

chiamo». Ad esempio per rendere i contratti collettivi, stipulati in un certo periodo, efficaci *erga omnes*; per individuare le disposizioni inderogabili ecc. (Cass. 3.4.1993, n. 4030, GC, 1993, I, 2999; Nicolai 1993). Quest'ultimo orientamento, mediano tra i due estremi della imposizione della forma scritta *ad substantiam* e libertà di forma, è stato, infine, fatto proprio dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U. 22.3.1995, n. 3318, FI 1995, I, 1139) le quali hanno chiarito che «accanto alla forma *ad substantiam*, richiesta cioè per la stessa validità dell'atto, senza la quale esso è nullo, quindi del tutto inefficace, non suscettibile di convalida, né di ricognizione per iscritto, ed alla forma *ad probationem*, la cui prescrizione comporta il divieto di prova testimoniale e per presunzioni, la dottrina è venuta elaborando un terzo profilo della forma degli atti giuridici, che definisce *forma integrativa*. Si parla di forma integrativa in relazione ad un tipo di norme, le quali prevedono che l'atto debba avere una determinata forma, perché esso produca effetti ulteriori, rispetto a quelli tipici ed immediati tra le parti».

4.3. La funzione normativa

La giurisprudenza opera nella piena consapevolezza della pluralità di funzioni esercitate dal contratto collettivo che può «caratterizzarsi non solo per l'originaria funzione normativa (quale tipico contratto normativo volto a determinare i contenuti dei successivi contratti individuali di lavoro) ma anche per una funzione obbligatoria, che si esprime nell'instaurazione di rapporti che vincolano direttamente le parti collettive, o per una funzione positiva di conflitti di interessi o diritti di gruppi professionali, che si esprime in convenzioni transattive o di mero accertamento incidenti su situazioni giuridiche in at-

Per quanto concerne i contratti collettivi, proseguono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, «una volta venuto meno l'ordinamento corporativo, nessuno contesta l'esistenza di una norma, che per essi preveda l'adozione *ad substantiam* della forma scritta». Di forma scritta si può parlare solo a «fini diversi dalla validità del contratto» collettivo. Successivamente, sia la giurisprudenza di legittimità (v. Cass. 18.2.1998, n. 1735, RGL, 1999, II, 275) che di merito (Tab. Milano 10.10.1998, OGL, 1998, I, 832) si è uniformata a quest'ultimo orientamento.

In conclusione, ai fini della validità del contratto collettivo e della produzione degli effetti tra le parti stipulanti è sufficiente (Nicolai 1994; la tesi risale comunque a Grasselli 1974a, 73) la c.d. forma integrativa o *ad regularitatem* (Giorganni 1968, 996). Per finalità specifiche, previste dalla legge, come ad esempio l'inderogabilità del contratto collettivo (v. *infra*, § 4.3.2.3.) oppure, da ultimo, gli effetti previsti dagli artt. 3, 2° c., l. n. 402/1996; 2, l. n. 135/1997; 9, 5° c., d.lgs. n. 66/2003; artt. 55, 78, 4° c., 84, 2° c., d.lgs. n. 276/2003, è, invece, richiesta la forma scritta.

to» (Cass. 22.5.1987, n. 4658, MGL, 1987, 328).

Occorre peraltro specificare che la riconduzione del contratto collettivo tra i contratti normativi (Giugni 1988a, 7; Tursi 1996a, 121; Balzarini 1968, 148; Riva Sanseverino 1962, 55; Grandi 1965, 53) viene, a ragione, criticata perché non è in grado di spiegare l'efficacia del contratto collettivo nei confronti dei contratti individuali di lavoro già conclusi al momento della stipulazione del contratto collettivo (Persiani 1972b, 154; Scognamiglio 1971, 151; Cataudella 1966, 552). In secondo luogo, l'efficacia del contratto normativo è di tipo unicamente obbligatorio (v. *infra*, § 4.3.3.1.).

4.3.1. L'efficacia soggettiva

Sommario: 4.3.1.1. Efficacia, rappresentanza e rappresentatività - 4.3.1.2. La dilatazione dell'ambito di efficacia nell'elaborazione giurisprudenziale - 4.3.1.3. *Segue*. Gli interventi sull'art. 2070 c.c. - 4.3.1.4. La dilatazione dell'ambito di efficacia nella legislazione speciale.

Fonti normative: Cost., artt. 36, 39 - c.c., artt. 1398, 2070, 2099 - l. 29.4.1949, n. 264, artt. 14 - l. 19.1.1955, n. 25, art. 11 - d.p.r. 15.5.1963, n. 856, art. 102 - l. 26.6.1965, n. 717, art. 26 - l. 20.5.1970, n. 300, art. 36 - l. 18.12.1973, n. 877, art. 8 - d.p.r. 6.3.1978, n. 218, art. 1 - l. 1.3.1986, n. 64, art. 1 - l. 28.2.1987, n. 56, art. 23 - d.l. 9.10.1989, n. 338, art. 6 - d.l. 20.1.1990, n. 3, art. 1 - d.l. 4.6.1990, n. 129, art. 1 - d.l. 19.1.1991, n. 18, art. 1 - d.l. 22.3.1993, n. 71, art. 2 - l. 28.11.1996, n. 608, art. 5.

4.3.1.1. Efficacia, rappresentanza e rappresentatività — Il contratto collettivo di diritto comune dispiega efficacia **esclusivamente nei confronti degli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti** in virtù del **mandato rappresentativo** conferito dal lavoratore e dal datore all'atto dell'adesione alle rispettive sigle sindacali (*ex plurimis*, Cass. 25.6.1988, n. 4323, GI, 1989, I, 1, 269; Cass. 21.8.1987, n. 7001). Peraltro «il collegamento tra adesione all'associazione e conferimento del mandato rappresentativo, anche se normale, non è però necessario. Ad esempio, nello statuto dell'Assicredito è stabilito che le banche che occupano non più di cento dipendenti possono aderire all'associazione con riserva per quanto attiene all'applicazione dei contratti collettivi. La singola banca, cioè, può aderire all'associazione senza dover necessariamente conferire il mandato rappresentativo» (Giugni 1988a, 10).

In assenza di una diversa previsione statutaria, tuttavia, **l'iscrizione all'associazione sindacale** implica la **dismissione della volontà individuale dei soci a favore del sindacato**, si sostanzia cioè in un **mandato a stipulare contratti collettivi** aventi efficacia diretta nella sfera giuridica dei singoli aderenti con un'indubbia limitazione della loro autonomia individuale (Cataudella 1966, 562). «Nell'aderire alle associazioni sindacali, lavoratori e datori di lavoro esprimono, unitamente alla volontà di associarsi, quella di subordinare il proprio interesse individuale ad un interesse collettivo, di cui l'associazione si fa portatrice, anche nell'esercizio del-

l'attività negoziale» (Sciara 1989a, 69). Se, **condo alcuni** l'attribuzione di tali poteri rappresentativi non costituisce neppure un contratto a se stante, ma unicamente un momento formativo del contratto plurilaterale di associazione (per tutti, Dell'Olio 1980a).

Si è così ricostruito l'interesse perseguito dall'associazione sindacale come **sintesi** e non come semplice somma **dei vari interessi individuali**, riconoscendo al sindacato un potere originario di intervento nell'altra sfera giuridica, pur al di fuori di un'ipotesi di rappresentanza istituzionale (Persiani 1972b, 96). Il vincolo associativo si instaura su base volontaria, ma gli effetti che ne conseguono travalicano il piano civilistico spogliando il lavoratore della facoltà di revocare il mandato negoziale nel corso dell'azione rivendicativa sindacale e di disconoscere i relativi frutti se non tramite il definitivo abbandono dell'associazione di appartenenza. Il dissenso si esplica solo nei confronti del sindacato mandataro non potendo investire singoli momenti della sua attività contrattuale (il singolo iscritto «come non può revocare il mandato prima della sua esecuzione, finché non esce dal gruppo nei modi convenuti, così non può essere neppure d'accordo con il datore di lavoro di sottrarsi all'osservanza del contratto collettivo, concluso in esecuzione del mandato, e derogarlo»: Santoro Passarelli F. 1950). Questa posizione dottrinale, che traeva spunto dalla necessità consolidare l'azione sindacale e di renderla insensibile rispetto ad eventuali interessi particolaristici individuali, non si è peraltro affermata in giurisprudenza,

presunta, sia l'individuazione di principi guida, rivolti allo stesso legislatore ordinario, quanto alla natura dei metodi di accertamento, al carattere che debbono rivestire gli indici di rilevanza di questa rappresentatività (carattere individuato nella proposta secondo due parametri: quello della consistenza associativa, rilevabile attraverso il computo delle deleghe rilasciate ai datori di lavoro per la riscossione dei contratti associativi, e quello del consenso espresso in consultazioni elettorali periodiche). Ovviamente non si prevedeva alcuna modifica al 1° c. dell'art. 39, ribadendosi che l'organizzazione sindacale è libera.

In posizione analoga si poneva anche il **disegno di legge costituzionale n. 1508/s** presentato alla Presidenza del Senato l'11.1.1989 (*RIDL*, 1989, III, 138) su iniziativa dei senatori Giugni, Acquaviva e altri, ripresentato, sotto vesti similari, anche in legislature successive.

Tale testo, riaffermando, da un lato, la disposizione quadro contenuta nel 1° c., dall'altro il metodo democratico quale metodo a cui l'ordinamento interno delle organizzazioni sindacali deve ispirarsi, demandava al legislatore ordinario la determinazione dei criteri per l'individuazione dei sindacati rappresentativi. Differiva dunque dalla proposta di Ghezzi per l'assenza di principi-guida che debbono essere tenuti presenti dal legislatore ordinario nella fissazione delle condizioni richieste per l'attribuzione della rappresentatività.

Le varie proposte formulate manifestano dunque la volontà di non cristallizzare in una norma costituzionale la nozione di "sindacato rappresentativo", per sua natura destinata a cambiare rapidamente ed a seguire l'evoluzione del sistema di relazioni industriali, ma di renderla più facilmente adattabile alla realtà tramite interventi legislativi ordinari. Questo anche in considerazione del fatto che il concetto di "sindacato rappresentativo" dovrebbe essere variamente modulabile in funzione delle diverse prerogative che la legge

La dottrina ha avvertito l'esigenza di una **forma preventiva del testo costituzionale** volta a sopprimere i "cascami inservibili", i "rottami ingombranti e inutili" dell'art. 39 Cost., quali la registrazione e l'acquisto della personalità giuridica, con salvezza tuttavia del fulcro di tale disposizione, che consiste nella valorizzazione del principio proporzionalistico-maggioritario, pur se rapportato ai votanti e non solo agli iscritti. «Riproporsi oggi una modifica dell'art. 39 vuol dire non solo fare opera di chiarezza, ma ritenere effettivamente possibile l'introduzione di un meccanismo alternativo per attribuire l'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi» (Carinci F. 1989a, 66; Ghezzi 1985, 219). Accanto alla revisione della norma costituzionale si caldeggia in dottrina un parallelo intervento del legislatore ordinario concepito «in termini non invasivi, ma iscritto invece in una logica neo-promozionale» (Carinci e Mariucci 1989, 251). «Anche laddove si dovesse privilegiare l'intervento eteronomo, non si potrebbe infatti non riconoscere che questo non ha alcuna possibilità di svolgere una funzione "illuministica", e tanto meno "giacobina". Vale a dire che nessun intervento legislativo in materia di riforma del sistema sindacale, è pensabile senza un preventivo concerto con i maggiori sindacati. In sede legislativa si porrebbero gli stessi dilemmi che si affacciano sul piano della autoregolamentazione» (Mariucci 1988a, 295).

