



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

FUNZIONE DEROGATORIA ED EFFICACIA SOGGETTIVA DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA DI PROSSIMITÀ DOPO L'ART. 8 DELLA LEGGE 148/2011

di Marco Capece

ABSTRACT

Article 8 of Law September 14, 2011, n. 148 is a provision likely to revolutionize the system of sources of labor law, altering the traditional relationship between independent sources and heteronomous sources. It represents the culmination of the legislative process, started by the White Paper of 2001 and passed through the Law no. 30 of 2003, the resulting d. lgs. n. 276 of 2003 and Law no. 183 of 2010, had among its objectives to eradicate from our system the mandatory provision.

The result is the sudden and unexpected challenge to the general principle of labor law, according to which the collective agreement could repeal the law in general only for the better, while the pejorative derogation was permitted only in exceptional circumstances and in any case strictly according to law same.

This function exception is also attributed to the collective bargaining proximity, which the rule also recognizes the erga omnes effect although the extent of compliance with constitutional and international provisions.

Article 8 seems to envisage devastating consequences, such as to lead to a real review of the entire sorting labor law, even though the actual operations of the provision is objectively challenged, on the one hand, the obvious incompleteness of the text, which does not allow an identification some of the persons entitled to the award of contracts and the limits which their action is subject in the subjects of bargaining, on the other hand, doubts of constitutionality and the lack of social consensus on the part of trade unions signed the interconfederal agreement of June 28, 2011.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La derogabilità *in pejus* della legge ad opera della contrattazione di prossimità – 3. Il nuovo rapporto tra contratti collettivi di diverso livello – 4. Efficacia *erga omnes* del contratto collettivo aziendale e profili di incostituzionalità dell'art. 8

1. Premessa

L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 è una disposizione probabilmente destinata a rivoluzionare il sistema delle fonti del diritto del lavoro²⁰³, alterando il tradizionale rapporto

²⁰³ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011, 23.

tra fonti autonome e fonti eteronome²⁰⁴. Essa rappresenta il momento culminante di un iter legislativo che, partito dal Libro bianco del 2001²⁰⁵ e passato attraverso la legge delega n. 30 del 2003, il conseguente d. lgs. n. 276 del 2003²⁰⁶ e la legge n. 183 del 2010, ha avuto tra i suoi obiettivi quello di sradicare dal nostro ordinamento la norma inderogabile²⁰⁷.

Il risultato è la improvvisa²⁰⁸ quanto inattesa messa in discussione del principio generale del diritto del lavoro, secondo cui il contratto collettivo poteva derogare la legge in generale solo in senso migliorativo, mentre la deroga peggiorativa era consentita soltanto in casi eccezionali e comunque tassativamente indicati dalla legge stessa.

Tale funzione derogatoria viene inoltre attribuita alla contrattazione collettiva di prossimità, cui la norma riconosce altresì l'efficacia *erga omnes* seppure nei limiti del rispetto delle norme costituzionali, ed internazionali²⁰⁹.

²⁰⁴ L. GALANTINO, *Diritto sindacale*, Torino, 2012, 165 - 166.

²⁰⁵ Sul tema, cfr., F. CARINCI E M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002. Il principio cardine del Libro bianco era quello dell'accentuazione della flessibilità nel mercato e nel graduale superamento principio di inderogabilità della norma di legge, con ancoraggio delle tutele del lavoratore al mercato e non più, o non solo, al contratto di lavoro. Il rischio di pervenire, per questa via, ad una progressiva demolizione del sistema diritto del lavoro e delle relazioni sindacali. Nello stesso senso cfr. L. GALLINO, *Come abolire il diritto del lavoro*, in *La Repubblica*, 5 settembre 2011 e *Articolo 8 del decreto 138/2011 sulla manovra finanziaria: da cancellare*, in *La Repubblica*, 15 settembre 2011; L. MARIUCCI, *Colpito il lavoro*, *L'Unità*, 5 settembre 2011; T. TREU, *Vogliamo balcanizzare il lavoro*, in *Europa*, del 19 agosto 2011.

²⁰⁶ L. MARIUCCI, *Mercato del lavoro: alcune risposte a molti interrogativi I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2004, 7 ss.; F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo. Introduzione*, in F. CARINCI (coordinato da) *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. MISCIONE E M. RICCI, Milano, 2004, XXIX ss..

²⁰⁷ A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 139/2012, 3, il quale osserva come l'emanazione dell'art. 8 non sia legata alle esigenze contingenti indotte dalla crisi finanziaria europea, quanto piuttosto ad una precisa scelta politica volta ad incidere direttamente sull'autonomia sindacale individuando attori, livelli e funzioni della contrattazione collettiva. Il legislatore ha cioè voluto spingersi ben oltre i pur significativi provvedimenti assunti lungo il delineato percorso, tra i quali l'introduzione della certificazione dei rapporti di lavoro per consentire gli atti di disposizione individuale dei diritti in deroga alla disciplina legale e dell'arbitrato di equità, e così superare i limiti in materia di contrattazione collettiva individuati dal Libro Bianco, il quale, nell'assegnare un ruolo centrale alla contrattazione decentrata, aveva però riservato la materia delle relazioni sindacali al confronto tra le parti sociali.

²⁰⁸ Secondo F. SCARPELLI, *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, in *www.nelMerito.com*, 2011, 5, si è trattato di un vero e proprio «...»blitz" legislativo non solo perché non richiesto (almeno ufficialmente) dalle parti sociali, ... ma soprattutto per l'adozione di soluzioni che su punti fondamentali contraddicono le indicazioni dell'intesa sindacale e caricano il contratto aziendale di funzioni talmente dirompenti (segnatamente con la libera derogabilità alla legge, per intere materie) da alterare del tutto il contesto nel quale si collocavano le soluzioni, tutto sommato prudenti, studiate in sede sindacale per sviluppare una contrattazione decentrata meno soggetta a tensioni».

²⁰⁹ I prevedibili effetti deleteri di un tale processo sulla posizione del lavoratore avrebbero dovuto essere mitigati dall'innalzamento delle tutele offerte, in particolare, da nuovi ed equilibrati ammortizzatori sociali. È stato tuttavia evidenziato come neppure con la recente legge n. 92 del 2012 sia stata operata una vera e propria riforma degli ammortizzatori sociali. Sul punto, A. L. FRAIOLI, *Le tutele contro la disoccupazione*, in A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, 97. Ne deriva un complessivo squilibrio del sistema, tutto incentrato sul fronte della flessibilità-precarità e della riduzione dei costi normativi ed economici dell'impresa. Così A. GARILLI, *op. cit.*, 3.

