

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA AZIENDALE DOPO L'ART. 8, D.L., 13 AGOSTO 2011, N. 138

Arturo Maresca

Professore Ordinario di Diritto del Lavoro
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

All'interno dell'art. 8 si possono distinguere quattro nuclei normativi: a) il primo riguarda l'efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali o territoriali; b) il secondo si riferisce all'abilitazione della contrattazione di secondo livello a disciplinare le materie indicate direttamente dal legislatore; c) il terzo concerne la facoltà degli stessi contratti collettivi di derogare alle disposizioni imperative della legge elencate nello stesso art. 8; d) il quarto ha per oggetto l'efficacia *erga omnes* degli accordi Fiat.

Una delle questioni più dibattute sul piano generale riguarda il raccordo tra le previsioni dell'art. 8 e quelle contenute nell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 (AI) che era riuscito a raccogliere il consenso unanime di CGIL, CISL e UIL, superando le note contrapposizioni tra le tre confederazioni.

Si tratta, quindi, di verificare conferme o inversioni di tendenza rispetto alla volontà espressa dalle parti sociali nell'AI, tenendo conto di due aspetti. Il primo è, senza dubbio, quello della mancanza di qualsiasi sollecitazione delle parti stipulanti l'AI ad un intervento del legislatore; il secondo la posizione manifestata, all'indomani dell'AI, dallo stesso governo/legislatore di non voler intervenire nella materia già regolata dall'AI, salvo un'espressa richiesta in tal senso delle parti stipulate.

Una posizione che lo stesso legislatore ha, poi, ritenuto di superare nell'esercizio della potestà normativa che gli compete, ma che deve declinarsi all'interno di un rapporto tra legge e autonomia collettiva che non può portare la prima a sopraffare e stravolgere le manifestazioni della seconda, senza sollevare in tal caso dubbi di legittimità costituzionale da fronteggiare invocando le necessità imposte dalla salvaguardia dell'ordine pubblico economico.

Di tutto ciò l'interprete deve tener conto quando si appresta a ricostruire la volontà espressa dal legislatore con l'art. 8.

Per quanto riguarda il tema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali il legislatore si pone nel solco dell'AI, mutuando da esso il "criterio maggioritario" che costituisce una delle due condizioni necessarie per dotare di efficacia generale gli accordi aziendali/territoriali, sempre che siano finalizzati a perseguire – ed è questa la seconda condizione – gli obiettivi elencati dallo stesso legislatore per il sostegno che essi meritano.

Si può rilevare che il legislatore non ha disciplinato dettagliatamente il "criterio maggioritario" ed in particolare le sue modalità applicative con riferimento alla diversa situazione delle RSA e della RSU. Ma proprio questa carenza consente di affermare che l'art. 8 si sia limitato ad enunciare il "criterio maggioritario" sul presupposto che le modalità applicative vadano attinte all'interno dell'AI e, quindi, dall'ordinamento intersindacale.

Un'innovazione rispetto all'AI riguarda, invece, gli accordi territoriali.

Al riguardo la prima difficoltà che si pone è proprio quella di capire quale sia l'ambito territoriale al quale il legislatore abbia voluto riferirsi (quello regionale, provinciale, comunale, il distretto ecc.).

La carenza di una qualsiasi indicazione in tal senso enucleabile dall'art. 8 consente di rimettere tale delimitazione alle parti collettive per un doveroso rispetto della libertà sindacale garantita dall'art. 39, primo comma, Cost.. Libertà che sembra incontrare un unico limite posto (implicitamente) dal legislatore e che si risolve nell'esclusione di accordi collettivi il cui ambito applicativo sia riferito ad una categoria contrattuale o ad un settore merceologico e non al territorio (la cui estensione potrebbe, forse, coinvolgere l'intero territorio nazionale).

Ma, risolto questo problema, se ne presenta un altro di ancor più complessa soluzione: come si potrà, con riferimento ad un certo ambito territoriale, selezionare le “associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano territoriale”; cioè quelle che sono abilitate, in via esclusiva, dal legislatore a stipulare il contratto collettivo dotato di efficacia generale?

Una risposta parziale a questa domanda si può dare – utilizzando la stessa chiave metodologica alla quale più sopra si è fatto ricorso – riferendosi all'AI per estrarre da esso i due indicatori della rappresentatività (dato associativo riferito alle deleghe sindacali e voti raccolti da ciascun sindacato nelle elezioni delle RSU), ma ciò implicherebbe una sorta di anagrafe sindacale su base territoriale della quale, ovviamente, siamo sprovvisti.