La proposta di legge costituzionale n. 3768 presentata alla Presidenza della Camera dei Deputati il 30.3.1989 (*RIDL*, 1989, III, 153) su iniziativa dei deputati Ghezzi, Zanighi, Barbera ed altri, affrontava i problemi della revisione costituzionale e dell'efficacia del contratto collettivo. Essa prevedeva sia una prescrizione di democraticità dell'ordinamento interno delle organizzazioni sindacali, sia una formula di rinvio alla legislazione ordinaria per quanto riguarda la definizione dei criteri di accertamento di una rappresentatività sindacale effettiva e non soltanto

so, a rappresentare gli interessi di collettività di lavoratori più ampie rispetto a quelle degli iscritti, a rendersi portavoce di interessi unitari di gruppi o di categorie professionali. Si configura come «capacità della organizzazione di interpretare la volontà più che di rappresentarla per esplicito conferimento di un mandato» (Veneziani 1990b, 9); funge da contemperamento del principio del pluralismo associativo, che tende potenzialmente a produrre la frammentazione e la dispersione dei centri di rappresentazione degli interessi (Garofalo M.G. 1985a, 420).

L'indice della rappresentatività è stato adottato per legittimare l'esercizio di determinate attività stabilite dalla legge da parte di selezionati soggetti sindacali (ad esempio, la partecipazione ad organi e collegi pubblici; l'ammissione alle trattative per i rinnovi contrattuali nel pubblico impiego; facoltà di costituire r.s.a. e organismi sindacali unitari). Tuttavia il legislatore non ha osato spingersi, nel settore privato, sino all'attribuzione di una legittimazione negoziale esclusiva a vantaggio delle organizzazioni sindacali dotate di un elevato grado di rappresentatività all'interno delle rispettive categorie professionali di riferimento (Napoli 1989a, 10). Costi come non si sono concretizzate in legge quelle proposte che ancoravano il riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo nazionale alla particolare capacità di convogliare consenso dei soggetti stipulanti. Tali progetti, che prevedevano combinati strumenti di verifica sul campo del livello di rappresentatività raggiunto dalle diverse compagini sindacali, pativano l'esistenza dell'art. 39 Cost. perché prefiguravano comunque meccanismi che, surrogandosi al modello legale, garantivano l'estensione generalizzata dei contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni sindacali espressive di quote considerevoli di lavoratori interessati (contrario all'utilizzo della nozione di rappresentatività per risolvere il problema degli effetti del contratto collettivo e della loro destinazione soggettiva, Grandi 1985, 443).

da sempre fedele al dettato codicistico, anche se con qualche concessione all'estensione generalizzata (v. *infra*, § 4.3.1.2.).

La **rappresentanza sindacale**, intesa come potere del sindacato di agire in nome e nell'interesse degli associati, è stata tradizionalmente ricondotta nell'ambito della **rappresentanza volontaria**, caratterizzata dalla spontaneità del conferimento dei poteri in assenza di un precostituito legame legislativo. La mancata attuazione dell'art. 39 Cost. ha permesso allo schema della rappresentanza sindacale volontaria e associativa di costituirsi «l'architettura del sistema sindacale italiano, almeno fino a quando la contrattazione è stata acquisitiva» (Santoro Passarelli G. 1990c, 53). La diversa qualità dello scambio negoziale collettivo, non più acquisitivo di vantaggi ma distributore di sacrifici per tutti, ha reso precaria la legittimazione di chi ne gozia. D'altro canto il coinvolgimento del sindacato nella gestione della politica aziendale oppure nell'elaborazione di intese concertative di tipo neocorporativo, ovvero la sua stabile integrazione nelle istituzioni pubbliche, hanno reso più labile il nesso rappresentante-rappresentato, «a vantaggio di un ampliarsi del potere che il primo viene chiamato a spendere in proprio per rendere effettiva l'autotutela che non è più solo del sindacato ma dell'organizzazione in quanto tale» (Veneziani 1990b, 11).

L'assunzione da parte del sindacato di compiti esorbitanti rispetto alla semplice intermediazione nell'esercizio dell'attività di autotutela, l'ampliamento del raggio di operatività delle funzioni di rappresentazione, **hanno messo in crisi la qualificazione della rappresentanza sindacale come rappresentanza civilistica**, inducendo la dottrina a profonde rivisitazioni del modello classico di descrizione del rapporto lavoratore-sindacato mandatario con la rivalutazione del concetto di rappresentatività.

La **rappresentatività sindacale** indica l'idoneità del sindacato ad aggregare consen-

attribuisce al soggetto portatore di tale qualifica. Ad esempio, la nozione di "rappresentatività" utile ai fini della legittimazione alla contrattazione collettiva o all'estensione degli effetti della stessa non può coincidere con quella stabilita ai fini della partecipazione ad organismi elettivi di enti pubblici o al C.n.e.l. Appare quindi più opportuno demandare al legislatore ordinario la scelta del concetto considerato più adeguato alle diverse situazioni che si vogliono disciplinare. Tale auspicio è stato peraltro raccolto dalle stesse parti sociali che nel **Protocollo** sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo del **23.7.1993** hanno richiesto un «intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori», con contestuale «eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi» (D'Antona 1993b, 411).

Attualmente la **progressiva perdita di rappresentatività** da parte dei sindacati confederali ed autonomi tradizionali ha ribadito ed acuito il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di lavoro, rendendo in parte superate queste proposte. La debole "presa" dei sindacati sui lavoratori, infatti, non permette di giustificare l'attività contrattuale svolta come efficace per la generalità dei lavoratori, non essendo in alcun modo ricavabile un consenso generalizzato all'operato ed al comportamento contrattuale assunto dalle organizzazioni sindacali. Oltre tutto in presenza di un **mutamento radicale dei contenuti della contrattazione collettiva**, non più finalizzata in via esclusiva al miglioramento dei trattamenti economico-normativi dei lavoratori, ma tesa a "gestire" crisi e riconversioni aziendali, trasferimenti d'azienda e riassetto organizzativo-occupazionali (v. *infra*, § 4.3.2.3), a comporre contrasti sociali (ed in tal caso i sindacati non agiscono in rappresentanza dei singo-

li lavoratori ma come enti esponenziali di interessi collettivi: Cass. 17.2.1993, n. 1963, *NGL*, 1993, 576), a rimuovere in via derogatoria vincoli legali o ad autorizzare il ricorso a tipologie flessibili di lavoro (v. *infra*, §§ 4.3.2.2., 4.6.1.3.), a sottrarre risorse ai lavoratori attraverso norme peggiorative rispetto a quelle pregresse ovviamente nei limiti dei diritti già acquisiti nel patrimonio del lavoratore (c.d. contratti collettivi ablativi). In quest'ultimo caso il contratto collettivo incide sui presupposti di maturazione del diritto, modificando la precedente fonte regolativa, ma conserva inalterate quelle posizioni giuridiche soggettive già perfezionate nei loro elementi costitutivi (Cass. 22.4.1995, n. 4563, *RCDDL*, 1995, 1012; Cass. 23.7.1994, n. 6845; Cass. 17.7.1992, n. 8718, *DPL*, 1992, 2735; v. anche *retro*, § 3.3.5.3.).

Il problema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo si deve pertanto confrontare con la parallela tematica della **garanzia del dissenso individuale e collettivo**. In un sistema contrattuale sostanzialmente acquisitivo il consenso dei lavoratori può ritenersi presunto e dunque la rilevanza e gli effetti di un eventuale dissenso assumono un significato marginale, ponendosi come questioni puramente accademiche. Viceversa laddove il sindacato si indebolisce nella propria base associativa e rappresentativa e la contrattazione subisce i contraccolpi delle crisi economiche e industriali, sopportando intensi processi di riconversione tecnologica in azienda, si rafforza l'interesse a tutelare la voce del dissenso dei singoli lavoratori o di gruppi omogenei di essi. Nel primo caso tramite il riconoscimento della *facoltà di opporsi all'applicazione del contratto collettivo o di singole clausole* (v. § 4.3.1.2.), nel secondo tramite il ricorso ad un *referendum abrogativo* che consenta alla maggioranza qualificata dissenziente (anche se non legata da un vincolo associativo con i sindacati stipulanti) di far cadere l'intero contratto. Naturalmente queste esigenze si amplificano

norma costituzionale peraltro si dovrebbe applicare esclusivamente ai contratti collettivi di categoria di livello nazionale mentre non investirebbe il contratto collettivo integrativo di livello aziendale, prospettando per quest'ultimo scenari senza dubbio più aperti in sede di ricostruzione interpretativa. In realtà la giurisprudenza prevalente ha fornito una lettura sostanzialmente unificata del problema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, ignorando le peculiarità funzionali dei due livelli e equiparando di fondo il rispettivo regime degli effetti (v. *infra*, § 4.3.2.) (Mariucci 1985).

Il tentativo giurisprudenziale di garantire un'**applicazione uniforme del contratto collettivo** si imbatteva nell'impervio scoglio costituito dalla scarsa sindacalizzazione imprenditoriale e dal rifiuto dei singoli imprenditori di conformare la disciplina dei propri rapporti di lavoro ai minimi di trattamento economico-normativo stabiliti dai vigenti contratti collettivi. Il mancato conferimento di poteri rappresentativi alle organizzazioni imprenditoriali stipulanti costituiva la forma le ragione giustificativa per la disapplicazione del contratto collettivo di quel settore produttivo. La carenza di legami associativi ovvero la dimostrazione di aver espressamente escluso qualsiasi delega contrattuale in sede di finanziamento dell'associazione sindacale erano di per sé sufficienti per esonerare il datore dagli obblighi derivanti dal contratto collettivo del settore di appartenenza.

Pur avvalorando tale quadro ricostruttivo la giurisprudenza ha utilizzato alcuni indicatori fattuali e legislativi per vincolare il datore di lavoro al rispetto dei contenuti del contratto collettivo. «Emerge, da questi orientamenti, una sostanziale adesione della giurisprudenza alla più diffusa coscienza sociale, che è, senza dubbio, nel senso della normalità dell'applicazione della contrattazione collettiva al di là dei limiti desumibili da una tradizionale lettura dei principi di diritto comune

4.3.1.2. La dilatazione dell'ambito di efficacia nell'elaborazione giurisprudenziale

— In un lungo arco temporale (fine anni '60 inizio anni '80) si sono consolidati a livello giurisprudenziale una serie di **meccanismi di estensione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo** oltre la cerchia degli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti che hanno in parte aggirato l'ostacolo dell'art. 39 Cost., seconda parte. La

delle obbligazioni e dei contratti» (Ghezzi, Romagnoli 1992a, 162).