L'art. 8 sembra dunque prospettare conseguenze dirompenti, tali cioè da condurre ad una vera e propria rivisitazione dell'intero ordinamento giuslavoristico, ancorché la concreta operatività della norma sia obiettivamente messa in discussione, da un lato, dalla evidente lacunosità del testo, che non consente una identificazione certa dei soggetti legittimati alla stipulazione dei contratti e dei limiti cui la loro azione è assoggettata nelle materie oggetto di contrattazione, dall'altro, dai dubbi di costituzionalità e dal mancato consenso sociale da parte delle organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Deve invero rilevarsi come le incertezze legate alla formulazione non propriamente felice della norma²¹⁰ ed al complesso meccanismo in essa previsto²¹¹ portino a ritenere difficile in concreto una larga diffusione di contratti collettivi di prossimità dal contenuto fortemente derogatorio ed al tempo stesso lascino intravedere ampi margini di contenzioso²¹².

Sorprende quindi che una norma potenzialmente così impattante sul diritto del lavoro sotto il profilo della sua attitudine a tutelare, in prima istanza, il prestatore di lavoro quale contraente debole, risulti incerta nei suoi contorni sia in termini di tecnica regolativa sia in relazione al suo concreto impatto sul piano applicativo²¹³.

Se è vero, infatti, che le attuali scelte legislative rispondono sempre di più all'esigenza di soddisfare le attese delle imprese in un contesto che amplifica la dimensione squisitamente economica del diritto del lavoro, va anche detto che se il diritto non vuole perdere la

²¹⁰ P. ICHINO, *La storia (immaginaria) di Irene spiega perché l'art. 8 non può funzionare* (Newsletter 19 settembre 2011 n. 167), in *www.pietroichino.it*, 1, secondo cui «la norma inserita dal ministro del lavoro nel decreto di ferragosto non produrrà alcun effetto, né nel bene né nel male: è troppo sgrammaticata, anche dal punto di vista giuridico, perché un'impresa seria possa fondare su di essa un proprio piano industriale».

²¹¹ Secondo A. GARILLI, *op. cit.*, 4, si tratta di un testo tanto ambizioso quanto incerto nella sua formulazione, comportante per di più numerosi e fondati problemi di legittimità costituzionale. Nello stesso senso si esprime G. FERRARO, *op. cit.*, 31, in relazione al possibile contrasto dell'art. 8 con l'art. 39 cost., nella parte in cui fissa un procedimento tipico per stipulare contratti ad efficacia generale. Ancora più perentorio sui profili di incostituzionalità e sul carattere sovversivo della norma è P. ALLEVA, *La manovra sul lavoro è sovversiva e incostituzionale*, in *Liberazione*, 14 agosto 2011, secondo cui, da un lato, non vi sarebbe ragione per il ricorso alla decretazione di urgenza, in mancanza di qualsiasi elemento di reale urgenza che lo giustifichi e, dall'altro, si sarebbe di fronte ad una norma che sovverte un principio comune a tutti gli ordinamenti lavoristici europei, che è quello fondato sulla inderogabilità della norma di legge, quale strumento di protezione del lavoratore contro la propria debolezza contrattuale.

²¹² R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, in *www.nelMerito.com*, 2011, 1, secondo il quale si tratta di un «meccanismo che si inceppa facilmente, incerto negli esiti e troppo esposto alla possibilità di essere invalidato a posteriori, e che per questo nessuno si arrischierebbe ad utilizzare». P. ICHINO, *La storia (immaginaria) di Irene spiega perché l'art. 8 non può funzionare* (Newsletter 19 settembre 2011 n. 167), in *www.pietroichino.it*, 1, secondo cui «la norma inserita dal ministro del lavoro nel decreto di ferragosto non produrrà alcun effetto, né nel bene né nel male: è troppo sgrammaticata, anche dal punto di vista giuridico, perché un'impresa seria possa fondare su di essa un proprio piano industriale».

²¹³ L. GALANTINO, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, QFMB Saggi/Ricerche, n. 2/2011 – V, 1.

funzione che gli è propria²¹⁴ deve continuare a perseguire la tutela anche di “valori non economici, come l’equità, l’eguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità, o - perché no - la libertà nelle sue varie manifestazioni.”²¹⁵.

2. La derogabilità in pejus della legge ad opera della contrattazione di prossimità

Come già accennato, uno degli elementi di maggiore novità dell’art. 8 della legge n. 148/2011 è costituito dall’attribuzione alla contrattazione collettiva aziendale della funzione derogatoria delle norme di legge.

L’art. 8, infatti, autorizza la contrattazione collettiva a derogare alle disposizioni di legge e non già solo a specifici aspetti dei diversi istituti²¹⁶, ma in senso decisamente più ampio, laddove prevede che i contratti collettivi aziendali o territoriali, sottoscritti soltanto da alcuni soggetti sindacali, possono, in relazione a determinate materie, avere efficacia derogativa generale della legge e del ccnl²¹⁷.

Vero è tuttavia che tali contratti hanno vincoli di scopo, dovendo essere finalizzati «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»²¹⁸. Dal tenore letterale della norma deve ritenersi che il vincolo imposto sia tale che, qualora i contratti di prossimità non consentano di raggiungere gli scopi previsti dalla legge, essi dovrebbero essere nulli per contrasto con norma imperativa²¹⁹. Nondimeno, come detto, i dubbi interpretativi determinati dalla lacunosità del testo²²⁰ potrebbero comportare l’obiettivo difficoltà per il giudice a valutare la rispondenza del

²¹⁴ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *Op cit.*, 20.

²¹⁵ R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in DLRI, 2001, 3.

²¹⁶ Sempre F. SCARPELLI, *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, cit., 1, rileva come non sia ammissibile una delega in bianco alla contrattazione per una intera materia, dovendo il legislatore fissare i diritti indisponibili e gli aspetti delegati alla contrattazione collettiva.

²¹⁷ Il comma 2 bis dell’art. 8 stabilisce che «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

²¹⁸ Art. 8, comma 1, L. 148/2011.

²¹⁹ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *Op cit.*, 41.

²²⁰ Secondo L. ZOPPOLI, *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta* in www.eguaglianzaeliberata.it, 25/12/2011, 3-6, la norma, in particolare il secondo comma, laddove sono indicate le materie sulle quali possono intervenire le specifiche intese, «è formulato in maniera assai tortuosa ed involuta, passando da formule limitative a formule generiche e viceversa, con una sintassi che ingenera ogni forma di incertezza e confusione. Inoltre 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 pejus (ovvero l’impresa)».

singolo accordo ai canoni di legge sotto questo profilo, ovvero una tendenza dello stesso a deresponsabilizzarsi rispetto al compito di stabilire la sussistenza o meno del rispetto dei predetti vincoli, rimettendosi semplicemente alle scelte dei soggetti contraenti²²¹.