L'alternativa, notevolmente insidiosa, a questa soluzione sarebbe quella di ritenere che la rappresentatività su base territoriale debba essere accertata, in caso di controversia, da ogni singolo giudice sulla base degli indici presuntivi già enucleati diversi anni fa dalla giurisprudenza con riferimento alla “maggiore rappresentatività” (però si trattava di quella) confederale (numero degli iscritti, diffusione uniforme sul territorio, presenza in un ambito ragguardevole di categorie, partecipazione costante alla contrattazione collettiva e alle iniziative conflittuali ecc.). Ma è evidente che questa soluzione implica il rischio di divergenze e contrasti interpretativi non componibili in tempi brevi e, quindi, un iter applicativo dell'art. 8 non compatibile con le esigenze di certezza dei percorsi negoziali che le parti abilitate decideranno di attivare.

C'è, poi, da considerare che l'articolazione della contrattazione collettiva su base territoriale o, alternativamente, aziendale è frutto delle scelte di volta in volta condivise delle parti sociali all'interno delle singole categorie che, in relazione alla consistenza delle imprese, si sono storicamente orientate per l'uno o per l'altro livello. Anche qui nel rispetto delle autonome determinazioni delle parti sociali – che non sembra siano state sovvertite dal legislatore – si può dire che il livello aziendale e quello territoriale opereranno alternativamente secondo le opzioni già praticate nei vari settori merceologici. Soluzione questa che potrebbe attenuare le difficoltà di accertamento, altrimenti problematico, della rappresentatività sindacale.

Un'ultima considerazione riguarda la percorribilità costituzionale dell'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali o territoriali che non trova ostacoli nel quarto comma dell'art. 39, Cost.. Infatti questa disposizione si riferisce al solo contratto collettivo di categoria, senza che il meccanismo previsto dal Costituente possa estendersi ad altre forme di contrattazione collettiva.

Il secondo comma dell'art. 8 interviene a “sostegno” della contrattazione aziendale o territoriale sul cui sviluppo il legislatore ha voluto puntare delegando ad essa la regolamentazione di aspetti importanti del rapporto di lavoro.

Per comprendere quali siano le novità apportate dalla legge con riguardo all'ampiezza di tale delega si deve ricordare che nel sistema della contrattazione collettiva, così

come organizzato da ultimo dall'AI (ma senza scostamenti dalle previsioni del Protocollo del 23 luglio 1993), la contrattazione aziendale è vincolata. Nel senso che – come prevede espressamente lo stesso l'AI – “la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate ... dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge”.

La contrattazione aziendale, quindi, può intervenire a seguito di una delega conferita dalla legge o dal CCNL che individua le materie demandate, di volta in volta, al secondo livello. Sono, quindi, la legge o, alternativamente, il CCNL che abilitano il contratto aziendale ad operare.

L'art. 8, secondo comma si raccorda con questa regola e produce l'effetto di sbloccare la contrattazione aziendale per tutte le materie indicate dal legislatore, anche in assenza di deleghe del CCNL che, quindi, vede – in questo caso sì – ridimensionato il suo ruolo di fonte di abilitazione della contrattazione aziendale. Contrattazione che, da subito, potrà intervenire su svariati temi: le mansioni, gli inquadramenti, gli orari di lavoro (sui quali, però, il d. lgs. n. 66 del 2003 aveva già provveduto), i sistemi informatici di controllo (già oggi attivabili con l'accordo con le RSA previsto dall'art. 4, secondo comma, St. lav.), i contratti di lavoro flessibili, le conseguenze derivanti dal licenziamento ed, infine, anche su argomenti – come le collaborazioni a progetto o “le partite IVA” – con i quali la contrattazione aziendale non si era finora misurata essendo estranei all'area del lavoro subordinato (si apre, però, un delicato problema relativo alla rappresentanza sindacale dei lavoratori autonomi).

I negoziatori a livello aziendale o territoriale potranno prevedere, per fare solo qualche esempio, l'attivazione di strumenti per favorire la ricollocazione del lavoratore licenziato per motivi oggettivi (e che non intenda opporsi al licenziamento e sempre che non si tratti di licenziamenti odiosi come quelli per maternità o matrimonio) o l'utilizzo sindacalmente condiviso di contratti di lavoro flessibili che in tal modo potrebbero svilupparsi.