Innanzitutto ha ritenuto applicabile il contratto collettivo ogni qual volta le parti individuali prestino ad esso **esplicita o implicita adesione**, indipendentemente dall'iscrizione del datore di lavoro all'associazione sindacale stipulante. Il primo caso si verifica quando il contratto individuale rinvia, quanto alla disciplina di specifici profili del rapporto, ad un particolare contratto collettivo (c.d. *rinvio materiale*) oppure, più genericamente, alla contrattazione collettiva vigente o da stipularsi per quel settore produttivo (c.d. *rinvio formale*) (Cass. 30.7.1992, n. 9145, FI, 1993, I, 1942; Cass. 12.6.1987, n. 5175); il secondo caso invece ricorre quando si provi che il datore di lavoro, nonostante non vi fosse tenuto, ha dato applicazione spontanea, costante ed uniforme al contratto collettivo.

La fonte dell'obbligo a carico del datore di applicare ai dipendenti le disposizioni del contratto collettivo viene in questo caso individuata nel **comportamento concludente** del datore di lavoro («**la perdurante ed uniforme applicazione di clausole o di istituti tipici di un contratto collettivo post-corporativo, compiuta senza alcuna riserva e condizione**, ha in sé una inequivoca significazione di volontaria assunzione di quel contratto come fonte giuridica generale, regolatrice del rapporto di lavoro»: Cass. 19.6.1969, n. 2171, MGL, 1970, 21; Cass. 6.12.1984, n. 6435, GC, 1985, I, 1971; Cass. 27.6.1986, n. 4303; Cass. 5.3.1992, n. 2664, DPL, 1992, 1383). Inoltre l'applicazione ripetuta, prolungata e costante di numerose e significative clausole del contratto collettivo vincola il datore all'osservanza del contratto nella sua interezza (Cass. 30.1.1992, n. 978, RIDL, 1992, II, 531, con nota di Caro; Cass. 6.8.2003, n. 11875, NGL, 2004, 8). Tuttavia non si concretizza un'adesione implicita, idonea a rendere applicabile l'intero contratto collettivo, in ipotesi di semplice utilizzo delle tabelle salariali contenute

tuale), prova che non può ritenersi integrata dalla mera non iscrizione al sindacato stipulante, atteso che il contratto di diritto comune diviene efficace anche nei confronti dei non iscritti in caso di costante e prolungata applicazione delle relative clausole» (Cass. 7.8.1998, n. 7795).

La giurisprudenza inoltre evidenzia una **differenza** fra le due ipotesi di ricezione esplicita ed implicita. In caso di ricezione esplicita il richiamo anche ad un singolo contratto collettivo costituisce indice della volontà di conformare stabilmente la disciplina del rapporto alle previsioni collettive e quindi si considera incluso ogni successivo rinnovo, mentre in caso di ricezione implicita si circoscrive al contratto effettivamente eseguito l'ambito di operatività del rinvio, cosicché il datore non risulta tenuto per il futuro all'applicazione dei successivi rinnovi (Pret. Roma 16.4.1977, OGL, 1977, 439). In entrambe le circostanze incombe sul lavoratore l'obbligo di provare le circostanze dell'avvenuta ricezione, esplicita o implicita, mentre tale onere si considera assolto quando il dibattito processuale fra le parti si sia svolto sul presupposto, anche implicito, dell'assoggettabilità del rapporto individuale al contratto collettivo (Cass. 24.5.1979, n. 3015; Cass. 19.5.1978, n. 2479, FI, 1978, I, 2185). L'accertamento del giudice di merito in ordine al verificarsi di un'ipotesi di ricezione implicita, se correttamente e adeguatamente motivato, non è censurabile in Cassazione (Cass. 3.9.1980, n. 5087; Cass. 13.8.1982, n. 4602, RGL, 1983, II, 385).

Risulta definitivamente consolidato sia in giurisprudenza sia in dottrina, tanto da costituire *ius receptum*, il principio secondo cui il contratto collettivo nazionale è applicabile in via generalizzata a tutti i dipendenti dell'imprenditore affiliato ad un'associazione sindacale stipulante (Cass. 8.8.1978, n. 3867, FI, I, 1978, 2431; Cass. 8.8.1979, n. 4611; Pera 1958, 144; Ichino 1975, 457). **I lavoratori non sindacalizzati**, infatti, **possono sempre invocare l'immediata applicazione**

nei loro confronti del contratto collettivo confidando su di una sorta di «presunzione di rappresentanza» (Dell'Olio 1980a, 172). La questione sembra peraltro aver esaurito il suo corso non solo perché ormai pacifica ma anche perché si riscontra nei fatti, come più sopra osservato, un significativo calo dell'apetibilità di tali contratti e quindi dell'interesse dei lavoratori alla loro applicazione.

Un'ulteriore ed indiretta tecnica di estensione dell'ambito di efficacia del contratto collettivo si rinviene con riguardo ai minimi tariffari. La giurisprudenza dopo aver dichiarato la precettività e l'immediata efficacia anche nei rapporti interprivati dell'art. 36 Cost., a prescindere da interventi legislativi di attuazione, ha rintracciato nelle clausole del contratto collettivo nazionale che stabiliscono la retribuzione tabellare i parametri quantitativi di riferimento per il giudizio di sufficienza e di proporzionalità della retribuzione fissata dalle parti individuali (Pizzoferrato 2002a, 14 ss.). Le eventuali pattuizioni che derogano in senso peggiorativo a quei minimi retributivi sono da considerarsi nulle per contratto diretto con l'art. 36 della Cost. la cui concreta specificazione viene appunto affidata alle clausole retributive del contratto collettivo nazionale (per tutti, in dottrina, Treu 1979; De Cristofaro M.L. 1971; si rinvia comunque in questa sede alla trattazione della giusta ed equa retribuzione contenuta nel vol. II, § 8.7.). Invocando congiuntamente l'art. 2099 c.c. la giurisprudenza si è poi riservata la facoltà di intervenire, nel caso di nullità delle previsioni individuali, per determinare la giusta misura della retribuzione utilizzando come parametri di riferimento i minimi tariffari dei contratti collettivi e dando quindi ad essi una area di applicazione più vasta di quella ricavabile dai principi generali della rappresentanza sindacale. Naturalmente si è precisato che tali limiti non sono vincolanti per il giudice che può fondare la propria decisione di incompatibilità con l'art. 36 Cost. anche su criteri diversi ed in base ad

una valutazione sostanzialmente equitativa (Cass. 25.2.1994, n. 1903, *GI*, I, 1, 1102; Cass. 25.6.1985, n. 3810; Cass. 21.1.1985, n. 237, *RIDL*, 1985, II, 593, secondo cui il giudice deve accertare la natura e l'intensità qualitativa e quantitativa delle prestazioni lavorative del dipendente, nonché le effettive esigenze del medesimo al fine di un'esistenza libera e dignitosa, facendo riferimento al contratto collettivo di categoria «solo come espressione parametrica delle condizioni di mercato e degli equi corrispettivi di lavoro, allo scopo di motivare l'eventuale nullità della retribuzione corrisposta al lavoratore e per determinare la misura della giusta e sufficiente retribuzione spettantegli, indicando nella motivazione della sentenza i criteri di valutazione concretamente utilizzati»; Cass. 15.12.1979, n. 6526, *RGL*, 1979, II, 1234; Cass. 5.11.1979, n. 5719, *GI*, 1980, I, 1, 847; Cass. 20.1.1975, n. 234, *OGI*, 1975, I, 1). In mancanza di un corrispondente contratto collettivo di categoria il giudice può servirsi di contratti di categorie affini per compiere la propria valutazione di conformità all'art. 36 Cost. e per fissare in via sostitutiva l'eventuale standard minimo di trattamento economico (Cass. 18.6.1986, n. 4096; v. anche più sotto).

4.3.1.3. Segue. Gli interventi sull'art. 2070 c.c. — Quanto all'**individuazione del contratto collettivo di diritto comune applicabile al singolo rapporto di lavoro** sono state prospettate in giurisprudenza, con alterne fortune, due opposte tesi: **da un lato** si è fatto ricorso al principio, di natura pubblicistica, secondo cui si applicherebbe al datore di lavoro il contratto collettivo della categoria professionale di appartenenza da determinarsi in relazione all'attività effettivamente esercitata, secondo quanto disposto dall'**art. 2070 c.c.** che costituisce norma inderogabile dalla volontà delle parti. **Dall'altro lato** si è **negata cittadinanza nell'ambito del diritto comune alla norma corporativa** facendosi leva, oltre che sulla sua

della giurisprudenza invece esclude in assoluto la sopravvivenza del vincolo, esaltando il profilo individuale della libertà sindacale e ritenendolo non comprimibile da parte del legislatore ordinario. Così pur confermata l'efficacia circoscritta sui presupposti comuni della rappresentanza sindacale volontaria, la giurisprudenza si spacca quanto al riconoscimento della facoltà di optare per un contratto collettivo diverso da quello individuato con il criterio oggettivo dell'attività produttiva.

Il contratto giurisprudenziale, fra i più accessi dell'ultimo ventennio, ha conosciuto ben quattro distinte e cronologicamente susseguenti, stagioni: una prima, che si colloca nel decennio '80, in cui si è assistito ad una monolitica e non scalfita difesa dell'art. 2070 c.c. (Cass. 1.6.1988, n. 3712, *RGL*, 1989, II, 314, con nota di Ziboni; Cass. 10.11.1987, n. 8289, *MGL*, 1988, 88; Cass. 23.11.1984, n. 6063, *FI*, 1985, I, 1766; Cass. 2.7.1984, n. 3877, *GC*, 1985, I, 1442, con nota di Papaleoni); **una seconda**, transitoria, caratterizzata dalla riscoperta dell'autonomia individuale e dalla consapevolezza che «le categorie professionali hanno rilevanza giuridica non in base a prefissate autoritative classificazioni, bensì in quanto entità risultanti dalla spontanea organizzazione sindacale e dall'autonomia collettiva» (Cass. 9.6.1993, n. 6412, *RIDL*, 1994, II, 293, con nota di Pinto; Cass. 26.1.1993, n. 928, *RIDL*, 1993, II, 692, con nota di Tullini; Cass. 30.1.1992, n. 976, *RIDL*, 1992, II, 531, con nota di Caro; Cass. 6.11.1990, n. 10654; Cass. 4.2.1989, n. 701, *RIDL*, 1991, II, 61, con nota di Vallebona; Pret. Monza 25.10.1995, che ha ritenuto legittima l'applicazione, ai fini della determinazione del periodo di computo, del C.c.n.l. per i dipendenti del settore turismo - pubblici servizi ad una lavoratrice che operava nel servizio mensa di un ospedale); **una terza** in cui si afferma che le parti non possono convenire, tramite apposite pattuizioni individuali, di sottoporre il rapporto alla disciplina di un contratto collettivo diverso da

