altra divergenza di rilievo sta nell’individuazione dei soggetti abilitati alla stipulazione e nell’ammissione alle trattative, temi rispetto ai quali l’intesa, rimandando al futuro, non detta una disciplina così chiara come quella contenuta nell’A.I. di giugno.

Anche sui criteri di misurazione della rappresentatività vi sono delle differenze: l’A.I. risulta più complesso nella certificazione della rappresentatività, mentre l’Accordo ABI è più lineare, non essendovi alcun dato elettorale⁴⁹² e nessuna necessità di media con il dato associativo.

Ma il vero punto di scostamento tra le due discipline è la previsione, nell’Intesa in commento, di una precisa soglia di rappresentatività ai fini della valida stipulazione del contratto, che,

⁴⁹⁰ Anche qui la formulazione letterale ricalca quella della clausola 3 dell’A.I.

⁴⁹¹ Tale finalizzazione marca una differenza rilevante con la clausola 7 dell’A.I., in cui il perseguimento di specifiche finalità è richiesto per la disciplina transitoria, ma non per le deroghe a “regime”.

⁴⁹² In ambito bancario, infatti, non vi è applicazione del sistema elettivo delle Rsu e ciascun sindacato costituisce autonomamente, attraverso i lavoratori aderenti, la propria Rsa, ai sensi dell’art. 19 e della disciplina collettiva in materia.

sterilizzando il dissenso, rende certamente il contratto più vincolante, quantomeno a livello politico-sindacale, anche per coloro che non lo hanno sottoscritto.

Infine, in tema di clausole di tregua l'Accordo quadro prevede un sistema sanzionatorio sensibilmente più rigido⁴⁹³, pur confermando che le uniche sanzioni si applicano alle associazioni sindacali e non ai lavoratori.

⁴⁹³ Viene infatti stabilito che «*durante i sei mesi antecedenti e nel mese successivo alla scadenza*» del contratto e «*comunque per un periodo complessivamente pari a sette mesi dalla data di presentazione delle proposte di rinnovo, le Parti non assumeranno iniziative unilaterali né procederanno ad azioni dirette*».

In caso di mancato rispetto della tregua è riconosciuto alla parte lesa il «*diritto di chiedere la revoca o la sospensione dell'azione messa in atto*» e questa disposizione si applica ad entrambe le parti contraenti. Qualora, invece, l'inadempienza in discorso provenga da un'associazione dei lavoratori firmataria, il mancato rispetto degli impegni determinerà, a carico del sindacato responsabile della violazione, l'applicazione delle sanzioni previste in materia di contributi sindacali dalla legge che disciplina lo sciopero nei servizi pubblici essenziali; ossia la trattenuta di una loro parte a titolo di multa e il versamento a una particolare gestione dell'Inps. Si tratta di una sanzione assai incisiva e anche abbastanza insolita nel quadro delle discipline collettive della materia. Anche nel recente Accordo del gruppo Fiat, ad esempio, si stabilisce, in caso di violazione delle clausole di tregua, la sospensione dei diritti sindacali, anche relativi ai permessi, previsti dal contratto collettivo. In questo caso, tuttavia, è contemplata una conseguenza diversa: si arriva all'applicazione diretta di una sanzione pecuniaria, con distrazione di una parte dei contributi al fondo dell'Inps.

F) Prime ipotesi applicative dell'art. 8 commi 1, 2 e 2-bis

Scarse sono fino ad oggi le ipotesi di attuazione concreta dell'art. 8 comma 2-bis (o, quantomeno, molto ridotto è il numero di accordi pubblicamente disponibili) e laddove stipulate, tali intese non sono sempre pienamente conformi ai requisiti essenziali indicati dalla norma.

L'accordo aziendale sottoscritto in data 2 febbraio 2012 tra la Banca Popolare di Bari e la delegazione sindacale formata dagli organi di coordinamento prevede l'utilizzo di impianti di videosorveglianza - materia regolata dall'art. 4, legge n. 300/1970 - preordinati alla «*deterrenza nei confronti di eventi criminosi ovvero, nel caso in cui questi siano comunque avvenuti*» di «*ausilio alle Forze dell'Ordine o dell'Autorità Giudiziaria per l'identificazione dei responsabili*».

