

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Facoltà di Giurisprudenza

**Tesi di Dottorato in
Diritto dell'Economia e dell'Impresa
Curriculum in Diritto del Lavoro**

*“L'efficacia soggettiva del contratto
collettivo”*

**Tutor:
Chiar.mo Prof.
Giuseppe Santoro-Passarelli**

**Candidata:
Ludovica Cioffi**

Anno Accademico 2009-2010

INDICE

CAPITOLO I

L'efficacia soggettiva tra autonomia ed eteronomia

1.1 - Il contratto collettivo come manifestazione di autonomia: il periodo liberale.....	1
1.2 - Il contratto collettivo come fonte eteronoma: il periodo corporativo.....	8
1.3 - L'art. 39 della Costituzione e le problematiche derivanti dalla mancata attuazione della sua seconda parte	14

CAPITOLO II

L'efficacia soggettiva in volentes

2.1 - La volontà come condizione di efficacia del contratto collettivo. Rinvio.....	26
2.2 - Le ipotesi di efficacia del contratto collettivo basato sulla volontà. In particolare: l'iscrizione al sindacato	27
2.3 - (Segue) L'adesione al contratto	32
2.4 - (Segue) La clausola di rinvio	39
2.5 - La volontà di recesso. In particolare: il recesso dall'iscrizione al sindacato.....	48
2.6 - (Segue) Il recesso dal contratto collettivo	52
2.7 - (Segue) Il recesso dalla clausola di rinvio	61

CAPITOLO III

L'efficacia soggettiva in nolentes

3.1 - Le tecniche di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo che prescindono dalla volontà. Rinvio.....	64
---	----

3.2 - (Segue) La legge 14 luglio 1959, n. 741.....	65
3.3 - (Segue) Altri meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo previsti dalla legge. La legislazione promozionale: l'art. 36 della legge n. 300 del 1970, la fiscalizzazione degli oneri sociali e i contratti collettivi di riallineamento (in particolare).....	69
3.4 - (Segue) L'estensione dell'efficacia delle clausole retributive ad opera della giurisprudenza	78
3.5 - (Segue) L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi delegati e la questione del contratto collettivo aziendale gestionale.....	86

CAPITOLO IV

Le questioni sul dissenso

4.1 - Conflitto intersindacale, dissenso e accordi separati	99
4.2 - Libertà e pluralismo sindacale: la validità degli accordi separati.....	105
4.3 - L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009	109
4.4 - L'efficacia soggettiva del contratto collettivo nazionale lavoro separato	118
4.5 - (Segue) Gli accordi sostitutivi	124
4.6 - (Segue) Gli accordi modificativi	129
4.7 - L'efficacia soggettiva del contratto aziendale separato.....	133
4.8 - Accordi collettivi separati e volontà individuale del lavoratore.....	138
4.9 - Ipotesi di "ricomposizione" del problema	139

<i>Conclusioni</i>	146
---------------------------------	------------

<i>Bibliografia</i>	150
----------------------------------	------------

CAPITOLO I

“L’efficacia soggettiva tra autonomia ed eteronomia”

1.1 Il contratto collettivo come manifestazione di autonomia: il periodo liberale

Di tutte le diverse e rilevanti questioni relative al contratto collettivo che, anche nel periodo corporativo, avevano diviso la dottrina e la giurisprudenza, i costituenti hanno scelto di disciplinare direttamente con disposizione di rango costituzionale la sola questione dell’efficacia soggettiva, con ciò riconoscendo che si tratta di questione la cui soluzione può avere riflessi sulla caratterizzazione dell’ordinamento giuridico nel suo complesso.

Ed infatti, la questione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo involge ed influenza la soluzione della ancor più fondamentale questione del rapporto autonomia/eteronomia che ha caratterizzato la moderna evoluzione degli ordinamenti giuridici occidentali come conseguenza del riconoscimento in capo ai soggetti dell’ordinamento del potere di dettare a se stessi regole aventi *forza di legge*¹.

E così, durante il periodo liberale, all’autonomia negoziale, in mancanza di una legge che regolasse il rapporto di lavoro, era stato demandato il compito di apprestare condizioni minime di tutela, soprattutto con riferimento alla retribuzione, ambito nel quale risultava preponderante la dittatura contrattuale dell’imprenditore².

¹ Cfr. DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1723, Livre I, Titre I, Section II, n. VII, p. 23. Cfr. anche l’art. 1134 code Napoléon, tradotto ufficialmente in lingua italiana nel 1806 con la formula: “*Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte*”. Ed ora, cfr. art. 1372 Cod. Civ..