quello applicabile ai sensi dell'art. 2070 c.c., a meno che il contratto non risulti più favorevole per il prestatore di lavoro (Cass. 6.11.1995, n. 11554, *FI*, 1996, I, 1325; Cass. 6.5.1995, n. 4937; Pret. Roma 3.3.1994, *NGL*, 1994, 157; *contra*, in dottrina: Rusciano 1984, 36; Bortone e Curzio 1984, 189; Pera 1996a, 147, secondo cui «è applicabile solo il contratto rispetto al quale l'impresa si sia obbligata per affiliazione sindacale; ciò anche nell'ipotesi che venga fuori un contratto del tutto innaturale rispetto alle oggettive caratteristiche dell'impresa»; Mazzoni G. 1964, 107); **una quarta**, aperta a cavallo del secolo, **che appare allo stato consolidata**, in cui si ribadisce come il contratto collettivo possiede efficacia vincolante solo per gli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti (e nei limiti della volontà manifestata da tali organizzazioni sindacali) o per coloro che vi abbiano, esplicitamente o implicitamente aderito; di guisa che risultano valide ed efficaci le clausole di accordi aziendali, inclusi quelli stipulati da datore di lavoro e assemblea dei lavoratori (sull'assemblea come forma di organizzazione degli interessi professionali generali, titolare quindi della facoltà di stipulare accordi collettivi e non individuali plurimi, v. *sub* § 3.8., ma sin d'ora, Campanella 2000, 68 ss.; Lassarandari 2001, 45 s.), dirette a stabilire il contratto collettivo di categoria applicabile al personale dell'azienda (Cass. 5.5.2004, n. 8565, *RIDL*, 2005, II, 80, con nota di Greco), così come non è vincolante per il datore l'applicazione del contratto collettivo relativo all'attività di inquadramento a fini previdenziali o assistenziali, ammettendosi una derivazione fra classificazione previdenziale, e quindi minimi contributivi (per cui vale il vincolo), e contratto collettivo applicabile, e quindi minimi retributivi per cui il vincolo cessa (Cass. 22.8.2003, n. 12352; Cass. 7.8.2000, n. 10374; Cass. 5.11.1999, n. 12345, *NGL*, 2000, I: «La classificazione delle imprese ai fini previdenziali e assistenziali (nonché ai fini del godimento di incentivi, della

fiscalizzazione degli oneri sociali o dell'ammisione alla cassa integrazione guadagni) deve avvenire, atteso il rilievo pubblicitario delle previsioni in materia, alla stregua di criteri oggettivi e predeterminati che non lascino spazio a scelte discrezionali o a processi di "autodeterminazione normativa", mentre, in relazione al trattamento economico e normativo dei lavoratori, è consentito alle parti sociali - sia pure nei limiti del rispetto dei diritti fondamentali garantiti al lavoratore dall'art. 36 Cost. - scegliere la contrattazione collettiva destinata a meglio regolare il rapporto, stante il principio di libertà sindacale e la non operatività dell'art. 2070 c.c. nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune]. Si aggiunga che, in presenza di una pluralità di contratti collettivi nell'ambito della stessa categoria, per l'individuazione dei minimi contributivi si deve fare riferimento alle previsioni del contratto collettivo siglato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative del settore, anche in tal caso relegandosi l'autonomia privata solo sul versante della scelta del trattamento economico-normativo (salvo il limite dell'art. 36 Cost.) e non su quello dei relativi effetti previdenziali (Cass. 9.2.2004, n. 2387; Cass. 7.3.2003, n. 3491).

Il residuo ambito di applicazione dell'art. 2070 c.c. è pertanto quello, oltre che del corretto inquadramento previdenziale delle imprese in relazione all'attività effettivamente esercitata nonché della fiscalizzazione degli oneri sociali (su cui v. *sub* § 4.3.1.4.), dell'individuazione della distribuzione equa e sufficiente *ex art.* 36 Cost.: il lavoratore potrebbe invocare la disciplina contrattuale del settore di appartenenza del proprio datore di lavoro solo ai fini della determinazione del trattamento economico minimo di cui al precetto costituzionale (Cass. 23.6.2003, n. 9964; Cass. 9.5.2003, n. 7157: «Pertanto, nell'ipotesi di rapporto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'atti-

vità svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art.* 36 Cost., *deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato*»; Cass. 29.7.2000, n. 10002). Sullo stesso solco si colloca anche quella giurisprudenza di legittimità (Cass. 25.9.2003, n. 14279; Cass. 20.5.2002, n. 7316, *OGL*, 2002, 351; Cass. 30.7.2001, n. 10375) che ritiene che l'individuazione della natura dell'attività effettivamente esercitata, utile ai fini dell'applicabilità dell'art. 18 st. lav, vada operata non facendo riferimento a criteri meramente merceologici ma tenendo conto della valutazione offerta dalla contrattazione collettiva.

L'autonomia individuale riconquista i suoi spazi di azione e la norma corporativa rimane quale regola di *default* e sussidiaria in assenza di una diversa volontà delle parti interessate: non scompare quindi, né viene messa definitivamente «in soffitta», ma perde, almeno con riguardo al contratto collettivo di diritto comune, la sua impronta inderogabile. **Pacificamente** invece l'applicazione dell'art. 2070 c.c. nei confronti dei contratti collettivi recepiti in decreto (v. *retro*, § 4.1.3.), nonché quanto al 2° c. che prevede un criterio dirimente fondato sul rapporto autonomia-accessorietà delle singole attività svolte per l'individuazione del contratto collettivo applicabile in caso di esercizio di attività plurime da parte dell'imprenditore (per tutte, Cass. 4.2.1989, n. 701, *RIDL*, 1991, II, 61; per la verità qualche problema sussiste con riguardo al contratto collettivo "di gruppo", «tutte le volte che il datore abbia optato per l'applicazione di contratti collettivi diversi, nell'ipotesi di attività tra loro non autonome; oppure abbia optato per l'applicazione di un solo contratto collettivo, nell'ipotesi di attività tra loro

autonome»: per la soluzione negativa, valorizzando il ruolo della libertà sindacale e dell'autonomia collettiva, Lunardon 1996, 326-331).

4.3.1.4. La dilatazione dell'ambito di efficacia nella legislazione speciale — Numerosi sono i casi in cui il legislatore è intervenuto per estendere, in via indiretta, l'ambito di efficacia del contratto collettivo. Alcuni di essi sono stati superati da norme successive (come l'art. 14, l. n. 264/1949 riformato dalla l. n. 56/1987) ovvero espressamente dichiarati incostituzionali perché volti a sovrapporre al modello costituzionale un diverso meccanismo di generalizzazione dell'efficacia contrattuale (art. 1, l. n. 1027/1990 su cui *supra*, § 4.1.3.). Altre ipotesi sono state interpretate dalla giurisprudenza (per tutte Corte cost. 18.1.1957, n. 10, *RIDL*, 1957, II, 229, con nota di Suppiej) in senso restrittivo negandosi una lettura della disposizione come impositiva dell'obbligo di rispettare i contenuti del contratto collettivo di riferimento in capo ai datori di lavoro non iscritti ai sindacati stipulanti (ad esempio l'art. 11, l. n. 25/1955 che, in tema di apprendistato, sancisce l'obbligo del datore di lavoro di «osservare le norme dei contratti collettivi di lavoro e di retribuire l'apprendista in base ai contratti stessi»; ovvero l'art. 8, l. n. 877/1973 sul lavoro a domicilio che tuttavia opera esclusivamente sul piano retributivo delle tariffe obbligatorie di cottimo pieno e dunque rimane assorbito nel contenuto precettivo dell'art. 36 Cost. v. *supra*, § 4.3.1.2.).

Di persistenti attualità risultano invece le ipotesi di **fiscalizzazione degli oneri sociali e di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche**.

Sul primo versante l'art. 6, d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989, ha concesso una riduzione del contributo dovuto dal datore di lavoro per le prestazioni del Servizio sanitario nazionale subordinatamente alla corrispondenza ai propri dipendenti di un trattamento

economico «non inferiore a quello stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale», e comunque in relazione ai lavoratori regolarmente denunciati agli istituti previdenziali (art. 6, 9° c.). In tal senso incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare, attraverso idonea documentazione da trasmettere all'I.n.p.s., l'avvenuta osservanza delle soglie minime contrattuali per poter beneficiare degli sgravi contributivi (Cass. 27.7.1995, n. 8211; Pret. Bergamo 23.6.1994, *IP*, 1994, 1011).

Peraltro lo stesso art. 6 all'11° c. ha introdotto una deroga con riguardo alle aree territoriali ad elevato tasso di disoccupazione individuate dall'art. 1, d.p.r. n. 218/1978. Viene sospesa la condizione che siano assicurate le retribuzioni previste dai contratti collettivi vigenti per poter beneficiare dell'alleggerimento contributivo quando le parti recepiscono «gli accordi provinciali stipulati dalle associazioni imprenditoriali ed organizzazioni sindacali locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale che risultino firmatarie del contratto collettivo nazionale o dell'accordo interconfederale di riferimento, finalizzati ad attuare, in forme e tempi prestabiliti, programmi di graduale riallineamento dei trattamenti economici dei lavoratori ai livelli previsti dai predetti accordi nazionali» (art. 2 *bis*, d.l. n. 129/1990, come convertito dalla l. n. 210/1990) (in dottrina Toscano 1991, 91; Nicolini C. A. 1990, 518).

In tal caso si consente la fiscalizzazione anche in assenza di un allineamento delle retribuzioni ai livelli contrattuali, purché vi sia l'adesione del datore di lavoro ai contratti provinciali che, in determinate realtà territoriali sottosviluppate (art. 1, l. n. 64/1986), consentono il graduale differimento dei termini di adeguamento ai minimi contrattuali (Bellomo 1996a, 843). Tale ipotesi di sospensione del limite retributivo in presenza dell'esplicito recepimento dei **contratti di rial-**

za, e non solo quanto ai minimi retributivi, il contratto collettivo del settore di appartenenza, Cass. 26.8.2002, n. 12530).

Per quanto concerne invece l'ipotesi di appalto di opere pubbliche o di concessione di agevolazioni finanziarie e/o creditizie, l'art. 36 st. lav. stabilisce il principio generale per cui all'interno dei capitolati di appalto ovvero nei provvedimenti di concessione dei benefici deve essere obbligatoriamente inserita la clausola c.d. sociale, che impone all'appaltatore o al beneficiario « di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona ». Tale regola era stata peraltro anticipata in due precedenti norme di carattere settoriale: l'art. 102, d.p.r. n. 858/1963 che indicava fra i casi di decadenza dell'esattore la commissione di gravi e reiterate irregolarità fra cui viene annoverato anche « l'inadempimento agli obblighi derivanti dai contratti collettivi di lavoro » (qui la giurisprudenza è intervenuta per precisare che tali obblighi sorgono anche in capo agli esattori non vincolati nei rapporti con i dipendenti da contratti collettivi in quanto non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti: Cass. 1.8.1990, n. 7694; Cass. 6.3.1985, n. 1854); e l'art. 26, l. n. 717/1965, che, in relazione agli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno indicati dalla stessa legge, richiedeva l'obbligo « per il beneficiario e l'appaltatore di applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona ».