L'elencazione delle materie che possono essere oggetto di tali intese è così ampia che risulta evidente l'attenzione del legislatore ad includere nel novero di esse tutti i più significativi istituti, atteso che il ricorso a formule di chiusura quali la "disciplina del rapporto di lavoro" sembra attuato allo specifico fine di non lasciare spazi non coperti dalla possibile azione della nuova contrattazione aziendale²²². Di fatto le uniche norme dotate di inderogabilità *in pejus* restano quelle che nella gerarchia delle fonti occupano un posto superiore alle leggi, che l'art. 8 richiama al comma 2 bis.

Senonché occorre evidenziare quanto recentemente affermato nella sentenza 4 ottobre 20120, n. 221²²³ dalla Corte costituzionale la quale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 8 in relazione agli articoli 39, 117, terzo comma, e 118 della Costituzione, ha rilevato come il suddetto elenco abbia carattere tassativo, «come si desume sia dall'espressione utilizzata dal legislatore "con riferimento" alle specifiche materie indicate, sia – ed ancor più chiaramente – dal dettato dell'art. 8, comma 2-bis, alla stregua del quale "le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro". Ciò significa che l'effetto derogatorio previsto dal citato comma 2-bis opera in relazione alle materie richiamate dal comma 2 e non ad altre. Inoltre, trattandosi di norma avente carattere chiaramente eccezionale, non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati (art. 14 disposizioni sulla legge in generale)».

Inoltre le limitazioni introdotte dal comma 2 bis dell'art. 8 risultano, almeno potenzialmente, idonee a ridurre sensibilmente l'impatto concreto della norma, laddove si stabilisce che le specifiche intese possono operare anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e dalle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro fermo restando il rispetto della Costituzione, delle norme comunitarie e delle convenzioni internazionali sul lavoro, non suscettibili di deroghe peggiorative.

Una breve disamina delle singole materie indicate al comma 2 della norma è

²²¹ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *Op cit.*, 42.

²²² G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 129/2011, 22.

²²³ Corte cost., 4 ottobre 2012, n. 221, in *www.cortecostituzionale.it*.

probabilmente sufficiente a confermare l'assunto.

Sub lett. a) la norma fa riferimento «agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie».

Si tratta di materia regolata dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori²²⁴, che fissa il divieto di uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, il cui testo è integralmente confermato dall'art. 114 del D. Lgs. n. 196 del 2003, di recepimento delle direttive 95/46/CE e 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la sua violazione è tuttora assistita da una sanzione penale, ovviamente non derogabile.

La seconda materia presa in considerazione dal comma 2 dell'art. 8 è quella relativa «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e all'inquadramento del personale». Come è noto, la deroga *in pejus*, la cui ammissibilità dovrebbe essere esclusa sulla base del tenore letterale della norma disciplinante la materia, l'art. 2103 c.c., che sancisce la nullità di ogni patto con cui il lavoratore venga adibito a mansioni inferiori o non equivalenti a quelle da ultimo effettivamente svolte, risulta oggi possibile quando essa vale ad evitare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo²²⁵, ovvero sia una scelta libera del prestatore di lavoro²²⁶. Tuttavia una tale possibilità non può ritenersi illimitata, dovendosi comunque considerare il legame tra la tutela della professionalità del prestatore di lavoro ed i valori fondamentali della persona costituzionalmente tutelati, quali la dignità, la reputazione, l'immagine, suscettibili di essere lesi in ipotesi di demansionamento²²⁷.

Quanto poi «ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al

²²⁴ La norma statutaria già prevede l'intervento della contrattazione collettiva al fine dell'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti dalle esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro.

²²⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 12-04-2012, n. 5780, in *Mass.*, 2012, 340; Cass., sez. lav., 18-03-2009, n. 6552, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 1176, con nota di E. Villa, *La «tensione» fra inderogabilità dell'art. 2103 cod. civ. ed il patto di demansionamento come alternativa al licenziamento*; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, in *Not. Giur. Lav.*, 2005, 189.; Cass. 6 marzo 2007, n. 5112, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 504, con nota di A. BORDONE, *Inidoneità sopravvenuta della prestazione e repêchage*, App. Torino, 11-05-2009, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 1137, con nota di M. G. MURRONE, *Adibizione a mansioni inferiori, decorso del tempo e consenso del lavoratore*, secondo cui «L'adibizione del lavoratore divenuto almeno parzialmente inidoneo alle mansioni di assunzione a mansioni inferiori richiede che tra le parti sia intervenuto un vero e proprio «patto di dequalificazione», solo in presenza del quale può ritenersi realizzato quell'adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto; deroghe all'art. 2103 c.c. sono ammesse, pertanto, solo a fronte di casi eccezionali in cui il demansionamento si configuri come unica alternativa rispetto al licenziamento e le mansioni inferiori, dopo apposita valutazione, si configurino come le uniche cui il lavoratore può essere adibito; infine è necessario che questi manifesti espressamente il suo consenso.»

²²⁶ Cass. civ., sez. lav., 08-08-2011, n. 17095, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1133, con nota di L. MONTESARCHIO, *Legittima l'adibizione a mansioni inferiori su richiesta del lavoratore: l'ultima frontiera del giustificato motivo di deroga all'art. 2103 c.c.*

²²⁷ Così L. GALANTINO, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, cit., 8.

regime di solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro»²²⁸, vengono in rilievo le direttive n. 1999/70/CE e n. 1997/81/CE.

La prima impone agli stati membri misure dirette a determinare le ragioni oggettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti, la durata massima totale dei rapporti di lavoro a tempo determinato successivi ed il numero dei rinnovi, con conseguente obiettiva difficoltà di derogare legittimamente *in pejus* le previsioni della legge disciplinante la materia, il D. Lgs. 368/2001. La seconda invece richiede la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori part-time, che le garanzie previste all'art. 3 del d. lgs. 61/2000 sono esattamente finalizzate a contrastare, per cui un eventuale accordo aziendale che incidesse peggiorativamente su questa norma rischierebbe di essere illegittimo.

Con riguardo poi al regime di solidarietà negli appalti è appena il caso di osservare come una eventuale deroga potrebbe interessare riguardare l'aspetto retributivo, ma non quello contributivo, con l'ente previdenziale che, essendo estraneo all'accordo²²⁹, rimarrebbe comunque legittimato ad azionare la propria pretesa nei confronti del committente. Per i casi di ricorso alla somministrazione va poi ricordato che anche questa materia è assistita da sanzioni penali e amministrative²³⁰, con inammissibilità della derogabilità convenzionale.