Le parti richiamano l'art. 8, legge n. 148/2011, specificando che l'accordo è stato sottoscritto ai sensi di tale norma e opera in deroga all'art. 4 dello St. lav., laddove impone che gli impianti audiovisivi possono essere installati soltanto previo accordo con le R.s.a. (o con la commissione interna) e che, in difetto di accordo, si può ottenere l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

L'intesa in esame sembra presentare ogni condizione prescritta dalla norma statutaria ai fini della installazione e dell'utilizzo di apparecchiature audiovisive: si tratta di un accordo aziendale e persegue finalità cd. difensive, rientranti nelle clausole individuate dal comma 2 dell'art. 4 St. lav. e legittimanti la deroga al divieto di cui al comma 1⁴⁹⁴.

Tuttavia, essa si allontana dal dettato normativo per quanto concerne i soggetti abilitati dall'art. 4 comma 2 St. lav. a sottoscrivere l'accordo in deroga. E' intervenuto sul punto il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che – nella risposta del 5 dicembre 2005 all'interpello presentato dall'ABI - ha richiamato la sentenza della Corte di Cassazione del 16 settembre 1997, n. 9211.

In tale pronuncia, il giudice di legittimità ha indicato una lettura piuttosto restrittiva della citata norma statutaria, riconoscendo la legittimazione a stipulare accordi in deroga ai sensi del comma 2 dell'art. 4 St. lav. solo alle R.s.a. o, in mancanza, alle commissioni interne e non anche agli organi di coordinamento di varie unità produttive⁴⁹⁵.

Alla luce di tali osservazioni, la specifica intesa in esame si discosterebbe, sotto questo profilo, dal richiamato art. 4, comma 2, St. lav.

Occorre però sottolineare che, nonostante siano rispettati i limiti contenutistici - la materia degli impianti audiovisivi è compresa tra quelle elencate al comma 2 dell'art. 8 – e sia esplicitato il rispetto del criterio maggioritario, l'accordo difetterebbe del requisito finalistico, posto che lo scopo di

⁴⁹⁴ In materia di controlli cd. difensivi, la giurisprudenza di legittimità ha sposato, nel tempo, orientamenti divergenti cfr. Cass. 3 aprile 2002 n. 4746, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 10, 644, in cui la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto la totale estraneità dei cd. controlli difensivi al campo di applicazione dell'art. 4, comma 2 St. lav.; tuttavia, si ravvisano pronunce di segno contrario, cfr. sul punto Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Dir. & giust.*, 2012 e Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. giur. lav.*, 2010, 3, 462 ss.

⁴⁹⁵ L'eventuale accordo stipulato con gli organi di coordinamento - secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato - sarebbe illegittimo e costituirebbe condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 St. lav.

prevenire eventi criminosi non sembra corrispondere - a stretto rigore - a nessuna delle pur ampie finalità di cui al comma 1 dell'art. 8. Dunque, a dispetto di quanto affermato dalle stesse parti stipulanti, esso non sarebbe legittimato ad agire in deroga alla legge.

Sussistono invece tutti i requisiti indicati dall'art. 8 legge n. 148/2011 nell'intesa sottoscritta dalla Trelleborg Wheel System S.p.a. con le Rsu dello stabilimento di Tivoli, in data 5 dicembre 2011. Tale accordo presenta le finalità prescritte dalla norma⁴⁹⁶ ed interviene su una materia che può essere oggetto di deroga ai sensi dell'art. 8 comma 2, lett. b).

In particolare, «*visti e considerati l'art. 4 del Ccnl Gomma 18/3/2010, l'allegato 2 del Ccnl, Gomma 18/3/2010*⁴⁹⁷, *il paragrafo 7 dell'Accordo interconfederale fra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 28/06/2011, nonché l'attuale normativa vigente in materia di contrattazione collettiva aziendale*» (con evidente riferimento all'art. 8, legge n. 148/2011), l'accordo incide sulla classificazione dei lavoratori, introducendo due nuove posizioni professionali.