La portata oggettiva dell'art. 36 è stata di recente messa in discussione da una importante ordinanza della Cassazione che ha sollevato la questione della legittimità costituzionale del disposto nella parte in cui non estende l'applicabilità della clausola di equo trattamento anche nei casi di concessione di pubblici servizi da parte delle amministrazioni

Nessuna indicazione è invece prevista nel testo legislativo quanto al **settore merceologico di riferimento**: è sorta così un'immediata *querelle* fra quanti ritengono che, in ossequio all'art. 2070 c.c., si debba applicare obbligatoriamente, quale condizione del diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali, i minimi salariali del contratto nazionale del settore di appartenenza del datore di lavoro, anche se lo stesso non sia di fatto applicato o applicabile nell'impresa; e quanti invece che, richiamandosi ai principi di libertà sindacale e di inapplicabilità dell'art. 2070 c.c. con riguardo ai contratti di diritto comune, ammettono quale presupposto costitutivo del diritto *l'applicazione di un qualsiasi contratto collettivo* di livello nazionale stipulato da organizzazioni comparativamente più rappresentative, *senza vincoli di categoria*.

Il primo orientamento interpretativo è unanimemente prevalso in giurisprudenza e si fonda sull'irriducibilità dello standard retributivo minimo previsto dai contratti nazionali operanti nello stesso settore e per imprese analoghe o simili ai fini della concessione dei benefici previdenziali (cfr. Cass. 4.8.2003, n. 12915, *RIDL*, 2004, II, 323, con nota di Pannaiotti; in termini Cass. 26.8.2002, n. 12530, *IP*, 2002, 1187; Cass. 16.6.2001, n. 8177). Sicché non si potrà ritenere soddisfatto il requisito dell'osservanza della retribuzione minima per effetto dell'applicazione di un qualsiasi contratto collettivo nazionale, *doverosi applicare i minimi del contratto relativo al settore di appartenenza dell'attività imprenditoriale che costituisce il parametro oggettivo di riferimento normativo* (secondo un equilibrato bilanciamento fra interessi pubblicistici all'emersione, regolazione e stabilizzazione e libertà individuale e collettiva di autodeterminazione contrattuale), ben potendo le parti, per la restituzione della disciplina del rapporto, rinviare ad altro contratto di categoria (in senso contrario, ritiene che debba applicarsi nella sua interezza

l'estensione *erga omnes* del contratto collettivo nazionale di riferimento è solo strumentale rispetto all'obiettivo finale di ampliare il ventaglio impositivo. E tale estensione dell'efficacia non discende imperativamente dalla norma legislativa ma presuppone la concorde volontà del datore di lavoro che liberamente si determina all'applicazione del regolamento collettivo in vista della fiscalizzazione degli oneri contributivi, « senza alcuna disparità di trattamento fra le varie imprese (art. 3 Cost.) bensì con tutela del diritto delle stesse ad una paritaria distribuzione di oneri e vantaggi » (Cass. 29.8.1987, n. 7145, *IP*, 1988, 478; Cass. 19.8.1986, n. 5096, *NGL*, 1987, 8).

Il pacchetto Treu per garantire una effettiva emersione del lavoro "nero" e quindi per ancorare saldamente la fiscalizzazione proposta ad un progressivo e reale riallineamento retributivo che passi attraverso appositi negoziati sindacali, indica due importanti presupposti per l'operatività del meccanismo derogatorio ed insieme causa estintiva dei reati e delle sanzioni amministrative in materia contributiva. Da un lato fissa le soglie minime percentuali di retribuzione da prendere a riferimento per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale nell'arco dei 36 mesi di durata del programma contrattuale di riallineamento ai minimi tabellari previsti dai contratti collettivi nazionali (art. 23, 1° c., lett. d). Dall'altro individua il contratto collettivo nazionale di riferimento nell'accordo stipulato a livello nazionale dalle organizzazioni sindacali **comparativamente più rappresentative**, con ciò definendo un filtro selettivo più efficace di quello costituito dalla nozione, ormai a "larghe frame", di maggiore rappresentatività e scongiurando quindi il proliferare di "contratti pirata" (per una disamina del concetto legale di sindacato comparativamente più rappresentativo e delle sue applicazioni v. *supra*, § 2.1.1.; quanto invece al sindacato m.r. v. *supra*, § 4.3.1.1.).

lineamento e del conseguente rispetto del loro programma attuativo è stata peraltro recentemente ribadita e specificata (art. 5, l. n. 608/1996) in un contesto di successive proroghe delle detrazioni contributive (art. 1, d.l. n. 3/1990; art. 1, d.l. n. 129/1990; art. 1, d.l. n. 18/1991; art. 2, d.l. n. 71/1993). Nel rinovare il meccanismo derogatorio rispetto alla regola generale che esclude riduzioni contributive in caso di mancata applicazione degli *standard* retributivi previsti dai contratti collettivi di riferimento, il legislatore non ha esitato a precisare alcune modalità operative. In particolare si è chiarito che « la retribuzione da prendere a riferimento per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale è quella fissata dagli accordi di riallineamento »; che l'Ispektorato provinciale del lavoro, nel programmare la propria attività ispettiva in materia, si avvale delle informazioni rese dalle « commissioni eventualmente istituite a livello provinciale dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro al fine di contrastare le forme di lavoro irregolare » (art. 5, 4° e 6° c., l. n. 608); e che « i provvedimenti di esecuzione in corso, in qualsiasi fase e grado, sono sospesi fino alla data del riallineamento. L'avvenuto riallineamento estingue i reati previsti da leggi speciali in materia di contributi e di premi e le obbligazioni per sanzioni amministrative e per ogni altro onere accessorio » [art. 23, 1° c., lett. b), pacchetto Treu].

L'intervento normativo in tema di fiscalizzazione degli oneri sociali si muove quindi nella **duplice logica** della "sanatoria" e del sostegno all'impresa che rispetti i vincoli e gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro: a fronte di un appetibile sconto contributivo (rafforzato nel pacchetto Treu dagli incentivi previsti per i casi di nuova occupazione) si esige la regolarizzazione definitiva, anche se da attuarsi in un arco temporale pluriennale, delle posizioni previdenziali ed economiche dei lavoratori subordinati. L'effetto del-

pubbliche. Si prospetta infatti una disparità di trattamento fra dipendenti di società concessionarie di pubblici servizi e dipendenti di imprese appaltatrici di opere pubbliche in nessun modo giustificabile alla luce della *ratio* che informa tale disposizione consistente «nella volontà di garantire, in tutti i casi in cui, nell'esercizio di un'attività imprenditoriale interviene la p.a. (erogando benefici di vario genere), un livello minimo di tutela ai dipendenti che ne siano coinvolti» (Cass. 16.4.1996, n. 328).

Quanto alla **qualificazione giuridica della clausola sociale**, una prevalente giurisprudenza di legittimità si è espressa nel senso della sua riconducibilità all'interno della fattispecie **contratto a favore di terzo** di cui all'art. 1411 c.c. Di conseguenza viene riconosciuto ai singoli lavoratori un diritto soggettivo nei confronti del datore all'osservanza delle condizioni previste dalla contrattazione collettiva mentre l'interesse della p.a. alla stipulazione è rinvenuto «nella regolare esecuzione dei lavori che sarebbe compromessa dalla litigiosità dei lavoratori, motivata da un loro trattamento meno favorevole di quello stabilito dalla contrattazione collettiva» (Cass. 5.6.1981, n. 3640, *MGL*, 1982, 335; Cass. 29.8.1986, n. 5317; Cass. 21.12.1991, n. 13894, *GI*, 1993, I, 1, 640, con nota di Piccinini; Cass. 25.7.1998, n. 7333, *RIDL*, 1999, II, 459, con nota di Bellavista). La violazione della suddetta clausola legittima i singoli lavoratori ad agire in via diretta ed autonoma nei confronti dell'impresa «promittente» per

4.3.2.1. Una diversa impostazione del problema — Il tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo assume una peculiare connotazione se riferito al livello integrativo aziendale (mentre per il livello territoriale valgono le osservazioni generali formulate in relazione al contratto nazionale). In tale ambito sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno dimostrato una sorprendente originalità creativa stimolata dalla tendenziale anomia riscontrabile in materia. Il problema si presenta rovesciato rispetto all'usuale approccio adottato per il contratto collettivo di categoria. Mentre in quel caso l'esigenza prioritaria consiste nell'individuazione di meccanismi che consentano di superare i limiti della rappresentanza sindacale dal lato imprenditoriale vincendo in via indiretta anche il datore di lavoro non iscritto ad un sindacato stipulante con una presunzione di consenso generalizzato da parte dei lavoratori (v. *supra*, § 4.3.1.1.). Diversamente sul piano aziendale gli effetti ablativi, derogatori o comunque peggiorativi del contratto collettivo annullano tale presunzione ed anzi sollecitano la ricerca di indici che, in senso opposto, garantiscano l'uniformità della disciplina applicabile ai singoli rapporti di lavoro anche in caso di dissenso espresso da singoli lavoratori iscritti alle rappresentanze sindacali stipulanti ovvero non sindacalizzati oppure iscritti ad altre organizzazioni sindacali.

Sebbene generalmente riconosciuti non sono pertanto di utilità pratica in caso di dissenso esplicito i criteri della ratifica per fatti conclusivi di cui all'art. 1399 c.c. (Cass. 7.6.1985, n. 3419; Cass. 11.3.1987, n. 2525; Cass. 27.1.1988, n. 719, *RIDL*, 1988, II, 910, con nota di Maresca) e del consenso prestato dalla maggioranza dei lavoratori come indicativo della volontà dell'intero gruppo (Pret. Prato 5.5.1988; Cass. 9.3.1982, n. 1484). «Non si tratta più soltanto di realizzare la garanzia, in termini giuridici, di una tutela generalizzata e "forte" dei singoli lavoratori contro il pericolo della "inapplicabilità" o del-

la "violazione" da parte del datore di lavoro delle garanzie collettive. Si tratta, all'opposto, di individuare la rilevanza giuridica del "dissenso" da parte del singolo, nei confronti della contrattazione collettiva, divenuta, a volte, veicolo di riduzione - anziché di accrescimento - del *quantum* di tutela individualmente» (Proia 1994a, 4).

La questione dell'efficacia *erga omnes* si pone così dal lato dei prestatori di lavoro, anche se le soluzioni allo stadio più accreditate almeno in giurisprudenza, ricalcano quelle già offerte per il contratto collettivo nazionale. Il quadro ricostruttivo viene tuttavia complicato dalla pluralità di **funzioni** assunte dal contratto aziendale: *stricto sensu* normativa, derogatoria rispetto a discipline legislative protettive (es. artt. 4 e 6 st. lav.; artt. 1 e 5, l. n. 903/1977; art. 1, l. n. 863/1984), gestionale (artt. 4, 11° c., e 5, l. n. 223/1991; art. 47, l. n. 428/1990), transattiva o dispositiva (v. *infra*, § 4.3.2.2.). Sicché le risposte al quesito dell'ambito di efficacia vengono variamente modulate in ragione della specifica fattispecie contrattuale.

Il panorama interpretativo, già segnato da una profonda divisione fra assertori del principio dell'efficacia generalizzata e sostenitori della tesi dell'efficacia circoscritta (Vallebona 1997c), viene trasversalmente arricchito da una pluralità di posizioni intermedie che da un lato ammettono il primo principio ma con limitazioni, dall'altro aderiscono al secondo ma con una banda di eccezioni di estensione variabile (Del Punta 1989, 284).