La disciplina dell'orario di lavoro è invece sottoposta ai vincoli posti dalla direttiva n. 2003/88/CE e per di più, anche qui, sono previste sanzioni penali, che ripropongono il problema dell'inderogabilità convenzionale.

Il riferimento «alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro» mette quindi a nudo le incongruenze anche lessicali della norma che diventa davvero di non facile interpretazione. In ordine alle modalità di assunzione appare infatti obiettivamente difficile individuare margini di derogabilità in un contesto in cui l'assunzione diretta è divenuta la regola e la disattenzione agli obblighi di comunicazione agli enti preposti è punita con sanzioni amministrative. Né si può ritenere che la norma consenta di mettere in discussione il principio della indisponibilità del tipo contrattuale, dovendosi sempre avere riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto di lavoro²³¹ indipendentemente anche dal *nomen*

²²⁸ 2° comma, lett. c, art. 8.

²²⁹ Cfr. Cass. 3 marzo 2003, n. 3122, in *Foro it.*, 2004, I, 1851, con nota di A. SCALA, *Sugli effetti della transazione della lite intervenuta nel corso del processo.*

²³⁰ Artt. 18 e 19, d. lgs. n. 276 del 2003.

²³¹ Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 523, secondo cui «allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le

juris dato dalle parti al contratto. Il riferimento a tipologie di contratto di lavoro non subordinato²³² appare poi di difficile spiegazione essendo notoriamente inapplicabili ad esse le disposizioni dei contratti collettivi.

La clausola di chiusura costituita dal riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro è così ampia da risultare indeterminata e comunque sembra lasciare margini ristretti per eventuali deroghe peggiorative, dovendosi considerare che quasi tutte le norme che regolano il rapporto di lavoro sono riconducibili a principi costituzionali o a norme internazionali e, come detto, la loro inosservanza è sanzionata penalmente²³³.

Quanto infine alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, a parte le diverse ipotesi che non sarebbero toccate dalla norma²³⁴, e nonostante sia stato autorevolmente affermato che la reintegrazione a rigore non potrebbe rientrare nelle cosiddette conseguenze del recesso, ma semmai nelle conseguenze del licenziamento illegittimo²³⁵, è sin troppo evidente come l'obiettivo perseguito con l'art. 8 fosse quello di intaccare l'impianto della tutela reale²³⁶, ancora prima della recente L. 28 giugno 2012, n. 92²³⁷, che ha, per così dire,

pattuizioni stipulate e con il nomen iuris enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile». Nello stesso senso Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432. Il principio della indisponibilità del tipo opera anche con riferimento alle ipotesi di trasformazione e conversione del rapporto di lavoro di cui all'art. 8, comma 2, lett. e) ed è costantemente richiamato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità. Cfr., tra le più recenti, Cass. 24 febbraio 2012, n. 2884, in *Foro it.*, 2012, I, 2284, con nota di G. RICCI, *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: genuinità o fictio?* (*Osservaz. a Cass. 12 luglio 2012, n. 11802, 24 febbraio 2012, n. 2884, e 21 febbraio 2012, n. 2496*). Secondo la Suprema Corte la legge non può introdurre alcuna limitazione rispetto al potere del giudice di qualificare la fattispecie in relazione all'effettivo tipo contrattuale che emerge dalla concreta attuazione della relazione negoziale, e che, pertanto, non vien meno la possibilità per lo stesso di accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, secondo i criteri già elaborati dalla giurisprudenza in materia, trattandosi di un potere costituzionalmente necessario, alla luce della regola di effettività della tutela e del tutto funzionale, peraltro, alle stesse finalità di contrasto dell'uso fraudolento dell'istituto perseguite dal legislatore.

²³² Le cc.dd. co.co.pro. ed i rapporti di lavoro autonomo ex art. 2222 con soggetti titolari di partita iva.

²³³ È il caso, ad esempio, delle norme in materia di retribuzione, di sicurezza sul lavoro, di tutela della maternità e della paternità.

²³⁴ Art. 8, comma 2, lett. e) «...fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gestazione fino al termine del periodo di interdizione del lavoro, nonché fino a un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale – ipotesi per la quale in questo senso già dispone la direttiva n. 2010/18/UE in tema di congedi parentali – e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore e il licenziamento in caso di adozione e affidamento».

²³⁵ R. ROMEI, *op. cit.*, 1.

²³⁶ A. PERULLI - V. SPEZIALE, *op. cit.*, 44-45, secondo cui la tesi non può essere accolta anche in quanto smentita dalla formulazione letterale della disposizione, che dopo aver affermato che la contrattazione in deroga può operare sulle conseguenze del recesso, esclude la derogabilità per tutte quelle ipotesi di licenziamento illegittimo per contrasto con norme imperative, «pertanto, poiché regola (deroga alle conseguenze del recesso) ed eccezioni (sottratte all'effetto derogatorio) devono essere lette "insieme", la conclusione possibile è una sola: le "conseguenze del recesso" si riferiscono a quello *contra legem* e non alla disciplina della legittima interruzione del contratto di lavoro¹¹². L'imprecisione linguistica del testo,

dato compiuta definizione al progetto, a più riprese considerato dal legislatore, di ridurre sensibilmente l'area della reintegrazione nel posto di lavoro.

Il contesto descritto consente in ogni caso di affermare che, nonostante i limiti costituzionali e comunitari alla derogabilità sopra descritti, l'art. 8 introduce ampi margini per deroghe significative su materie di grande rilievo, specie in considerazione del doppio riferimento alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro ed alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro.

Il quadro appare dunque sensibilmente mutato, non potendosi, per tutte le ragioni appena esposte, sostenere che quanto oggi può verificarsi in base alla nuova norma possa paragonarsi a quello che era possibile in precedenza, in virtù del potere attribuito dalla legge alla contrattazione collettiva di regolare specifiche materie e di derogare talvolta anche *in pejus* la normativa legale.