A ben vedere, questa intesa, sottoscritta ai sensi del citato art. 8, mira ad introdurre una deroga non alla legge, bensì alla disciplina contenuta nel Ccnl, risultato, invero, raggiungibile anche prima dell'entrata in vigore della norma sugli accordi di prossimità.

Il 16 luglio 2012 è stato sottoscritto l'ormai noto contratto collettivo aziendale tra la Golden Lady Company S.p.A. e Femca-Cisl, Filctem-Cgil e Uila-Uil.

Questa intesa è volta a procrastinare di un anno l'entrata in vigore delle novità introdotte in materia di associazione in partecipazione dalla legge n. 92 del 28 giugno 2012⁴⁹⁸ che limita – con finalità antielusive – il ricorso a tale tipologia contrattuale.

L'accordo – espressamente sottoscritto «*ai sensi e per gli effetti dell'art. 8*» della legge n. 148/2011 – pur rispettando i requisiti indicati dalla norma sotto il profilo dei soggetti stipulanti, risulta piuttosto generica nelle finalità indicate⁴⁹⁹ e desta alcune perplessità in merito capacità dell'art. 8 di abilitare deroghe ad una legge ad esso successiva⁵⁰⁰, nonché per quel che concerne la materia oggetto dell'intesa. L'associazione in partecipazione, infatti, non è espressamente ricompresa nell'elenco indicato al comma 2 dell'art. 8⁵⁰¹, salvo ritenere che possa rientrare tra le «*modalità di assunzione*».

⁴⁹⁶ Si tratta, in particolare, di finalità legate alla presenza di investimenti, nonché ad incrementi di competitività.

⁴⁹⁷ L'art. 4 del Ccnl Gomma e Plastica del 18 marzo 2010 è dedicato alla classificazione del personale, mentre l'allegato 2 indica le declaratorie e le posizioni professionali.

⁴⁹⁸ Tale posticipazione – secondo il testo dell'accordo aziendale in esame - è necessaria per valutare adeguatamente le modalità di assunzione dei circa 1.200 lavoratori assunti dall'Azienda con contratto di associazione in partecipazione.

⁴⁹⁹ Esso è volto a «*garantire una maggiore occupazione a livello nazionale evitando nel contempo una crisi occupazionale*».

⁵⁰⁰ Cfr. sul punto, Tiraboschi, *L'associazione in partecipazione tra le rigidità della riforma Fornero e le dubbie deroghe ex art. 8, decreto legge n. 138/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, 878 ss.; *contra* Asnagli e Mazzon, *Associazione in partecipazione: stabilizzazione con contratto di prossimità in Golden Lady*, in www.bollettinoadapt.it, 15 ottobre 2012, 7.

⁵⁰¹ Cfr. Tiraboschi, *op. cit.*, 880-881, il quale, attenendosi ad un'interpretazione strettamente letterale della norma, esclude che l'associazione in partecipazione possa rientrare tra le materie elencate al comma 2 dell'art. 8, legge n.

BIBLIOGRAFIA IN LINGUA ITALIANA

- Aa.Vv., *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005;
- Aa. Vv., *La struttura della contrattazione collettiva: quale riforma? Un dibattito tra giuslavoristi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 257 ss.;
- Aa. Vv., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, 627 ss.;
- Ales, *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP Csdle.It*, 2011, 134;
- Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2012;
- Barbieri M., *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 461 ss.;
- Bavaro V., *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012;
- Bellardi L., *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli Accordi separati del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, 455 ss.;
- Bellocchi P., *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *Giorn.dir. lav. rel. Ind.*, 2011, 543 ss.;
- Bellomo S., *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 830 ss.;
- Bellomo S., *Il contratto collettivo*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, Ipsoa, 2009, 1311 ss.;
- Bellomo S., *Intervento*, in Aa. Vv., *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in Carinci F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012, 279 ss.;
- Bortone R., Curzio P., *Il contratto collettivo*, in Giugni G. (a cura di), *Collana di dottrina e giurisprudenza del lavoro*, Utet, Torino, 1984;
- Bortone R., *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992;
- Cairolì S., *Il Ccnl 2010-2012 del settore industrie chimiche, chimico-farmaceutiche e affini del 18 dicembre 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 1, 283 ss.;
- Carabelli U., *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 539 ss.;