Le **motivazioni** su cui si fondano i contrapposti orientamenti possono così sintetizzarsi. **A favore della tesi dell'efficacia limitata** militano sia il richiamo alla libertà di organizzazione e attività sindacale, sia i principi generali privatistici in tema di efficacia del contratto di cui all'art. 1372 c.c. e di rappresentanza negoziale (e non già legale o istituzionale) delle organizzazioni sindacali, sia l'assimilazione, per identità di natura, del contratto aziendale con quello di categoria

4.3.2. L'efficacia soggettiva del contratto aziendale

Sommario. 4.3.2.1. Una diversa impostazione del problema - 4.3.2.2. Esiti casistici. I contratti collettivi autorizzatori, derogatori e integrativi - 4.3.2.3. L'ambito di efficacia dei contratti "gestionali".

Fonti normative: Cost., art. 39 - c.c., artt. 1362, 1372, 1399 - l. 20.5.1970, n. 300, artt. 4, 6 - l. 9.12.1977, n. 903, artt. 1, 5 - l. 19.12.1984, n. 863, artt. 1 - l. 28.2.1987, n. 56, art. 23 - l. 29.12.1990, n. 428, artt. 47, 5° c. - l. 23.7.1991, n. 223, artt. 4, 11° c., 5, 1° c., 13, 24 - l. 19.7.1993, n. 226, art. 5 - l. 28.11.1996, n. 608, art. 6, 3° c. - d.lgs. 10.9.2003, n. 276, artt. 11, 1° e 2° c., 20, 23, 1° c., 34, 46, 49, 86.

4.3.2.1

zia che non ammette applicazioni *pro rata* e utilitaristiche del contratto collettivo (Cass. 25.3.2002, n. 4218; Cass. 5.7.2002, n. 9764); sull'incorporazione legislativa derivante dal rinvio con funzioni integrative o modificative (Cass. 11.12.2002, n. 17674, *NGL*, 2003, 297; Cass. 15.6.1999, n. 5953). In ogni caso si riconosce unanimemente la non operatività dell'art. 39, u.c., Cost. sul versante della contrattazione collettiva aziendale.

La giurisprudenza, dunque, navigando a vista con inevitabili oscillazioni, ha assunto una posizione diversificata in relazione alle singole specificità funzionali dei contratti aziendali; ammessa la natura collettiva di tale forma contrattuale, sembrava aver rinunciato ad individuare una regola costante ed unitaria in tema di efficacia soggettiva del contratto aziendale, risolvendo la questione ora in un senso ora nell'altro a seconda del contenuto, del tipo di effetti e dell'eventuale disciplina legislativa di ciascuna fattispecie contrattuale (Cass. 6.7.1988, n. 4458, *NGL*, 1988, 625; Cass. 9.12.1988, n. 6695, *RGL*, 1989, II, 32: il contratto collettivo aziendale ha la medesima natura del contratto collettivo nazionale, «non consistendo nella somma di più contratti individuali, bensì in un atto generale di autonomia negoziale concernente una pluralità di lavoratori, collettivamente e non singolarmente considerati, ai fini dell'uniforme disciplina dei rapporti di lavoro, pattuita, con tutte le garanzie proprie dell'esercizio della funzione di autotutela sindacale, dai rappresentanti delle associazioni dei lavoratori stessi»). Ciò almeno sino alla sentenza della **Cassazione 28.5.2004, n. 10353** (*NGL*, 2004, n. 708) che ha tentato di conciliare le opposte soluzioni riportandole ad una posizione unitaria intermedia e di applicazione generale. Secondo l'autorevole intervento della Corte, che ha anche offerto una «lezione di stile» quanto ai corretti confini di impugnazione ex art. 360, n. 3, c.p.c. delle sentenze che stuiscono in merito all'interpretazione dei contratti collettivi solo per carenza o illoggi-

l'eccezione - in ossequio al principio di libertà sindacale ed in coerenza con il sistema giuridico - 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» (*in v.*, 714). In sostanza i principi costituzionali di libertà sindacale e di libertà contrattuale si frappongono in maniera decisa all'obiettivo di dare una disciplina comune a tutti i lavoratori dell'impresa, inibendo l'accettazione passiva degli esiti di una negoziazione collettiva che rappresenta per alcuni una vera e propria *res inter alios acta*.

In senso analogo, sebbene in via più sfumata, si era peraltro già espressa **Cassazione 5.2.1993, n. 1438** (*RIDL*, 1994, II, 66, con nota di Nogler, in relazione ad un accordo aziendale in materia di incrementi di produttività che prevedeva una ristrutturazione e riarticolazione dell'orario di lavoro), secondo cui la valutazione di efficacia deve essere rimessa ad una preventiva indagine circa la presenza, nelle pieghe complessive del contratto, di condizioni anche migliorative del trattamento economico-normativo che compenso le riduzioni o contrazioni avvertite sotto altri profili. Sicché solo se il contratto produca nel complesso, unitariamente inteso, un peggioramento delle condizioni di lavoro subentrerà il problema dell'efficacia generale o circoscritta, diversamente risultando implicitamente voluto da tutte le parti individuali coinvolte. «Rimane in disparte il caso in cui l'accordo aziendale contenga soltanto disposizioni peggiorative che non trovino compensazione anche parziale in altri vantaggi attribuiti dall'accordo, secondo una considerazione complessiva delle diverse clausole. In tal caso l'estensione dell'efficacia ai lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti configgerebbe con i principi di libertà di

legali di ermeneutica contrattuale ex art. 1362 c.c. non per motivi attinenti al ragionamento decisionale (lezione peraltro destinata all'oblio per effetto della revisione del giudizio di cassazione di cui alla l. n. 80/2005), gli elementi dell'efficacia generalizzata e del diritto al dissenso non sarebbero tra loro in contrasto insanabile ma potrebbero trovare un punto di **equilibrato compromesso**. Nel caso in cui il contratto aziendale risulti di miglior favore (rispetto alla pregressa regolamentazione nazionale o aziendale), *nulla quaesitio*: il consenso del lavoratore è presunto e opera sull'intero testo contrattuale o meglio sulle sue «macroaree» o istituti. Diversamente se il contratto collettivo presenti deroghe *in peius* (circostanza pienamente ammissibile, fermo il limite dei diritti quesiti - Cass. 8.5.2003, n. 7037 -, stante l'assenza di un principio di gerarchia o di specialità nel rapporto tra contratti collettivi dello stesso o di diverso livello per i quali opera invece il criterio della posteriorità temporale e della effettiva ed inequivoca volontà delle parti: da ultimo Cass. 19.5.2003, n. 7847, *MGL*, 2003, 600), il consenso dovrà desumersi dall'iscrizione del lavoratore ad una delle associazioni sindacali stipulanti o dal suo comportamento concludente, rinvenibile non solo in ipotesi di accettazione esplicita del testo contrattuale, ma anche in caso di mancanza di un espresso rifiuto. Qualora invece il lavoratore manifesti esplicitamente il proprio dissenso, quest'ultimo inibirà l'applicazione del contratto collettivo aziendale che si pretende di estendere, ma a quel punto varrà per l'intero nucleo contrattuale e quindi priverà il lavoratore, in assenza di una precedente disciplina collettiva in vigore non ancora scaduta o ultrativa, di una tutela collettiva. Dunque «l'efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali può essere confermata, in funzione delle esigenze che ne risultano perseguite (tutela di interessi collettivi e inscindibilità della disciplina), ferma restandone tuttavia

associazione e di organizzazione sindacale senza trovare il bilanciamento con valori almeno parimenti, ossia cancellerebbe totalmente un sistema tutt'ora fondato su principi privatistici e non attributivo, almeno formalmente, di poteri normativi alle organizzazioni sindacali, ancorché dotate di grande forza rappresentativa».

4.3.2.2. Esiti casistici. I contratti collettivi autorizzatori, derogatori e integrativi — Il suddetto orientamento, pur di valenza generale, non è tuttavia applicabile ad ogni tipologia di contratto aziendale. È necessario pertanto disaggregare la giurisprudenza intervenuta negli ultimi tre lustri in relazione alla varie tipologie di contratto aziendale, rispetto alle quali è stata chiamata a delimitare l'efficacia soggettiva (per quanto concerne i contratti che individuano le prestazioni minime indispensabili in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali si rimanda sin da ora al § 6.3).

Quanto all'**ipotesi puramente normativa del contratto aziendale**, non altrimenti qualificata e quindi operante al di fuori di qualsivoglia richiamo o disciplina legislativa, è dunque consolidata la tesi dell'**efficacia circoscritta**, che attinge alle motivazioni sopra riportate della libertà e del pluralismo del sistema sindacale e dei conseguenti comportamenti negoziali. Il contratto collettivo aziendale che regolamenti alcuni aspetti o profili del rapporto di lavoro non si applica pertanto ai lavoratori apertamente dissenzienti rispetto a quell'ipotesi di accordo, oppure ai lavoratori aderenti ad organizzazioni sindacali non firmatarie (oltre alle due sentenze citate - Cass. n. 10353/2004 e n. 1438/1993 -, v. Cass. 4.5.1994, n. 4295, *NGL*, 1994, 285; Cass. 24.4.1993, n. 4802, *GC*, 1993, I, 1782, con osservazioni di Mariani, che peraltro riguarda un'ipotesi tipica di contratto aziendale quella di cui all'art. 5, 2° c., l. n. 903/1977, che consente la rimozione del divieto di lavoro notturno femminile nelle aziende manifatturiere;

beranza del personale anche attraverso un più razionale impiego, sono stati trattati alla stregua di un'eccezione alla regola dell'efficacia limitata, giustificata dall'esplicito richiamo legislativo nonché dallo scambio, sicuramente vantaggioso, che i dipendenti realizzano attraverso tale forma contrattuale (cedono quote dell'orario di lavoro, in parte compensate dall'intervento della Cassa integrazione, contro la salvaguardia del posto di lavoro). Pertanto l'eventuale rifiuto del datore di lavoro di accettare la prestazione lavorativa offerta da lavoratori non sindacalizzati o non aderenti alle organizzazioni stipulanti in aggiunta rispetto all'orario di lavoro rifiuto «non può mai determinare gli effetti della mora del creditore ed essere quindi illegittimo» (Pret. Napoli 19.5.1982, *OGL*, 1982, 836; in senso conforme Trib. Milano 28.2.1987, *RIDL*, 1987, II, 270; Trib. Milano 9.9.1995, *OGL*, 1995, 572). La finalizzazione del contratto di solidarietà alla conservazione degli esistenti livelli occupazionali oscura gli interessi particolaristici dei singoli lavoratori, vincolandoli a quanto stabilito in sede collettiva (Cass. 24.2.1990, n. 1403, *GC*, 1990, I, 2071, con nota di Lambertucci). D'altronde «la materia regolata (ridefinizione degli orari e dei livelli retributivi) è tale che risulta impensabile un'applicazione non estesa a tutti i dipendenti dell'impresa, ma limitata solo agli aderenti alle associazioni stipulanti. L'intervento legislativo volto a sostenere questa contrattazione implicitamente riconosce e sancisce l'efficacia generalizzata a tutti i dipendenti» (Giugno 1992a, 160; Treu 1985, 14). Gli stessi recenti sviluppi legislativi (artt. 13, l. n. 223/1991, 5, l. n. 236/1993, 6, 3° c., l. n. 608/1996) mentre denotano la volontà politica di riproporre un utile strumento di difesa dell'occupazione reale assicurandogli i necessari sostegni economici, identificano il contratto di solidarietà difensivo in una misura collettiva di intervento, ad applicazione generale, non soggetta ad eventuali clausole di gradimento individuali.