Invero non si possono confondere e sovrapporre la c.d. funzione autorizzatoria del contratto collettivo²³⁸, che non rappresentava un vero e proprio potere di deroga peggiorativa e che veniva riconosciuto limitatamente ad ipotesi particolari, con la diversa e molto più ampia e generalizzata funzione derogatoria, quale è invece quella attualmente attribuita dall'art. 8²³⁹, il cui contenuto risulta ancora più in discontinuità con il passato se si considera che tale attribuzione non avviene in favore della contrattazione nazionale ma, per l'appunto, di quella c.d. decentrata²⁴⁰. Ed è proprio a tale livello che l'autonomia collettiva risulta significativamente ampliata²⁴¹, nonostante i limiti soggettivi ed oggettivi entro i quali la

sicuramente esistente, viene ad essere sanata dal significato ricavabile dall'intera disposizione. Non avrebbe senso, infatti, sottrarre all'effetto derogatorio ipotesi di licenziamento contrarie alla legge e consentire all'autonomia collettiva di incidere solo sul preavviso e TFR, senza dargli la possibilità di operare sul regime degli effetti del recesso illegittimo. Vi sarebbe infatti una contraddizione insanabile tra due parti della medesima disposizione che vanno invece considerate congiuntamente.»

²³⁷ Si tratta della legge recante “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”, che ha modificato l'art. 18, L. 20 maggio 1970, n. 300, riducendo il campo di applicazione della c.d. tutela reale.

²³⁸ Il ruolo attribuito dalla al contratto collettivo è divenuto progressivamente, sempre più ricco e composito: alla tradizionale funzione normativo-acquisitiva si sono aggiunte nuove e diverse funzioni, tra cui quella di autorizzazione a scegliere le forme flessibili di lavoro od anche di regolazione ed integrazione delle relative discipline legali. Così M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 45. Sulla funzione autorizzatoria del contratto collettivo, v. anche P. SARACINI, *Contratti collettivi e lavoro flessibili*, in R. SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2002, 175.

²³⁹ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *op. cit.*, 25, i quali osservano come nel sistema attuale la derogabilità divenga la regola.

²⁴⁰ Secondo R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: Prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011*, in *www.cuorecritica.it*, 2, l'art 8, sia pure nei limiti della materie indicate nel comma 2, conferisce ai contratti di prossimità un potere derogatorio pieno, non delegato, né limitato dal contratto nazionale, sul quale di fatto finisce per prevalere.

²⁴¹ L'accrescimento del ruolo della contrattazione collettiva aziendale, tradizionalmente considerato il livello

deroga peggiorativa deve comunque rimanere contenuta²⁴².

Il superamento dell'inderogabilità della norma di legge apre dunque nuovi scenari, poiché essa rappresentava l'elemento che sottraeva ai sindacati la possibilità di acconsentire al peggioramento delle condizioni dei lavoratori e dunque di incidere negativamente sui loro diritti²⁴³. Inoltre la sua applicabilità, indifferente all'ambito territoriale, era tale da regolare tutti i rapporti di una certa tipologia di lavoratori, senza differenziazioni al loro interno.

Con la introduzione di un sistema di deroghe affidato invece alla contrattazione aziendale, sarà oggi possibile avere, nella medesima area geografica, differenti tutele in relazione ai mutevoli rapporti di forza esistenti nelle singole aziende²⁴⁴, come effetto del venir meno del ruolo centrale del contratto collettivo nazionale²⁴⁵ quale strumento di regolazione unitaria ed eguale per tutto il territorio nazionale²⁴⁶.

Emerge inoltre anche un altro elemento di drastica rottura con il passato, vale a dire la sostanziale equiparazione da parte del legislatore degli interessi generali, la cui regolamentazione era preclusa ai sindacati, a quelli particolari, di cui sono indubbiamente portatori proprio i sindacati.

All'autonomia collettiva finisce per essere così riconosciuta l'attitudine a rappresentare interessi considerati equivalenti a quelli pubblici e la capacità di regolamentarli con la stessa forza della norma di legge²⁴⁷.

più debole in cui si esprime l'autonomia collettiva, rappresenta uno dei punti più problematici della nuova norma, così P. ICHINO, *La riforma del lavoro non si fa lanciando il sasso e nascondendo la mano*, Newsletter 5 settembre 2011, n. 165, in www.pietroichino.it, p. 1.

²⁴² Cfr. comma 2 della norma in esame.

²⁴³ In posizione diversa rispetto alla dottrina prevalente, M. TIRABOSCHI, *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in www.bollettinoadapt.it, 2, secondo cui «la verità è che il decreto introduce una riforma equilibrata perché coerente con la nostra tradizione di relazioni industriali e con l'intesa del 28 giugno. Non un intervento drastico e autoritario, come tale invasivo della autonomia della parti sociali. Piuttosto un rinvio pieno e convinto a relazioni industriali libere e responsabili. Un rivoluzione semplice e di buon senso che affida caso per caso alla contrattazione collettiva di prossimità, aziendale o territoriale, la possibilità di scambi negoziali virtuosi (e non certo concessioni unilaterali) per il perseguimento in modo pragmatico di quegli obiettivi di crescita e sviluppo tanto declamati dai nostri opinionisti quando raramente praticati nella realtà quotidiana dei luoghi di lavoro per il persistere di standard regolatori nazionali rigidi e ancora poco adattabili».

²⁴⁴ F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *Working Papers – WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it* – 127/2011, 1.

²⁴⁵ Sotto il profilo giuridico l'art. 8 introduce un nuovo sistema, non più basato sulla inderogabilità dei contratti collettivi nazionali da parte di quelli aziendali, ma sul riconoscimento della pari dignità dei contratti di diverso livello come espressione di autonomia collettiva in quanto espressione dell'autonomia negoziale delle organizzazioni sindacali. Così R. PASQUA, *Le nuove relazioni industriali in Italia: dall'accordo interconfederale del 28.6.2011 all'art. 8 del D.L. 138/2011conv. in L. 148/11*, in www.odcec.ct.it, 4.

²⁴⁶ R. ROMEI, *op. cit.*, 2.

²⁴⁷ U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 1-3, il quale rileva come attraverso la rottura del principio di inderogabilità venga di fatto scardinato anche quello dell'eguaglianza costituzionalmente possibile.

3. *Il nuovo rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*

Con l'art. 8 viene altresì superato il principio del collegamento tra contratto nazionale e contratto aziendale²⁴⁸, di modo che la deroga in *pejus* del secondo al primo, prima possibile solo a determinate condizioni prefissate dall'accordo nazionale, ispirate alla necessità di garantire trattamenti economici e normativi uniformi per tutti i lavoratori i cui rapporti fossero investiti dall'efficacia del contratto collettivo, diviene oggi possibile nell'ambito dei parametri fissati dalla nuova norma²⁴⁹.

La regolamentazione introdotta dall'art. 8 determina, dunque, una sorta di inversione del rapporto tra contratto nazionale e contratto aziendale, finendo per sconvolgere gli assetti basati sui contratti nazionali di categoria²⁵⁰ e quindi per favorire fortemente il decentramento²⁵¹.