148/2011; *contra*. Asnaghi e Mazzon, *op. cit.*, 7, che considerano il detto art. 8 applicabile anche all'associazione in partecipazione per analogia.

- Carinci F., *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 177 ss.;
- Carinci F. (a cura di), *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, Ipsoa, Milano, 2011;
- Carinci F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, n. 3, 47 ss.;
- Carinci F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E.IT – 2011, 133, in *csdle.lex.unict.it* e in Id. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 D.L. n. 138/2011*. VII edizione dei Seminari di Bertinoro, Ipsoa, Milano, 2012, 1 ss.;
- Carinci F., *Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 2, 333 ss.;
- Cella G. P., *Intersind e contrattazione collettiva: un bilancio sugli orientamenti e i modelli*, in Sapelli (a cura di) *Impresa e sindacato. Storia dell'Intersind*, Bologna, 1996;
- Cella G. P., *Dopo Pomigliano*, in *il Mulino*, 2010, 5, 739 ss.;
- Cella G. P., Treu T., *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- Corti M., *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, D.L. n. 138/2011, conv. In L. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, 359 ss.;
- Del Conte M., *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 24 ss.;
- Delogu A., *L'Accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore bancario*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 1, 199 ss.;
- De Luca Tamajo R., *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva*, in Id.- Ventura L. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979;
- De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976;
- De Luca Tamajo R., *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 19 ss.;
- Ferraro G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Cedam, Padova, 1981;
- Ferraro G., *La riforma del sistema contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 31 ss.;
- Ferraro G., *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1249 ss.;
- Ferraro G., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 4, I, 739 ss.;
- Galantino L., *Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 2, 14 ss.;
- Garofalo M. G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di*

- metodo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 515 ss.;
- Ghera E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, I, 195 ss.;
- Ghera E., *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro-Passarelli al pluralismo ordinamentale*, in *Lav. dir.*, 2009, 3, 351-371;
- Ghera E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 195 ss.;
- Ghezzi G., *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua (variazioni critiche e metodologiche)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, 149 e ss.;
- Giugni G., *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi di lavoro in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1956;
- Giugni G., *L' "autunno caldo" sindacale*, in *Il sindacato tra contratti e riforme*, De Donato, Bari, 1973;
- Giugni G., *Contratti collettivi di lavoro*, Voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988;
- Giugni G., *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AIDLASS, *Atti del III Congresso nazionale di diritto del lavoro sul tema «Il contratto collettivo di lavoro»*. Pescara-Teramo, i °-4 giugno 1967, Giuffrè, Milano, 1968, 11 ss. (poi in Id., *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna 1989, 151 ss.);
- Giugni G., *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 369 ss.;
- Giugni G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 317 ss.;
- Giugni G., *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2006 e 2010;
- Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano, 2000;
- Grandi M., *L'attività sindacale nell'impresa*, Milano, Franco Angeli, 1976;
- Grandi M., *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, relazione e replica in *Atti delle Giornate di studio AIDLASS di Arezzo*, 15-16 maggio 1981, Giuffrè, Milano, 1982;
- Guidi E., Valcavi D. et al., *Movimento sindacale e contrattazione collettiva 1945-1970*, Angeli, Milano, 1971;
- Ichino P., *A che cosa serve il sindacato?* Milano, Mondadori, 2005;
- Lassandari A., *Un contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001;
- Leccese V., *Transazioni collettive e disposizioni dei diritti del lavoratore*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 283 ss.;
- Leccese V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione AIDLASS al Congresso di Pisa, 7-8-9 giugno 2012, dattiloscritto in www.aidlass.it;

- Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Angeli, 1982;
- Liso F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 191-287;
- Liso F., *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 3, 453 ss.;
- Liso F., *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in WP C.S.D.L.E.it, 2012, 157;
- Lunardon F. – Magnani M. – Tosi P., *Diritto del lavoro. Sindacati, contratto e conflitto collettivo. Casi e materiali*, Torino, 2009;
- Lunardon F., *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Le relazioni sindacali nell'impresa, Atti delle giornate di studio AIDLASS*, Copanello, 24-25 giugno 2011 e in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 1, 21 ss.;
- Magnani M., *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 684 ss.;
- Magnani M., *La struttura della contrattazione collettiva: serve una legge? Spunti di riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 967 ss.;
- Magnani M., *Intervento in Aa. Vv.*, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto*, in *Dir. rel. Ind.*, 2011, 2, 370 ss.;
- Maio V., *Contratto collettivo e norme di diritto*, Jovene, Napoli, 2008;
- Mancini, *Commissione interna*, Voce in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960;
- Mancini G. F., *Libertà sindacale e contratti collettivi "erga omnes"*, Bologna, Il Mulino, 1971;
- Maresca A., *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, I, 29 ss.;
- Maresca A., *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 16 ss.;
- Maresca A., *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e prime osservazioni)*, in Id.; Santoro-Passarelli G.; Zoppoli L. (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, Cedam, Padova, 1996, 19 ss.;
- Mariucci L., *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985;
- Mariucci L., *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 2, 241-246;
- Monterossi L., *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 1, 211 ss.;
- Napoli M., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in AIDLASS, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*.

- Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro: Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Giuffrè, Milano, 2005, 9-59;
- Nogler L., *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova 1997;
- Ojeda Avilés A., *La riforma spagnola del mercato del lavoro: una pioggia sottile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, 275 ss.;
- Olivelli P., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS: Lecce, 27-28 maggio 2005*, Giuffrè, Milano 2006, 17-88;
- Pace D., *Il Ccnl per i dipendenti delle imprese del settore elettrico: le novità previste dall'Accordo di rinnovo del 5 marzo 2010*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, 3, 407 ss.;
- Pace D., *Relazioni sindacali e contrattazione di II livello: un'analisi a due anni dall'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, 715 ss.;
- Pellacani G., *L'efficacia del contratto collettivo nel tempo*, Zoli C. (a cura di), *Le fonti, il dirittosindacale*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. I, UTET, Torino 1998, 314 s.
- Pera G., *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano 1960;
- Perone G. C., *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa*, Cedam, Padova, 1981;
- Perone G. C., *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 1 ss.;
- Persiani M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 1 ss.;
- Persiani M., *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 1 ss.;
- Persiani M., *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 451 ss.;
- Persiani M., *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2012;
- Perulli A., Speziale V., *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 – 2011, 132*, in csdle.lex.unict.it;
- Pessi R., *I contratti di solidarietà*, in *Dir. lav.*, 1983, 419 ss.;
- Pessi R., *Ancora sui contratti di solidarietà*, in *Dir. lav.*, 1984, 28 ss.;
- Pessi R., *Contributo*, in *Aa. Vv., 28 giugno 2011: come cambiano le relazioni industriali italiane? Opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 3, 648 ss.;