I contratti c.d. autorizzatori, di cui si rinvengono due esempi negli artt. 4 e 6 st. lav., sono stati ricompresi fra quelli ad efficacia *erga omnes* data la loro intima essenza giuridica. Nel momento in cui il legislatore riserva una sfera di competenza diretta al contratto collettivo in materia di autorizzazione all'esercizio di poteri imprenditoriali (nel caso di controllo) all'interno di coordinate già prefissate, dimostra di voler delegare all'atto di autonomia privata una funzione regolamentare ad efficacia necessariamente generalizzata. Il rinvio formale effettuato dalla legge, unitamente alla funzione autorizzatoria assolta da quel particolare "tipo" di accordo aziendale (nel caso si concede al datore di lavoro di installare impianti audiovisivi e di effettuare visite personali di controllo secondo modalità che tutelino la dignità e la riservatezza del lavoratore), fanno decisamente propendere per l'efficacia *erga omnes*. D'altronde «depone in tal senso la fungibilità, legislativamente dichiarata dell'accordo concluso dalle rappresentanze sindacali aziendali con l'autorizzazione concessa dagli organi amministrativi competenti (Ispettorato del lavoro) mediante un provvedimento il cui campo di applicazione non può non comprendere l'intera collettività aziendale» (Romagnoli U. 1979a, 21). «L'accordo ha valore per tutti i lavoratori di un gruppo che siano interessati alla tutela del diritto di subire l'esercizio del potere di controllo secondo correttezza: il dissenso dei singoli, pur se teoricamente sussistente, in quest'ottica non è realisticamente ipotizzabile». In effetti non si è quasi mai manifestata nella pratica, prova ne è l'assoluta carenza di pronunce, attivate da lavoratori dissenzienti, che si siano dovute esprimere sull'ambito di efficacia di tali contratti. «L'accordo funziona quindi come condizione di liceità per l'esercizio del potere di controllo: la determinazione unilaterale del datore e cioè la installazione stessa dell'impianto, deve, ove si presenti il pericolo di un'ambigua utilizzazione, essere subordinata

alla fase dell'accordo» (Veneziani 1979b, 28). Analoghe osservazioni possono estendersi, da un lato, al **contratto collettivo previsto dall'art. 23, l. n. 56/1987**, che "autorizza" il datore di lavoro ad instaurare rapporti a termine al di fuori delle ipotesi tassative di cui alla l. n. 230/1962 e successive modificazioni (si tratta di un contratto stipulato con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale); dall'altro alle **nuove «tipologie» introdotte dalla riforma Biagi**, relative ai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali abilitanti il lavoro supplementare nel *part time* (art. 46, d.lgs. n. 276/2003), ovvero specifici i profili della formazione interna ed esterna dell'apprendistato professionalizzante e in adempimento del diritto-dovere dell'istruzione (art. 49, d.lgs. n. 276/2003), o ancora gli accordi aziendali di transizione per la ultrattività delle co.co.co. (art. 86, d.lgs. n. 276/2003), oppure i contratti collettivi nazionali e territoriali di determinazione dei casi legittimi di somministrazione a tempo indeterminato (art. 20, d.lgs. n. 276/2003) e di lavoro intermittente e discontinuo (art. 34, d.lgs. n. 276/2003) (per tutti, v. Carinci F. 2004a, § 4). In tali casi viene stabilito un rapporto di fungibilità tra legge e contratto collettivo, cui viene assegnata la funzione di integrare il contenuto precettivo della legge "devolvente". Il rinvio specificativo alla fonte contrattuale implica che le disposizioni poste da quest'ultima «operano sul medesimo piano della disciplina generale dettata in materia dalla l. n. 230/1962 e si inseriscono nel sistema da questa delineato» (Cass. S.U. 19.10.1993, n. 10343; Pessi 1985, 347). La piena delega attribuita alla contrattazione collettiva in ordine all'individuazione di nuove ipotesi o facoltà negoziali comporta, oltre all'insindacabilità nel merito delle ipotesi autorizzate, l'elevazione della fonte collettiva al rango normativo con conseguente riconoscimento di effetti generalizzati nei confronti di

tale loro qualità, assumono giuridica rilevanza sul piano della democrazia interna, in quanto suscettibili di modificare il consenso interno e di incidere, attraverso la formazione delle necessarie maggioranze, sulla opzione di addivere al contratto o ad un certo tipo di contratto. Sul piano invece dell'efficacia del negozio tra le (contrapposte) parti stipulanti, tali dissenso, tali dinamiche, tali anche rilevanti fenomeni sono destinati a rimanere privi di effetto ove il contratto collettivo sia stato posto in essere da soggetti che ne avevano il potere e abbia generato negli altri stipulanti corrette aspettative di adempimento». Il contratto possiede quindi forza di legge «per la parte datoriale e per tutti i lavoratori che partecipavano, con l'iscrizione ai sindacati stipulanti, del meccanismo negoziale». Tale ragionamento, del tutto incomprensibile anche nella logica privatistica, perché non si vede il motivo per cui il prestatore iscritto ad un sindacato stipulante venga privato della facoltà di dissenso a posteriori sul prodotto della contrattazione aziendale - specialmente quando le disposizioni, come nel caso della rimozione del lavoro notturno, siano solo peggiorative e non trovino alcuna compensazione in altri vantaggi, anche di diversa natura -, è stato definitivamente superato a partire da Corte cost. 18.10.1996, n. 344 (NGL, 1996, 665; ma v. già Trib. Matera 14.5.1991, FI, 1991, I, 1921; Cass. 3.2.1995, n. 1271, NGL, 1995, 745) sul vincente presupposto della diversa funzione che qui assume il contratto collettivo (derogatoria, autorizzatoria, integrativa rispetto alla legge), quale «fonte del diritto *extra ordinem* destinata a soddisfare esigenze ordinarie di uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro». L'atto dell'autonomia collettiva assurgerebbe «ad elemento costitutivo della fattispecie legale da cui discende l'effetto generalizzato proprio della legge recettiva del contratto collettivo» (Mengoni 1980b, 695). L'autonomia collettiva, pur rimanendo libera di dispiegarsi quanto ai contenuti e alle forme, parteciperebbe della

funzione normativa legale e si colorerebbe di ulteriori obiettivi ed interessi pubblici che si affiancano a quelli di gruppo privatistici (fra gli altri, cfr. Persiani 2004, 12 s.; Zoppoli L. 2002a, 238 ss.; Tursi 1996a, 150 ss.). Peraltro una tensione interpretativa può nuovamente «esplosare» con riguardo ai contratti collettivi nazionali e territoriali che prevedono le condizioni e modalità delle clause elastiche e flessibili e la variabilità temporale massima di queste ultime nel *part time* (art. 46, d.lgs. n. 276/2003), i contratti collettivi nazionali o territoriali che disattivano il divieto imposto ai soggetti autorizzati o accreditati di percepire compensi dal lavoratore per l'attività di intermediazione in relazione a specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti (art. 11, 1° e 2° c., d.lgs. n. 276/2003); le «diverse disposizioni degli accordi sindacali» che superano il divieto di concludere un contratto di somministrazione, con riguardo ad unità produttive interessate da licenziamenti collettivi attuati nei sei mesi precedenti o da perduranti sospensioni/riduzioni di orario di lavoro accompagnate da cassa integrazione (sempre e in quanto siano coinvolti lavoratori adibiti alle stesse mansioni) [art. 20, 5° c., lett. b), d.lgs. n. 276/2003]; i contratti collettivi nazionali, stipulati ai sensi dell'art. 1, 3° c., l. n. 196/1997, che intaccano e derogano al principio generale di parità di trattamento per i lavoratori somministrati (art. 23, 1° c., d.lgs. n. 276/2003). In tali casi infatti, non solo riemerge il vincolo di cui all'art. 39 Cost., ma si tratta di un intervento palesemente peggiorativo rispetto all'assetto contrattuale preesistente o a quello legislativo attuale che può far sorgere il diritto al dissenso, anche se lo stesso dovrà rivolgersi sull'intero contratto, o, quanto meno, sulla macro-area di riferimento (disciplina dell'orario di lavoro, della somministrazione e dell'intermediazione, del licenziamento). **Siffatti rinvii derogatori ed *in peius* della legge all'autonomia collettiva** (che superano, di certo per numero se non

per qualità ed intensità, quelli autorizzatori o suppletivi) riaprono inevitabilmente la questione dell'efficacia *ultra vires*, poiché trattasi di contratti normativi - soggetti al limite costituzionale (non basta qui, per il generico principio di gerarchia delle fonti, il richiamo all'incorporazione legislativa o al «rinvio costitutivo»: v. Vallebona 1997c) -, che incidono direttamente sulle posizioni dei singoli lavoratori e quindi non annoverabili nella categoria dei contratti gestionali. Mentre naturalmente nessuna questione di efficacia si pone con riguardo sia ai contratti nazionali o territoriali che intervengono in via **regolatoria** (o integrativa o suppletiva che dir si voglia) con funzioni di controllo in caso di definizione di limiti quantitativi o modalità procedurali per l'utilizzo di tipi negoziali flessibili, poiché trattasi di ipotesi già autorizzata dalla legge su cui i sindacati svolgono un ruolo *ex post* di vigilanza e di contenimento, sia ai contratti **autorizzatori** poiché, come detto, non solo partecipano, per delega, della natura di fonte legislativa, ma non rappresentano in sé un arretramento, una perdita a carico dei lavoratori, rispetto agli strumenti legislativi o contrattuali esistenti (sulle trasformazioni indotte dal d.lgs. n. 276/2003 nel rapporto tra legge e contratto collettivo cui «cessa di essere attribuita una funzione di tipo organizzativo nel, e regolativo del, mercato del lavoro, che il legislatore ha avvocato a sé in modo pressoché esclusivo, (...) per recuperare una funzione di controllo, operando quale contropotere rispetto al potere negoziale dei datori di lavoro», v. Zoli 2004a, 373; sul punto v. anche Pizzoferrato 2004a, 883 s.); e, in relazione ad essi, le parti manifestano un consenso esplicito, vi aderiscono volontariamente all'atto della stipula del contratto di lavoro (v. Passalacqua 2005, 104: «E così anche il prestatore di lavoro non iscritto al sindacato nella fase dell'assunzione accetta, manifestando il consenso al contratto di lavoro, contestualmente la disciplina collettiva che consente o regola quelle particolari tipologie flessibili di con-

della prestazione da parte aziendale - escludente la sussistenza di una *morà accipitendi* del datore - non possono più far valere la loro mera disponibilità soggettiva alla pienezza della prestazione»; Cass. S.U. 13.10.1993, n. 10112, GC, 1994, I, 372; Cass. 28.2.1992, n. 2477; Cass. 24.1.1991, n. 670; Cass. 15.6.1988, n. 4058, OGL, 1988, 1221; Pret. Torino 14.9.1995, LG, 1996, 148; *contra*, però, la già citata Cass. 5.3.1992, n. 2664, OGL, 1992, 7469).