² Sulla nascita e sull’evoluzione del fenomeno sindacale cfr. PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, volume XXIV, *Il lavoro*

Ed infatti, le prime negoziazioni collettive furono negoziazioni “*per la tariffa*”³, ed è stata la società dei tipografi di Torino fondata nel 1848 da Vincenzo Steffenone che, nello stesso anno della sua fondazione, riuscì ad ottenere la prima tariffa, ossia il primo contratto collettivo⁴.

Inizialmente le negoziazioni collettive riguardavano una determinata località o una singola impresa, ma, proprio per il loro specifico fine, iniziarono ad allargare il loro campo di applicazione per territorio e per categoria.

Sin da subito, quindi, si pose il problema di definire entro ambiti precisi l’efficacia del contratto collettivo. In particolare, si trattava di risolvere due questioni.

Da un lato, era necessario capire come avvenisse che da un contratto stipulato da un’organizzazione di lavoratori con un’organizzazione di imprenditori, o un imprenditore, potessero derivare in capo ai singoli diritti ed obblighi.

Dall’altro lato, era necessario precisare nei confronti di quali lavoratori e quali datori di lavoro tale contratto avesse effetto.

E così, proprio in assenza di una legge specifica sul punto⁵, si cercò di dare una risposta a tali questioni rinvenendola, per l’appunto, nelle

subordinato, a cura di CARINCI, Tomo I, *Il diritto sindacale*, coordinato da PROIA, Torino, 2007, p. 1 e ss.; PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in corso di pubblicazione in PERSIANI-CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. II, Cedam.

³ Cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Contratto Collettivo di lavoro*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. X, p. 56. Sul concordato di tariffa cfr. G. Messina, *I concordati di tariffa nell’ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, p. 458 ss., ora in L. Meneghini e altri (a cura di), *Scritti di Diritto del Lavoro*, Milano, 1948, p. 3 ss.; LOTMAR, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1984, p. 313 e ss.; A. GALIZIA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1907, p. 23 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, 1917; ZANOBINI, *La legge, il contratto collettivo e altre forme di regolamento professionale*, in *Dir. lav.*, 1929, I, p. 233 ss.; CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1930, p. 116 ss.; nonché, da ultimo, CASTELVETRI, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 847 ss.

⁴ Cfr. RIVA-SANSEVERINO, *op. ult. cit.*, p. 56; CASTELVETRI, *op. ult. cit.*, p. 851.

⁵ Come verrà approfondito successivamente, cfr. *infra*, par. 2.1, in Italia, la prima legge che affrontava anche le problematiche relative al contratto collettivo fu la legge istitutiva del

regole applicabili all'unico tipo di contratto allora conosciuto - il contratto individuale- ossia le regole di diritto comune. E la riconduzione al *genus* del contratto era motivata con ciò che anche il contratto di tariffa risultava “*dall'incrocio di interessi contrapposti*”⁶ che, però, costituiva il “*regolamento di contratti di lavoro futuri*”⁷.

Sulla base di quelle regole, quindi, la prima questione venne risolta ritenendo che le clausole collettive dovevano considerarsi parte dei contratti individuali nei quali si incorporano, producendo, così, una efficacia diretta sui successivi contratti di lavoro tale per cui “*le parti sono dispensate nella conclusione dei contratti di lavoro dal manifestare nuovamente la loro volontà sui patti regolati dal concordato*”⁸.

E tale impostazione si spiega considerando che, data l'influenza del diritto francese, nel Codice Civile del 1865 il contratto era una fonte di obbligazioni, mentre i restanti accordi, produttivi di effetti diversi da quelli regolatori, erano relegati al ruolo di convenzioni⁹.

Senonchè, proprio il riferimento alla legislazione di tipo individualistico e, in particolare, la *communis opinio*¹⁰ del periodo, portava a limitare fortemente l'efficacia del contratto collettivo riconoscendone la sola efficacia obbligatoria, e ciò in ragione del fatto che tutte le limitazioni alla libertà di contrattare “*che non discendono dalla legge*” “*non possono avere che efficacia obbligatoria, non –per così dire- reale*”¹¹.

contratto collettivo, n. 563 del 1926 e relativo regolamento di attuazione R.D. 1 luglio 1926, n. 1130.

⁶ Cfr. in particolare, MESSINA, *op. cit.*, p. 41, nota 145. Tale soluzione fu appoggiata anche dalla giurisprudenza probivirale, cfr., per tutte, Giuria dei Probiviri Milano 30 giugno 1903, *monitore dei tribunali*, 1904, 1037; Giuria dei Probiviri Milano 26 novembre 1903, *ivi*, 1905, 1033.