- Pessi R., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, 537 ss.;
- Pessi R., *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 57 ss.;
- Pisani C., *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, 64 ss.;
- Preteroti A., *Il rinnovo del Ccnl 2011-2013 nel settore terziario-distribuzione e servizi*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 4, 889 ss.;
- Preteroti A., *L'efficacia del contratto aziendale dopo l'art. 8 D.L. n 138/2011, convertito in legge n. 148/2011*, in *Giur. it.*, 2012, 11, 2454 ss.;
- Proia G., *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano 1994;
- Prosperetti G., *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Franco Angeli, Milano, 1988;
- Regini M., *Tendenze comuni e differenze nella regolazione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, in Working Papers "C.S.D.L.E.", 2002, 8;
- Regini M., *Modelli di capitalismo. Le risposte europee alla sfida della globalizzazione*. Collana libri del tempo, 299, Bari, Laterza, 2003²;
- Ricci M., *La struttura organizzativa del movimento sindacale dalle origini al 1949*, Franco Angeli, Milano, 1986;
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer M., *La riforma spagnola del mercato del lavoro: punti di vista della dottrina*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, 265 ss.;
- Romagnoli U., *Il contratto collettivo d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1963;
- Romagnoli U., *Il contratto collettivo difficile*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 1979;
- Romagnoli U., Treu T., *I sindacati in Italia: storia di una strategia*, Bologna, il Mulino, 1997;
- Romei R., *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, 181 ss.;
- Rusciano M., *Opinione*, in Grandi, Id., *Accordo del 23 luglio 1992 e contrattazione aziendale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 224.
- Rusciano M., *Sul problema della rappresentanza sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 229 ss.;
- Rusciano M., *Il contratto collettivo*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Vol. XV, t. 1, Utet, Torino, 2004, 217 ss.;
- Rusciano M., *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1, 29 ss.;
- Rusciano M., *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, 8 settembre 2011, in www.eguaglianzaelibertà.it

- Sabbatucci G., *La contrattazione dal dopoguerra a oggi: il livello aziendale*, in *Quad. rass. sind.*, 1971, 35, 26 ss.;
- Santoro-Passarelli F., *Il sindacato nell'impresa*, in *Id.*, *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Cedam, Padova, 1977;
- Santoro-Passarelli G., *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1980, 617 ss. e in *Id.*, *Realtà e forma nel diritto del lavoro. Scritti giuridici, 1972-2006*, Torino, Giappichelli, 2006, 127 ss.;
- Santoro-Passarelli G., *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?* In: *AIDLASS, Rappresentanza e rappresentatività del sindacato. Atti delle Giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio, 1989*. Milano, Giuffré, 1990, 51-92, e in *Id.*, *Realtà e forma nel diritto del lavoro. Scritti giuridici, 1972-2006*. Torino, Giappichelli, 2006, 47 ss.;
- Santoro-Passarelli G., *I contratti di solidarietà: due esperienze a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, pt. I, f. 2, 263-272;
- Santoro Passarelli G., *La nuova disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum*, in *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quad. arg. dir. lav.*, Cedam, Padova, 1996, 1 ss.;
- Santoro-Passarelli G., *Funzione paralegislativa, collegamento negoziale, dimensione territoriale: spunti per l'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune*, in *L'interpretazione del contratto collettivo*, a cura di Flammia R., Roma, Bancaria Editrice, 1999, 135 ss., e in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, Cacucci, 1999, vol. II, 1131 ss.;
- Santoro-Passarelli G., *La rappresentanza sindacale*, in AA. VV., *Cento anni di lavoro*, Milano, Giuffré, 2001, 39 ss.;
- Santoro-Passarelli G., *Quale disciplina per l'interpretazione del contratto collettivo?*, in AA. VV., collana *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza – (L'interpretazione del contratto collettivo)*, vol. I, Milano, Giuffré, 2004, 129 ss.;
- Santoro-Passarelli G., *Diritto sindacale*, Bari, Laterza, 2007;
- Santoro-Passarelli G., *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*. In *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, 970 ss.;
- Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Francesco Santoro Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, vol. 33, Collana Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Napoli, Jovene, 2009;
- Santoro-Passarelli G., *Verso l'istituzionalizzazione del contratto collettivo 'di diritto comune'?*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 1, 99 ss.;