Ebbene, se l'intenzione di evitare che la regolamentazione legale potesse divenire irrevocabile a seguito del recepimento nei contratti nazionali è stata da subito sufficientemente chiara, tuttavia non si può non notare come, per raggiungere l'obiettivo, il legislatore non si sia fatto scrupolo di sconfessare le intese faticosamente raggiunte nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, direttamente richiamato dalla norma sebbene con riguardo al solo aspetto della efficacia soggettiva dei contratti collettivi di prossimità²⁵².

²⁴⁸ Sulla mancanza di un criterio legale di scelta tra contratto nazionale e contratto aziendale con possibile prevalenza di quest'ultimo sul primo, cfr., tra le più recenti, Cass., sez. lav., 31-01-2012, n. 1415, in *Mass.*, 2012, 61, secondo cui «in tema di determinazione della giusta retribuzione, i contratti collettivi di lavoro costituiscono solo possibili parametri orientativi, e, poiché non esiste nell'ordinamento un criterio legale di scelta in ipotesi di plurime fonti collettive, il giudice di merito può fare riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto rispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela, pur se peggiorativo rispetto al secondo, e pur se intervenuto in periodo successivo alla conclusione del rapporto di lavoro, diversamente introducendosi, in modo surrettizio, un principio d'inderogabilità del contratto collettivo nazionale in forza di quello aziendale, sussistente invece solo rispetto al contratto individuale, e a maggior ragione da escludere quando non è possibile riferirsi direttamente alla fonte collettiva nazionale per mancanza di bilateralità d'iscrizione e di spontanea ricezione ad opera delle parti del rapporto individuale». Nello stesso senso cfr. Cass., sez. lav., 20-09-2007, n. 19467, in *Mass.*, 2007, 1712.

²⁴⁹ L. GALANTINO, *op. cit.*, 168.

²⁵⁰ C. DELL'ARINGA, *Luci e ombre*, in *www.cuorecritica*, 2011, 2, il quale rileva che questo risultato non coincide con le indicazioni degli ultimi accordi interconfederali, compreso quello del 28 giugno 2011 ed osserva che il nostro sistema di relazioni industriali richiede ancora un ruolo di indirizzo e di coordinamento del contratto nazionale nei confronti della contrattazione aziendale e che con l'art. 8 questo ruolo è messo decisamente in discussione. Il contratto nazionale dovrebbe limitarsi a cedere "sovranità" al contratto aziendale, non tanto nella parte normativa, quanto nella parte economica.

²⁵¹ L. BELLARDI, *L'accordo del 28 giugno: cambia ancora la struttura della contrattazione?*, in *www.nelMerito.com*, 2011, 1.

²⁵² Cfr. comma 3 dell'art. 8.

Invero in sede di accordo interconfederale le parti sociali avevano convenuto sulla riduzione della funzione della contrattazione collettiva di categoria di fissare norme di trattamento minimo, riconoscendo al contratto aziendale il potere di derogare *in pejus* al contratto nazionale, ma al tempo stesso avevano previsto che tali deroghe fossero circoscritte alle materie indicate dai contratti di primo livello ed attuate con le procedure ivi previste²⁵³.

Invece, come detto, con l'art. 8 viene meno la necessità di un raccordo tra la contrattazione di primo e di secondo livello, ma soprattutto il favore per il contratto aziendale si spinge al punto di farlo diventare il fulcro dell'intera contrattazione collettiva.

Tuttavia, a ben vedere, gli effetti dell'art. 8 sotto il profilo appena illustrato si pongono in linea con quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale al contratto aziendale sarebbero inapplicabili tanto l'art. 2077 c.c. quanto l'art. 2113 c.c., attesa la sua natura di atto di autonomia privata²⁵⁴.

E proprio tale natura, condivisa con il contratto collettivo nazionale, consente di affermare che non esiste la possibilità di ordinare gerarchicamente i due contratti tra loro²⁵⁵,

²⁵³ Punto 7 dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Secondo A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *www.bollettinoadapt.it*, 23.10.2011, 9, le regole procedurali previste dall'accordo interconfederale sono imposte solo ai fini dell'efficacia generale del contratto aziendale, altrimenti operante con la consueta limitata efficacia soggettiva.

²⁵⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 08-05-2008, n. 11372, in *Mass.*, 2008, 658, secondo cui «nel vigente ordinamento del rapporto di lavoro subordinato, regolato da contratti collettivi di diritto comune, l'individuazione della contrattazione collettiva che regola il rapporto di lavoro va fatta unicamente attraverso l'indagine della volontà delle parti risultante, oltre che da espressa pattuizione, anche implicitamente dalla prorata e non contestata applicazione di un determinato contratto collettivo; il ricorso al criterio della categoria economica di appartenenza del datore di lavoro, fissato dall'art. 2070 c.c., è consentito al solo fine di individuare il parametro della retribuzione adeguata ex art. 36 cost., quando non risulti applicata alcuna contrattazione collettiva ovvero sia dedotta l'inadeguatezza della retribuzione contrattuale ex art. 36 cost. rispetto all'effettiva attività lavorativa esercitata (nella specie, in omaggio al principio enunciato, la suprema corte, nel confermare la decisione di merito, ha ritenuto l'inapplicabilità del c.c.n.l. per i dipendenti delle aziende municipalizzate per il periodo antecedente il 1° febbraio 1992, giorno dal quale detto ultimo contratto, per concorde volontà delle parti, trova invece applicazione)» e Cass. civ., sez. lav., 05-05-2004, n. 8565, in *Arch. civ.*, 2004, 1157.

²⁵⁵ Sulla mancanza di un rapporto gerarchico tra contratto nazionale e contratto aziendale, in ragione della reciproca autonomia delle due discipline, cfr. Cass., sez. lav., 26-05-2008, n. 13544, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 40; Cass., sez. lav., 18-09-2007, n. 19351, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 118, con nota di D. BLOTTA, *Il contratto collettivo aziendale: efficacia e durata* e in *Lavoro e prev. oggi*, 2008, 356, con nota di C. CARNOVALE, *Recedibilità dal contratto collettivo aziendale ed effetti sulle situazioni giuridiche ivi previste in favore dei lavoratori cessati dal servizio*.