⁷ Cfr. MESSINA, Ufficio del lavoro, *Atti del Consiglio Superiore del lavoro*, IX Sessione – Giugno 1907, Roma, Officina Poligrafica Italiana, 1907, p. 29 ss.

⁸ Cfr. MESSINA, *I concordati di tariffa*, *op. cit.*, p. 38.

⁹ Sul punto, cfr. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, 1997, p. 18 e ss.

¹⁰ L'espressione è di NOGLER, *Saggio sull'efficacia*, *op. cit.*, p. 19.

¹¹ Così MESSINA, *I concordati di tariffa*, *op. cit.*, p. 43.

La conseguenza del riconoscimento della sola efficacia obbligatoria era, quindi, quella di tollerare una possibile deroga *in peius* del contratto collettivo per opera di quello individuale¹².

Tuttavia, già nei primi studi dell'epoca si avvertiva l'esigenza di collocare il contratto collettivo in una dimensione diversa da quella propria dell'autonomia negoziale¹³ in quanto era stata ravvisata la tendenza del “*regolamento autonomistico*” stipulato dalle parti a “*trasformarsi da figura di diritto subiettivo in norma giuridica obiettiva, ad elevarsi da regola intra partes in precetto super partes*”¹⁴.

E così, rimanendo sempre fermo il mancato riconoscimento della efficacia reale del contratto collettivo, venne assicurata a quel contratto una sanzione di natura obbligatoria perché la sua deroga costituiva violazione di un obbligo al quale sarebbe stato possibile reagire con un'azione risarcitoria¹⁵.

Ed invece, la questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo era stata affrontata partendo dallo schema della rappresentanza volontaria¹⁶ considerando che “*l'intento stesso che nella pratica anima le parti contraenti una tariffa (...) è un intento estensivo a tutti i membri attuali o futuri, della stessa categoria, dello stesso ceto, mestiere o professione (...). La perequazione delle condizioni di lavoro correrà pericolo di non riuscire a limitare od a correggere la concorrenza finché vi sarà chi all'osservanza del concordato non sia tenuto. Onde*

¹² Cfr. ASCOLI, *Sul contratto collettivo di lavoro, (A proposito di recenti sentenze)*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 95 ss.; MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro, cit.*, p. 458 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, 1917, p. 317 ss. Sul problema della derogabilità, o no, del contratto collettivo anche nel periodo precorporativo cfr. VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 1979, pag. 537 ss.

¹³ Cfr. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, 1972, p. 11 ss.

¹⁴ Così MESSINA, *I concordati, op. cit.*, p. 459.

¹⁵ Cfr. MESSINA, *I concordati, op. cit.*, p. 67.

¹⁶ Cfr. MESSINA, *I concordati, op. cit.*, p. 22 ss.; ASCOLI, *Sul contratto collettivo di lavoro, op. cit.*, p. 95 ss.; Secondo LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, 1999, p. 5, “*la più irriducibile delle costanti è la connessione tra efficacia soggettiva del contratto collettivo e schema della rappresentanza negoziale*”.

*quell'intento estensivo può ben qualificarsi come naturale del nostro rapporto, e presumersi finché non sia escluso espressamente dalle parti o tacitamente dalle circostanze che accompagnano la conclusione delle tariffe*¹⁷.

Conseguentemente, rimanendo vincolati allo schema della rappresentanza volontaria, le limitazioni soggettive implicavano che il contratto collettivo potesse esprimere la sua efficacia vincolante solo nel caso in cui il lavoratore fosse iscritto al sindacato stipulante e il datore avesse sottoscritto tale contratto o avesse aderito alle associazioni sindacali dei datori di lavoro stipulanti¹⁸.

Pertanto, proprio l'insoddisfazione per l'inquadramento del nuovo fenomeno negli schemi dell'autonomia negoziale individuale, e la presa di coscienza di tali limitazioni, portava ad auspicare un intervento del legislatore *“per dare una virtù automatica (...) al concordato: i patti stabiliti nel concordato trapasseranno nel contratto di lavoro qualunque sia la dichiarazione contraria fatta dalle parti”*¹⁹.

Del resto, i limiti posti dalla dottrina dell'epoca ben si spiegano considerando anche l'impossibilità in cui essa si trovava di concepire altri protagonisti del fenomeno sindacale che non fossero i singoli individui poiché l'ordinamento statale non contemplava il riconoscimento della personalità giuridica ai sindacati²⁰.