- Santoro-Passarelli G., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, 487 ss.;
- Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, vol. 44, Collana Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Napoli, Jovene, 2010;
- Santoro-Passarelli G., *I contratti collettivi della Fiat di Mirafiori e Pomigliano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, 161-167;
- Santoro-Passarelli G., *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 2, 219-231;
- Santoro-Passarelli G., *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L.148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1224-1248;
- Santoro-Passarelli G., *Intervento* (L'efficacia generale e derogatoria degli accordi aziendali ex art.8. 1. 148/2011), in AA.VV., *Il nuovo sistema delle fonti nel diritto del lavoro* (Atti del Convegno di Roma del 7 ottobre 2011), in *Mass. giur. lav.*, 2012, 3, 157-159;
- Santos Fernández M. D., *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, 615 ss.;
- Santucci R., *Sistema di relazioni industriali e contratto collettivo*, in *Id. -Zoppoli L.* (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 16 ss.;
- Scarpelli F., *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, 127, in csdle.lex.unict.it;
- Scarpelli F., *Contrattazione separata e rappresentanza sindacale: alcune possibili risposte*, 8 aprile 2011, in www.nelmerito.com
- Scarpelli F., *La libertà sindacale*, in Zoli C. (a cura di) *Le fonti. Il Diritto sindacale*, in Carinci F. (dir.), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. I, Utet, Torino, 102 ss.;
- Scarpelli F., *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 493 ss.;
- Sciarra S., *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Angeli, Milano, 1985;
- Scognamiglio, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, 487 ss.;
- Simi, *Il contratto collettivo di lavoro*, Cedam, Padova, 1980;

Tiraboschi, *L'associazione in partecipazione tra le rigidità della riforma Fornero e le dubbie deroghe ex art. 8, decreto legge n. 138/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, 878 ss.;

Tosi, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, 449 ss.;

Treu T., *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, 215 ss.;

Treu T., *Contrattazione collettiva*, Voce in *Enc. Dir.*, *Annali IV*, 2011, Giuffrè, Milano, 2011;

Tursi A., *Contratti collettivi «separati», rappresentanza sindacale in azienda e condotta antisindacale: il «caso Fiat di Pomigliano»*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 151 ss.;

Vallebona A., *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2011, 2, 4 ss. e in *Mass. giur. lav.*, 2011, 10, 682 ss.;

Vardaro G., *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, 1987, 229 ss.;

Veneziani B. (a cura di), *La contrattazione collettiva in Italia 1945-1977*, Cacucci, Bari, 1978;

Vidiri G., *L'art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 109 ss.;

Viscomi A., *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità "diffusa"*, in *Aa. Vv.*, *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008;

Voza R., *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 2010, 373-4;

Zoli C., *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992;

Zoli C., *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Persiani M.* (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Persiani M.*, *Carinci F.* (dirr.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010;

Zoppoli A., *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro flessibile*, in *Rusciano M.*, *Zoli C.*, *Zoppoli L.*, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, ESI, 317 ss.;

Zoppoli A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2011, 131;

Zoppoli L., *Lavoro flessibile, rappresentanza e contrattazione collettiva nella programmazione negoziata (con particolare riguardo al Mezzogiorno d'Italia)*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, vol. II;

Zoppoli L., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011;

Zoppoli L., *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, in www.eguaglianzaeliberta.it, 29 dicembre 2011.