Un'altra parte, ormai assolutamente prevalente, della giurisprudenza fa invece ricorso al concetto di efficacia indiretta, osservando come tali, peculiari, accordi producano effetti solo nella sfera del datore, costituendo a suo carico un obbligo di conformare l'esercizio dei poteri imprenditoriali alle previsioni limitative poste dal contratto aziendale. Solo in una seconda fase, quando il lavoratore decida di impugnare l'eventuale licenziamento, ossia l'atto in cui si esprime il potere unilaterale, risultano vincolanti nei suoi riguardi le indicazioni del contratto collettivo relative alle concrete modalità di esercizio delle prerogative imprenditoriali. In tal senso si presume legittimo l'atto datoriale di scioglimento del rapporto ogni qual volta sia stato adottato in ossequio a quanto disposto dal contratto collettivo (Cass. 23.1.1993, n. 1102, NGL, 1993, 631, che riconosce l'idoneità del contratto gestionale, avente ad oggetto la ricollocazione presso altra impresa dei lavoratori eccedentari previo licenziamento individuale dei medesimi, a vincolare sia direttamente i lavoratori associati ai sindacati stipulanti sia indirettamente quelli non affiliati, attribuendo a questi ultimi «il diritto di dissentire, impugnando l'atto gestionale concreto - il licenziamento - che li riguarda»; Corte cost. 30.6.1994, n. 268, FI, 1994, I, 2307).

D'altronde i contratti gestionali assolvono la funzione di condizionare e circoscrivere l'esercizio dei poteri datoriali, occupando spazi di negoziazione in aree destinate alla definizione unilaterale del datore. Con tali accordi il datore di lavoro «assume nei confronti del sindacato

to un obbligo avente ad oggetto le condizioni di esercizio dei poteri organizzativi a fronte di ben individuate esigenze dell'organizzazione produttiva» (Liso 1982b, 113). I lavoratori subentrano nella «gestione» della crisi, partecipando e condividendo le scelte aziendali e dunque sopportandone i relativi sacrifici per la salvaguardia del bene maggiore dell'occupazione (Ballestrero 1989, 375; Sciarra 1985, 90). Non avrebbe quindi alcun significato un'eventuale manifestazione di dissenso del singolo perché questa si tradurrebbe in un completo svuotamento dalle cautele predisposte dall'autonomia collettiva senza alcuna prospettiva di mantenimento a livello individuale del posto di lavoro (Miscione 1991d, 320). Si dà luogo ad una volontaria procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali legati alla ristrutturazione e riorganizzazione del complesso produttivo dissestato ovvero alla sua parziale o definitiva liquidazione. Il contratto aziendale costituisce in questo caso espressione «della riduzione volontaria di porzioni della discrezionalità dell'imprenditore, ond'è che esso dovrebbe avere la stessa efficacia generalizzata che hanno i provvedimenti assunti da quest'ultimo nell'esercizio unilaterale dei suoi poteri» (Proia 1994a, 22). Appare innegabile che lo strumento convenzionale subentrante debba possedere lo stesso grado di incisività e la medesima portata applicativa del potere unilaterale sostituito (ed in tal senso risulta assolutamente secondario, sotto il profilo operativo, stabilire se si tratta di effetti diretti o solo mediati attraverso l'esercizio dei poteri datoriali nei confronti dell'intera comunità del personale aziendale).

2307; nello stesso senso anche Corte cost. 18.10.1996, n. 344, *NGL*, 1996, 665). Il giudice remittente rilevava in questa norma la presenza di uno strumento elusivo del disposto costituzionale in quanto volto ad attribuire implicitamente efficacia *erga omnes* al contratto collettivo stipulato ai sensi del menzionato art. 5 (Pret. Torino 27.5.1993, *MGL*, 1993, 311, con nota di Figuratì; Perulli 1992a, 548). Il giudice delle leggi nega in radice la configurabilità di un tale conflitto asserendo, in via palesemente strumentale, la sottoposizione alla norma costituzionale dei soli contratti normativi. L'ipotesi di cui all'art. 5 non apparirebbe a tale specie contrattuale dal momento che «l'efficacia diretta si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti (o del singolo imprenditore nel caso di accordo aziendale). Il contratto collettivo, cui rinvia la norma in esame, incide sul singolo prestatore di lavoro indirettamente, attraverso l'atto di recesso del datore in quanto vincolato dalla legge al rispetto dei criteri di scelta concordati in sede sindacale».

Il formale distinguo operato dalla Corte ha valenza esclusivamente descrittiva, serve unicamente ad evitare censure di illegittimità costituzionale, poiché sotto il profilo effettuale le questioni si scaricano comunque in sede di impugnazione giurisdizionale del recesso, i cui presupposti di validità ed efficacia sono condizionati, vuoi in via diretta vuoi in via presuntiva, dalle previsioni regolative del contratto collettivo. D'altra parte non si può ignorare come la necessità di ricorrere a queste acrobazie interpretative sia in larga parte imputabile ad un atteggiamento non certo coerente del legislatore. Esso apre nuovi spazi alla contrattazione collettiva «senza porre la dovuta attenzione alle regole che devono presiedere al processo negoziale, facendo finta che non si pongano, e drammaticamente, problemi in ordine all'efficacia del contratto collettivo» (Focareta 1992, 330).

Sulla stessa linea argomentativa della Corte costituzionale si pone un'uniforme giuri-

spendenza di legittimità successiva (Cass. 22.6.2004, n. 11634, *NGL*, 2005, 18; Cass. 15.1.2003, n. 530, *NGL*, 2003, 271; Cass. 9.8.2000, n. 11875, *FI*, 2000, I, 3099), secondo cui la contrattazione gestionale e positiva produce effetti immediati solo sul datore di lavoro, costituendo a carico del medesimo un obbligo di conformare i suoi provvedimenti alle previsioni limitative poste dal contratto. «E ben vero, infatti, che il contratto collettivo di diritto comune può avere non solo funzione normativa – in quanto volto a conformare il contenuto dei contratti individuali di lavoro – oppure funzione obbligatoria – quale si esprime nell'instaurazione di rapporti obbligatori, destinati a vincolare soltanto le parti stipulanti dello stesso contratto collettivo (organizzazioni sindacali dei lavoratori, da un lato, e, dall'altro, organizzazioni dei datori di lavoro o, nel caso di contratto aziendale, lo stesso datore di lavoro) – ma, talora, può assumere altresì – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale – funzione gestionale, diretta essenzialmente alla composizione di conflitti (di diritti o di interessi) in forma di transazione o di accertamento, che parimenti spiega la propria efficacia diretta nei confronti di dette parti stipulanti – ma può incidere *indirettamente, tuttavia, su singoli lavoratori* – né è soggetta ai limiti, circa la efficacia *erga omnes*, stabiliti costituzionalmente per i contratti normativi (art. 39 Cost.). Tuttavia l'interpretazione degli stessi contratti collettivi di diritto comune – anche in ordine alla loro funzione ed efficacia soggettiva, oltre che al loro contenuto – è accertamento di fatto riservato al giudice del merito – secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte – e, come tale, può essere denunciata, in sede di legittimità, soltanto per violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale (art. 1362 ss. c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.) oppure per vizio di motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c.), con l'onere per il ricorrente, tuttavia, di indicare specificamente il punto ed il

modo in cui l'interpretazione si discosti dai canoni di ermeneutica o la motivazione relativa risulti obiettivamente carente o logicamente contraddittoria, non potendosi, invece, limitarsi a contrapporre – inammissibilmente – interpretazioni o argomentazioni alternative – o, comunque, diverse – rispetto a quelle proposte dal giudice di merito ed investite dal sindacato di legittimità, esclusivamente, sotto i profili prospettati».

Da segnalare inoltre una recente giurisprudenza di legittimità che equipara la stipula di contratti gestionali alla sottoscrizione di contratti normativi ai fini dell'applicabilità dell'art. 19 st. lav. e quindi della facoltà di costituire r.s.a. in azienda: «anche se le regole previste in un accordo gestionale sono dirette a delimitare l'ambito del potere del datore di lavoro, esse si risolvono in fonte di diritti per i singoli lavoratori che di quegli accordi possono pretendere l'attuazione», di guisa che la circostanza di essere associazione sindacale firmataria di contratto collettivo di natura gestionale integra gli estremi di cui all'art. 19, lett. b) legittimando l'istituzione di r.s.a. ai sensi dello statuto (così Cass. 24.9.2004, n. 19271, *GC*, 2005, 1535 e *RIDL*, 2005, II, 549).

Sintetizzando, infine, dalla complessiva trama giurisprudenziale emerge che il contratto collettivo aziendale nella sua parte normativa è inefficace nei confronti dei lavoratori dissenzienti laddove presenti carattere peggiorativo purché non vi sia un'espressa delega della legge che gli attribuisca una funzione di produzione normativa a tutela di interessi generali; mentre nella sua eventuale parte ge-

stionale possiede efficacia indiretta nei confronti dei lavoratori in quanto pone innanzitutto vincoli per le parti contraenti che si riflettono poi sul legittimo e concreto esercizio dei poteri imprenditoriali, sull'adozione di provvedimenti funzionali al governo dell'azienda. Tale orientamento prevalente, indicato per superare le strettoie dell'art. 39 Cost. con riguardo al contratto normativo nazionale, si giustifica nella necessità di dover fornire una soluzione uniforme per i contratti collettivi gestionali di livello nazionale e aziendale, altrimenti rischiosi di avere, in relazione a previsioni contrattuali dotate della stessa natura e funzione, due distinte forme di efficacia.

Rimane incertezza sulle sorti dei contratti collettivi nazionali o territoriali *derogatori* di cui al d.lgs. n. 276/2003, se essi saranno trattati nell'area dell'efficacia circoscritta in ossequio ai principi generali di libertà sindacale e di rappresentanza civilistica, ovvero se graveranno nell'orbita dell'efficacia *erga omnes* secondo la tesi dell'assimilazione formale alla fonte legislativa, come è accaduto, e si presume accada in relazione alle tipologie previste dalla legge Biagi, per i contratti autorizzatori e integrativi. In ogni caso la nuova stagione politica che sembra prospettare all'orizzonte potrebbe ridimensionare i margini di derogabilità e dunque attenuare il problema applicativo, anche attraverso una rivalutazione dell'intervento *ex ante* e non *ex post* dell'autonomia collettiva ed una riforma complessiva della struttura, soggetti ed ambito di efficacia della contrattazione collettiva.

4.3.3. L'efficacia oggettiva

Sommario: 4.3.3.1. Premessa – 4.3.3.2. L'efficacia immediata – 4.3.3.3. L'inderogabilità *in peius* – 4.3.3.3.1. Il meccanismo tecnico dell'inderogabilità *in peius* – 4.3.3.4. La derogabilità *in melius*.

Fonti normative: c.c., artt. 1322, 1374, 1388, 1723, 1726, 2077, 2113 – 1.1.8.1973, n. 583, art. 6.