Un importante contributo all'elaborazione dell'istituto del contratto collettivo e, quindi, anche al superamento dei problemi di efficacia venne dato dalla giurisprudenza dei Collegi dei probiviri²¹, istituiti con la legge 15 giugno 1893, n. 295, chiamati a svolgere la funzione in precedenza

¹⁷ Così MESSINA, *I concordati*, op. cit., p. 504-505.

¹⁸ Cfr. PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

¹⁹ Così MESSINA, *Atti del consiglio superiore del lavoro*, op. cit., p. 41.

²⁰ La personalità giuridica ai sindacati venne concessa con il R.D.L. 29 ottobre 1922, n. 1529, alla vigilia, quindi dell'ordinamento corporativo. Sul punto cfr. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia*, op. cit., p. 20.

²¹ Cfr. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1905, I, p. 356.

svolta da collegi arbitrali, episodicamente costituiti per la soluzione dei primi conflitti tra datori di lavoro e lavoratori, e, quindi, la composizione amichevole delle controversie di lavoro²².

Nonostante le intenzioni del legislatore, la funzione conciliativa dei probiviri si rivelò, però, molto modesta. Sicuramente preminente fu la funzione di risoluzione di controversie nelle quali si ebbe la possibilità di supplire, attraverso la produzione giurisdizionale, alla mancanza di una disciplina legislativa del contratto di lavoro che il Codice Civile si limitava a disciplinare in pochi articoli e, peraltro, in modo assai generico. Pertanto, la classe politica del tempo, appoggiata dalla prevalente dottrina giuridica, non teorizzò l'intervento del legislatore in un settore che in quel momento non si sentiva in grado di codificare, ma scelse di affidare ai collegi dei probiviri il compito di rendere esplicito il "diritto operaio" che viveva negli accordi tra industriali e gruppi di lavoratori, nelle consuetudini e negli usi locali.

Peraltro, la giurisprudenza dei probiviri, ben conscia dei problemi di cui si è fatta menzione, preferì una soluzione estensiva dell'efficacia del concordato²³, trovandone il fondamento in alcuni istituti di diritto privato come, ad esempio, sulla teoria della stipulazione a favore di terzi (ai sensi dell'art. 1128 Cod. Civ. del 1865)²⁴; sulla teoria dell'utile gestione; sulla teoria dell'uso; sulla teoria del mandato tacito²⁵.

²² La composizione dei Collegi era paritaria e prevedeva rappresentanti eletti dalle rispettive categorie degli industriali e degli operai. Il Presidente, di cui uno effettivo e l'altro supplente, era nominato con decreto reale su proposta del Ministro dell'agricoltura, industria e commercio, ed era scelto "fra i funzionari dell'ordine giudiziario e fra coloro che possono... essere nominati conciliatori".

L'istituzione dei probiviri non era obbligatoria per tutto il territorio nazionale e per tutti i settori industriali, ma era disposta con un complesso procedimento per decreto reale, che determinava: "l'industria o le industrie per le quali si istituisce il collegio, la sua sede, la sua circoscrizione e il numero dei componenti" (cfr. art.2 della legge n. 295 del 1893).

²³ Giurisprudenzialmente allora sembrava più difficile risolvere il problema dell'assenza di norme in ordine all'efficacia automatica (inderogabilità) del contratto collettivo nei confronti del contratto individuale. In seguito il grado di difficoltà dei problemi si è invertito cfr. *infra* par. 1.3 e cap. II.

²⁴ A parere del Collegio di Milano, 24 febbraio 1903, in *Mon. Trib.*, 1903, p. 475 ss, l'art. 1128 Cod. Civ. del 1865 poteva fornire il "legame che riannoda il contratto collettivo al codice civile".

In particolare, quella giurisprudenza, decidendo secondo equità, teneva conto non soltanto delle prassi e degli usi locali ma anche delle regole dei contratti collettivi che divenivano, così, un parametro di riferimento per la decisione del singolo caso concreto.

Il motivo principale per il quale il legislatore aveva ritenuto di sottrarre alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione di queste controversie può essere individuato nella “*sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi*”²⁶, quindi nell’inadeguatezza del processo ordinario, disciplinato dal codice di procedura civile del 1865, rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori²⁷.

L’istituzione della giurisdizione speciale probivirale rispondeva, quindi, alla necessità di risolvere le controversie di lavoro davanti ad un giudice specializzato, dotato di cognizioni tecniche non comuni, che

Più di recente, per un recupero della teoria del contratto a favore di terzi cfr. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 1965, vol. I. p. 426 ss. il quale A. affianca tale teoria al riconoscimento di una limitata precettività della seconda parte dell’art. 39 Cost., in relazione all’obbligatorietà dei contratti collettivi.