Nello stesso senso, più recentemente, Cass. civ., sez. lav., 18-05-2010, n. 12098, in *Giur. it.*, 2011, 1337, con nota di M. NAPOLITANO, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso ambito territoriale*. Secondo la Corte «il contrasto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale (nella specie, nazionale e regionale) va risolto non in base a principi di gerarchia e di specialità proprie delle fonti legislative, ma sulla base della effettiva volontà delle parti sociali, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutte pari dignità e forza vincolante, sicché anche i contratti territoriali possono, in virtù del principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., prorogare l'efficacia dei contratti nazionali e derogarli, anche in

dovendosi invece applicare il principio generale di diritto comune per cui in caso di successione nel tempo di più contratti tra le stesse parti deve considerarsi prevalente l'ultimo di essi ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c.. Ne consegue che se ad intervenire per ultimo è il contratto aziendale, le clausole di esso incompatibili con quello nazionale risulteranno applicabili anche nel caso in cui contengano deroghe peggiorative, ancorché nei limiti dei diritti già maturati²⁵⁶.

4. *Efficacia erga omnes del contratto collettivo aziendale e profili di incostituzionalità dell'art. 8*

Nel solco del principio generale appena ricordato, cui può ricondursi in prima istanza il potere derogatorio dei contratti collettivi, la vera novità dell'art. 8 e dell'accordo interconfederale del giugno 2011 è costituita dall'attribuzione dell'efficacia generale alle statuizioni del contratto collettivo aziendali contenenti deroghe *in pejus* al contratto nazionale²⁵⁷.

Qui viene in rilievo non già la posizione del datore di lavoro, che in quanto firmatario del contratto collettivo è automaticamente assoggettato alle relative disposizioni e quindi vincolato alla applicazione generalizzata nei confronti di tutti i suoi dipendenti, ma segnatamente quella dei lavoratori, dovendosi considerare il possibile dissenso rispetto alle statuizioni del contratto da parte di quelli non iscritti alle organizzazioni stipulanti²⁵⁸.

peius senza che osti il disposto di cui all'art. 2077 c.c., fatta salva solamente la salvaguardia dei 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 (nella specie, riguardante le indennità di mensa e di trasporto, della cui spettanza e determinazione il contratto nazionale aveva investito la contrattazione regionale, la suprema corte ha cassato la decisione di merito che aveva finito per disconoscere l'autonomia del contratto territoriale, il quale aveva escluso ogni diritto in ordine all'indennità di mensa e aveva limitato il diritto all'indennità di trasporto ai soli trasferimenti con distanza superiore ai dieci chilometri). Cfr. anche Cass. 26-05-2008, n. 13544, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 40).

²⁵⁶ Cass., sez. lav., 29-09-2009, n. 20838, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 549, secondo cui «nell'ambito del rapporto di lavoro sono configurabili diritti quesiti, che non possono essere incisi dalla contrattazione collettiva in mancanza di uno specifico mandato o di una successiva ratifica da parte dei singoli lavoratori, solo con riferimento a situazioni che siano entrate a far parte del patrimonio del lavoratore subordinato, come nel caso dei corrispettivi di prestazioni già rese, e non invece in presenza di quelle situazioni future o in via di consolidamento, che sono frequenti nel contratto di lavoro, da cui scaturisce un rapporto di durata con prestazioni ad esecuzione periodica o continuativa, autonome tra loro e suscettibili come tali di essere differenziate in caso di successione di contratti collettivi (nella specie, la suprema corte, nell'enunciare il principio su esteso, ha cassato la sentenza impugnata, che aveva riconosciuto al lavoratore differenze retributive sulla base di una componente fissa della retribuzione, soppressa dalla contrattazione aziendale)».

²⁵⁷ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 9.

²⁵⁸ Cass., sez. lav., 18-04-2012, n. 6044, in *Mass.*, 2012, 312, secondo cui 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

Se è vero infatti che non si è mai posta in discussione l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale di tipo acquisitivo o che assolvesse ad una funzione integratrice della norma di legge²⁵⁹, assai più problematica si è rivelata l'efficacia del contratto contenente deroghe peggiorative del trattamento dei lavoratori, specie nei confronti dei non iscritti al sindacato stipulante, ma a quelli non firmatari e dissenzienti.

Sul punto la Suprema Corte ha da tempo affermato l'estensibilità degli accordi aziendali anche nei confronti dei non iscritti²⁶⁰, nonché occorre comunque verificare il rispetto del principio proporzionalistico che la Corte costituzionale indica come fondamento dell'efficacia *erga omnes* del contratto²⁶¹.

Tale principio prescinde dal livello del contratto *erga omnes* ed esprime l'esigenza di legittimazione democratica dei soggetti stipulanti, su cui si fonda l'art. 39, 4° comma Cost..

Dunque, con riguardo agli accordi aziendali, occorre verificare che tali soggetti siano effettivamente espressione della maggioranza dei dipendenti dell'impresa con la conseguenza che la legittimità costituzionale di un accordo aziendale con efficacia generale dipende dalla effettività del consenso di cui godono le organizzazioni stipulanti²⁶².

l'esplicito dissenso dall'accordo e potrebbero addirittura essere vincolati da un accordo sindacale separato (nella specie, la suprema corte, affermando il principio, ha ritenuto applicabile l'accordo aziendale ad un lavoratore che, senza essere iscritto all'organizzazione stipulante, non risultava tuttavia affiliato ad un sindacato dissenziente e aveva anzi invocato l'accordo medesimo a fondamento delle sue istanze).

²⁵⁹ Cfr. Cass. 25 marzo 2002, n. 4218, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 513; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 139.

²⁶⁰ Cass., sez. lav., 18-04-2012, n. 6044, in *Mass.*, 2012, 312, secondo cui «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 (nella specie, la suprema corte, affermando il principio, ha ritenuto applicabile l'accordo aziendale ad un lavoratore che, senza essere iscritto all'organizzazione stipulante, non risultava tuttavia affiliato ad un sindacato dissenziente e aveva anzi invocato l'accordo medesimo a fondamento delle sue istanze)». In senso conforme, Cass., sez. lav., 28-05-2004, n. 10353, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 287, secondo la quale «l'efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali può essere, bensì, confermata – come regola di carattere generale, in funzione delle esigenze che ne risultano perseguite (tutela di interessi collettivi, appunto, e inscindibilità della disciplina) – ferma restandone, tuttavia, la eccezione – in ossequio al principio di libertà sindacale ed in coerenza con il nostro sistema giuridico – che la stessa efficacia non può essere estesa a quei lavoratori che – aderendo ad una organizzazione sindacale, diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale – ne condividano l'esplicito dissenso dall'accordo medesimo».

²⁶¹ Corte cost. n. 334 del 1988, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 189, con nota di R. PESSI. Secondo la Consulta l'art. 39 Cost. configura un modello di selezione della rappresentanza sindacale che ha come suo necessario presupposto la registrazione dei sindacati ed è strettamente funzionale all'obiettivo di pervenire alla stipulazione di contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*. A tale finalità si ricollega, da un lato l'adozione del principio proporzionalistico, come congegno idoneo alla costituzione di una rappresentanza unitaria formalmente investita del potere di concludere un contratto dotato di tale particolare forza giuridica; dall'altro, l'individuazione del livello categoriale come momento organizzativo coerente con l'area di operatività della contrattazione collettiva.