L'effetto che si produce è quello di una sostanziale liberalizzazione della contrattazione collettiva di secondo livello che il legislatore ha liberato dai vincoli autorizzatori del CCNL; vincoli come si è accennato non sono preganti sul piano legale, ma su quello del sistema delle relazioni collettive.

Il paradosso è che tale effetto un tempo sarebbe stato fortemente voluto dal sindacato e paventato, invece, dalle imprese per il rischio di restare esposte ad una contrattazione rivendicativa continua ed incessante. Tutto ciò conferma un dato ben noto, come i delicati equilibri della contrattazione collettiva siano condizionati alle cangianti condizioni di forza contrattuale delle parti sociali.

Fin qui si è detto dell'art. 8, secondo comma che riguarda solo la delega alla contrattazione aziendale o territoriale, senza, però, attribuire ad essa anche la possibilità di derogare alle leggi ed ai CCNL.

Derogabilità che, invece, viene prevista dal comma 2-bis dell'art. 8 che ammette la possibilità per gli accordi aziendali o territoriali (stipulati in base al criterio maggioritario) di intervenire “anche in deroga alle disposizioni di legge” e nei limiti (del tutto scontati ed ineludibili anche a prescindere dall'espresso richiamo del legislatore) stabiliti inderogabilmente dalla Costituzione e dalle fonti comunitarie.

Su questo punto si è sviluppato un vivace dibattito e forti critiche alla scelta operata dal legislatore che si risolve nel rendere derogabile la disciplina legale delle (sole)

materie specificamente indicate nel secondo comma dell'art. 8 da parte della contrattazione aziendale o territoriale (e non anche da quella di categoria).

L'effetto che ne consegue può essere così riassunto: la tutela del lavoratore resta pur sempre affidata al legislatore, ma non costituisce più (ovviamente per le sole materie indicate nel secondo comma dell'art. 8) la garanzia minima ed inderogabile fruibile sempre e comunque da qualsiasi lavoratore, potendo essere derogata, *in melius* o *in peius*, dalla contrattazione aziendale o territoriale. Il livello minimo della tutela dei lavoratori è, quindi, affidato in prima istanza alla legge, ma in ultima alla contrattazione di secondo livello che, valutando l'interesse collettivo, potrà rimuovere le garanzie legali. In sintesi il legislatore pone le tutele, ma la contrattazione aziendale può disporne.

La scelta di politica legislativa non è certo inedita e tocca i rapporti tra legge e contratto collettivo aziendale/territoriale e non anche la diversa tematica della derogabilità del contratto nazionale di categoria che, quindi, resta affidata ai patti modificativi previsti dal punto 7) dell'AI.

Infatti l'art. 8, comma 2-bis ammette la deroga per le "disposizioni di legge" ed anche per le "relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro". Quindi ciò che è derogabile non è il CCNL di per se stesso, ma solo quelle parti di tale contratto che sono "relative", cioè riguardano, le materie disciplinate dalla legge (e divenute derogabili a seguito dell'art. 8). In questo modo la derogabilità del CCNL non solo è fortemente delimitata, ma viene prevista in modo funzionale a garantire la possibilità di deroga della legge da parte dei contratti aziendali, evitando la possibilità che il CCNL, recependo la regolamentazione legale derogabile ex art. 8, secondo comma, possa fungere da scudo interdittivo all'operatività della deroga prevista dal comma 2-bis.

Sul piano dei modelli, il precedente più significativo del comma 2-bis dell'art. 8 è costituito dalla D. Lgs. n. 66 del 2003 che, disciplinando la materia (anch'essa di rilievo costituzionale) degli orari di lavoro, dei riposi e delle ferie, lascia un enorme spazio alla contrattazione collettiva, anche aziendale che in molti casi può intervenire a modificare la disciplina legale.

Se in questa sede ci si limita ad esaminare il problema dal punto di vista tecnico, lasciando da parte ogni considerazione di politica del diritto, si può dire che il problema più rilevante che si pone è quello di individuare esattamente le materie che il legislatore considera derogabili ed i limiti posti dalle fonti costituzionali o comunitarie.

Si tratta di un punto di particolare importanza con conseguenze relevantissime sulla funzionalità della norma.