BIBLIOGRAFIA IN LINGUA SPAGNOLA

- Albiol Montesinos I. (Dir.); Camps Ruiz Luis M. (et al.), *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva (edición preparada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos)*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, in *Doc. lab.*, 2005;
- Alfonso Mellado C. L., *Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna*, in *Id.*, A. Blasco Pellicer A., Camps Ruiz L. M., Goerlich Peset J. M., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 117 ss.;
- Bodas Martín R. (Coord.); Baylos Grau A. (et al.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2010;
- CC.OO., *Análisis sindical del Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva: texto íntegro del ANC 2005*. Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, D. L., 2005;
- CC.OO., *Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva: Texto comentado del ANC 2007*. Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, D. L., 2007;
- Cruz Villalón, J., *Estructura y concurrencia entre convenios colectivos*, in *Revista de Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales* (“RMTAS”), 2007, 68, 77-100;
- Cruz Villalón, J., *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*, in *Rev. der. soc.*, 2012, 57
- Elorza Guerrero, F. *Acuerdos de empresas subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales*, in Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), Lahera Forteza, J. (Coord.). *Manual jurídico de negociación colectiva*, Las Rozas, La Ley, 2008, 643-701;
- Escudero Rodríguez R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica: observatorio de la negociación colectiva*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006;
- García Murcia J., *Los Acuerdos de Empresa*, Madrid, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1998, 83;
- García Murcia J., *Los Acuerdos de Empresa*, in *Temas laborales*, 2004, 76, p. 86 ss.;
- García Murcia J. (Coord.). *El sistema de fuentes de la relación laboral: Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho de Trabajo de la Universidad de Oviedo*. Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2007;

- García Murcia J., *Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: mas apuntes para un debate recurrente*, in *Revista de Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales* (“RMTAS”), 2007, 68, 25-49;
- García Murcia J., *Los Acuerdos de Empresa*, in Valdés Dal-Ré, Fernando (Dir.), Lahera Forteza J.(Coord.). *Manual jurídico de negociación colectiva*. Las Rozas, La Ley, 2008, 613-641;
- García Murcia J.; Rodríguez Cardo I. A., *La entrada en vigor del convenio colectivo estatutario*, in *Revista española de Derecho del Trabajo* (“REDT”), 2009, 143, 569-596 ss.;
- Gorelli Hernández J., *La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, in *Temas lab.*, 115, ¿ ss.;
- Lahera Forteza J., *Normas laborales y contratos colectivos*. Madrid, Reus, 2008;
- Llano Sánchez M., *La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos*, in *Actualidad Laboral*, 2010, 22, 2640 ss.;
- Lopez-Tarruella Martínez F., Viqueira Pérez C., *Los acuerdos de empresa*, in Pérez de los Cobos Orihuel F.; Goerlich Peset, J. M. (Coord.). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, 641-660;
- Menéndez Calvo R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2009;
- Mercader Uguina J., *Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación colectiva de empresa*, in Aa. Vv., *La reforma laboral 2010, Aspectos prácticos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, 168 ss.;
- Merino Segovia A., *La reforma de la negociación colectiva en el RD-L n. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia del convenio colectivo*, in *Rev. der. soc.*, 2012, 57, 249 ss.;
- Pedrajas Moreno A., *Las cláusulas de revisión salarial establecidas en los convenios colectivos y la crisis económica*, in *Act. lab.*, 2009, 18, 2 ss.;
- Pérez de los Cobos Orihuel F.; Goerlich Peset, J. M. (Coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006;
- Pérez de los Cobos Orihuel F., *La reforma laboral: parturient montes*, in *La Ley*, 2010, 8172;
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer M., *La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010*, in *La Ley*, 2010, 8370;

- Ruesga Benitos S. M. (et al.), *Análisis económico de la negociación colectiva en España. Una propuesta metodológica*, in *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección informes y estudios. Series relaciones laborales*, 83. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2007;
- Sala Franco T.; Pérez de los Cobos Orihuel F.; Goerlich Peset, J. M., *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*. Madrid, ACARL, 1989;
- Sala Franco, Tomás; Mellado Alfonso, Carlos L.; Pedrajas Moreno, Abdón. *Los acuerdos o pactos de empresa*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996;
- Sala Franco T.; Albiol Montesinos I., *Derecho Sindical*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003⁶;
- Sala Franco T. (Dir.). *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008;
- Sanguinetti-Raymond W., *La reforma flexibiladora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes*, in *Rev. dir. soc.*, 2012, 57, 125 ss.;
- Sempere Navarro A. V.; Luján Alcaraz, J., *Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos*, in *Rev. min. trab. as. soc.*, 2007, 68, 51-75;
- Valdés Dal-Ré F. (Dir.), Lahera Forteza J. (Coord.). *Manual jurídico de negociación colectiva*. Las Rozas, La Ley, 2008;