²⁶² L. GALANTINO, *op. cit.*

L'art. 8, al comma 1, attribuisce l'efficacia generale ai contratti aziendali o territoriali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale²⁶³, oppure dalle loro rappresentanze aziendali, purché sottoscritti da sindacati, non importa se esterni o interni all'azienda, che rappresentino la maggioranza dei lavoratori.

L'efficacia generalizzata presuppone dunque l'adozione di un criterio maggioritario tra i sindacati e ciò consente, almeno in teoria, di risolvere i problemi legati all'eventuale contrasto tra organizzazioni sindacali o al dissenso espresso dai singoli lavoratori. Tuttavia non si possono escludere i potenziali effetti negativi derivanti da una disposizione che, seppur in base al principio di maggioranza, attribuisce al sindacato il potere di determinare la riduzione delle tutele in favore dei prestatori di lavoro in deroga alla legge. Invero, in situazioni in cui sono in gioco i livelli occupazionali o la stessa sopravvivenza dell'impresa, può accadere che il consenso dei lavoratori all'approvazione dell'accordo, seppur maggioritario, non sia espresso in piena libertà²⁶⁴.

È chiaro che questo sistema di attribuzione dell'efficacia *erga omnes*, non avendo natura negoziale, ma essendo previsto dalla legge, deve essere valutato in termini di compatibilità con la Costituzione, innanzitutto con riferimento all'art. 39²⁶⁵, il quale però, sia per il fatto che all'epoca della sua emanazione gli accordi aziendali avevano un ambito applicativo assai più ridotto di quello attuale, sia perché letteralmente non opera alcun riferimento alla contrattazione di prossimità, deve ritenersi relativa al solo contratto nazionale²⁶⁶. D'altra parte occorre considerare la possibilità che l'art. 39 sia comunque riferito a tutti i livelli di contrattazione collettiva, da cui deriverebbe il rischio della incostituzionalità della parte dell'art. 8 qui esaminata con le conseguenti incertezze applicative. Questo rischio sembra tuttavia più remoto dopo la richiamata recentissima sentenza n. 221/2012, con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata in senso favorevole alla legittimità della norma con

²⁶³ La norma non definisce però quale debba essere l'ambito territoriale da considerare, pertanto la rappresentatività potrebbe cambiare a seconda del riferimento di volta in volta assunto ed a seconda dei casi divenire più o meno effettiva. Così O. BONARDI, in *Di Decreto in decreto, di manovra in manovra: come il governo mette le mani nelle tasche e sui diritti dei lavoratori*, in *www.noteinformativa.it*, 2011, 54, 21. Secondo R. ROMEI, *Op. cit.*, 2, si realizza una "brusca rottura con una consolidata tradizione (che ha sempre misurato la rappresentatività su base nazionale)".

²⁶⁴ A. PERULLI – V. SPEZIALE, *op. cit.*, 38.

²⁶⁵ L'art. 39 cost. prevede un principio di garanzia (anche) della libertà della contrattazione collettiva rispetto alle eventuali ingerenze del legislatore. Così R. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giungna e le discutibili ingerenze del legislatore*, *cit.*, 19.

²⁶⁶ F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 133, 26, la quale rileva come «l'art. 39 Cost. riguardi la sola contrattazione di categoria, come dichiarato dalla Corte costituzionale nella pronuncia con cui ha coniato la fattispecie del contratto gestionale (sent. n. 268/1994, in *www.cortecostituzionale.it*) e dato compattezza alla fattispecie "esclusa" ponendola al riparo dalle censure di illegittimità».

riferimento all'art. 39 cost.. nell'ambito del giudizio promosso dalla Regione Toscana.

La Consulta ha superato il rilievo proposto, secondo il quale la norma costituzionale risulterebbe violata per avere l'art. 8 attribuito efficacia soggettiva *erga omnes* al contratto collettivo aziendale stipulato da sindacati non registrati, privi cioè del requisito previsto dal quarto comma dell'art. 39, osservando che poiché “si verte in materia demandata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, una eventuale violazione dell'art. 39, quarto comma, Cost., per mancato rispetto dei requisiti soggettivi e della procedura di cui al precetto costituzionale, non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite”.

Non sembra sussistano invece problemi di costituzionalità della norma per il fatto che il potere derogatorio e l'efficacia *erga omnes* siano di fatto attribuiti soltanto ad alcuni sindacati e non a tutti.

Invero una selezione in termini di rappresentatività dei soggetti abilitati alla stipulazione risulta necessaria proprio per via dei particolari effetti che la contrattazione in deroga può produrre. Peraltro in termini generali questa questione è stata già affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza 12-07.1996, n. 244 103, tuttavia ragionevoli dubbi restano in ordine alla legittimazione alla stipula di contratti *erga omnes* da parte di sindacati territoriali, la cui effettiva rappresentatività può essere dubbia in quanto limitata a un certo ambito territoriale. D'altro canto il potere di contrattazione con efficacia generale è cosa ben diversa da quello di costituire una rappresentanza sindacale aziendale, potendo incidere significativamente sul trattamento economico e normativo dei prestatori di lavoro.

Sotto questo profilo l'accertamento della legittimità costituzionale della norma si fonderebbe sulla verifica della proporzione tra poteri derogatori attribuiti e sistema di selezione dei sindacati abilitati alla stipulazione, tuttavia il giudizio potrebbe risolversi positivamente se alla trattativa e alla stipulazione a maggioranza nel senso suddetto possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati.

Dunque valida efficacia generale andrebbe riconosciuta ai contratti stipulati dalla rsu oppure da un gruppo di rsa o di sindacati esterni aperto alla partecipazione di tutti i sindacati presenti in azienda.

Il comma 3 dell'art. 8 prevede infine l'efficacia generale anche per i contratti aziendali sottoscritti prima dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011, purché approvati «con votazione a maggioranza dei lavoratori». È qui evidente l'intenzione del legislatore di sanare

ex post gli accordi separati di Pomigliano e di Mirafiori. Senonché l'efficacia generale non sembra possa riconoscersi in mancanza di una trattativa aperta a tutti con stipulazione a maggioranza in proporzione agli iscritti²⁶⁷.

²⁶⁷ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 12 ss, secondo cui «tali condizioni non possono essere sostituite dal diverso criterio della maggioranza referendaria, qui indicato così precisamente da impedire quella interpretazione conservativa invece possibile per la diversa norma a regime».