Infatti non sfugge a nessuno che riveste una pregnanza molto limitata l'individuazione generica delle deleghe della legge (art. 8, secondo comma) alla contrattazione di secondo livello, in quanto si tratta di incidere sull'organizzazione endosindacale dei livelli della contrattazione collettiva, perché quest'ultima, dal punto di vista legale, non ha alcun bisogno di particolari titoli di legittimazione per dispiegare i propri interventi a livello aziendale o territoriale.

Ben diversa è la questione che si pone quando si tratta di sottrarre alla legge la forza imperativa di cui essa è dotata (anche, come avveniva fino ad oggi) nei confronti della contrattazione collettiva aziendale o territoriale.

Qui l'indicazione delle norme legali che diventano derogabili deve essere puntuale, altrimenti, si dovranno attendere gli arresti della giurisprudenza per individuare le

norme legali davvero derogabili per accordo aziendale; tenendo presente che i giudici adotteranno un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della derogabilità, trattandosi di un'eccezione ad un principio (quello della prevalenza della legge sulla contrattazione di secondo livello) che resta generale.

Faccio un solo esempio riferito al tema più discusso, quello della derogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro prevista dall'art. 18, St. lav.

La formula "conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro" che si legge nell'art. 8, secondo comma, potrebbe non riguardare la reintegrazione disciplinata dall'art. 18 St. lav.

Quest'ultima norma, infatti, non regola il recesso del datore di lavoro (che è, invece, disciplinato dalle legge n. 604 del 1966), ma si applica al diverso caso d'illegittimità del licenziamento identificandone l'apparato sanzionatorio, che è cosa diversa dalle conseguenze che discendono naturalmente dal recesso. Tali conseguenze, infatti, potrebbero identificarsi nel solo effetto estintivo del contratto di lavoro. Sul piano tecnico le conseguenze che scaturiscono dal recesso sono (non quelle relative alla sua eventuale illegittimità, bensì) il preavviso (artt. 2118 e 2121 c.c.) ed il TFR (art. 2120 c.c.). Inoltre, poiché il legislatore si riferisce al recesso (e, quindi, anche alle dimissioni) e non al solo licenziamento, il dubbio che si è segnalato assume maggior consistenza.

Sarebbe, quindi, possibile stipulare un accordo aziendale o territoriale per modificare il regime legale del TFR, prevedendo, ad esempio, che lo stesso venga erogato, in tutto o in parte, in busta paga mensilmente direttamente ai lavoratori (magari a quelli che optino in tal senso), anziché versarlo all'INPS od alle altre forme di previdenza complementare, come avviene attualmente per le aziende con oltre 50 dipendenti.

Quella appena ipotizzata sarebbe una delle modalità più interessanti per inaugurare l'art. 8, distinguendo opportunamente tra i lavoratori destinatari di tutele pensionistiche forti o deboli.

Restano aperti, su un piano più generale, anche i problemi del coordinamento della nuova norma con le derogabilità già previste nel nostro ordinamento, ad esempio, dal D. lgs. 66/2003 per gli orari di lavoro e dal secondo comma dell'art. 4 St. lav. per i controlli tecnologici, ma anche la derogabilità collettiva che la giurisprudenza della cassazione a sezioni unite ha riconosciuto alla nozione di equivalenza assunta dall'art. 13 St. lav. come limite legale al potere unilaterale del datore di lavoro di variazione delle mansioni.

Problemi che attendono una risposta e questa potrebbe auspicabilmente venire da una riedizione dell'AI che, prendendo atto dell'innovazione legislativa apportata dall'art. 8, se ne appropri conformandola alla tutela degli interessi collettivi la cui amministrazione spetta esclusivamente alle parti sociali.

In tal senso si può leggere anche la proposta della CISL avanzata da Bonanni di intervenire sul tema cruciale della derogabilità dell'art. 18, St. lav.

Ciò consentirebbe anche di ricomporre rapidamente – prima che prevalgano lacerazioni difficilmente sanabili – una coesione sociale che l'AI aveva faticosamente ripristinato e che l'art. 8 ha subito infranto. Una coesione sociale che serve al nostro Paese per fronteggiare le straordinarie difficoltà del sistema economico e per far funzionare le relazioni sindacali alle quali resta affidato il compito fondamentale di guidare e sostenere lo sviluppo del sistema produttivo e dell'occupazione, come si legge nelle premesse dell'AI.