²⁵ Tale teoria fu ritenuta fruibile da MESSINA, *I concordati di tariffa, op. cit.*, per quanto egli non nascondesse “*la grave difficoltà pratica dell’apprezzamento concreto dell’utilità delle tariffe per i membri estranei ed il pericolo che presenterebbe il deferire ai tribunali un giudizio di valutazione degli ideali economici e sociali della classe lavoratrice o di quella degli imprenditori*” p. 510.

²⁶ Cfr. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907), in *Saggi di diritto processuale civile 1900-1930*, vol. I, Roma, 1930, vol. I, p. 389.

²⁷ Osservava CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, terza edizione, Napoli 1923, p. 1323, che “*La necessità di dettare norme particolari per giudizi che interessano persone umili e normalmente incolte (...) in lotta contro avversari potenti (...), per la definizione di questioni richiedenti una pronta liquidazione, doveva naturalmente essere smentita in un paese come il nostro, in cui il processo ordinario è così inadeguato a questo genere di conflitti. Le particolarità riguardano specialmente la conformazione del giudice, l’ordinamento della difesa e il procedimento*”. Ancora più lucidamente nel 1906 REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, 1906, ediz. 1962, p. 618, aveva affermato che: “*in verità alle controversie in materia di contratto di lavoro, controversie di limitato valore, in cui una e una sola delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi, è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento, fatalmente aperto alle interminabili questioni de jure apicibus, appesantito ancor più dal sistema dei gravami, incomprensibile e pertanto ripugnante, per cui soltanto tali controversie hanno, di solito, una urgente importanza. La prova dei fatti e la dimostrazione del diritto riescono in questa sede irraggiungibili per essa (che, di solito, perché oppressa, è attrice), per ciò che il contratto di lavoro è sempre sprovvisto di prove precostituite, spesso di qualsiasi prova ed è di solito rudimentale e non trova nel diritto scritto alcun regolamento speciale; mentre il giudice togato d’altra parte è di solito digiuno di ogni nozione tecnica e di ogni conoscenza dell’ambiente*”.

esulavano dalla consueta esperienza del giudice togato, ritenute indispensabili per la ricostruzione del fatto e/o del diritto.

1.2 Il contratto collettivo come fonte eteronoma: il periodo corporativo

Le questioni sollevate dalla dottrina pre-corporativa in ordine alla efficacia del contratto collettivo e rimaste insoddisfatte dalla sua classificazione quale atto di autonomia privata, furono superate con l'avvento del fascismo in cui, come è noto, l'intero fenomeno sindacale fu inserito nella struttura stessa dello Stato facendo sì che tanto i soggetti investiti del potere di contrattazione collettiva, quanto il prodotto dell'attività sindacale rispondessero all'unica e preponderante istanza alla pubblicizzazione²⁸. In particolare, l'eliminazione del conflitto fu attuata obbligando le due forze antagoniste a cooperare, inserendole in una cornice pubblica diretta a perseguire gli interessi, ritenuti primari, della nazione.

Il modello corporativo fu attuato mediante un'organica disciplina caratterizzata da una lunga serie di interventi, tra i quali un posto di primo ordine occupa sicuramente la legge 3 aprile 1926 n. 563 (e relativo regolamento di esecuzione del 1 luglio 1926, n. 1130)²⁹.

Tale legislazione prevedeva che non potesse essere “*riconosciuta legalmente, per ciascuna categoria di datori di lavoro, lavoratori, artisti o*

²⁸ Per una ricostruzione storica della tematica del contratto collettivo nel periodo corporativo cfr. MARTONE, *La fase corporativa*, in Trattato di diritto del lavoro diretto da PERSIANI – CARINCI, Vol. I, Le fonti del diritto del lavoro, Cedam, 2010; PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit.; LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, op. cit., p. 14 e ss.

²⁹ Con questa legge furono istituiti i sindacati fascisti e il loro monopolio per la rappresentanza dei lavoratori. Le Corporazioni divennero organi di diritto pubblico dell'amministrazione statale, e avevano, secondo il dettato della legge, “*funzioni di conciliazione, di coordinamento ed organizzazione della produzione*”. L'approvazione della legge n. 563 del 3 aprile 1926 segnò la fine dei sindacati non fascisti e le Corporazioni rimasero le uniche strutture che i lavoratori avrebbero potuto utilizzare per tutelare i loro interessi.

professionisti, che una sola associazione” (cfr. art. 6, terzo comma, legge n. 563 del 1926). Le “Corporazioni” rappresentavano, quindi, in maniera unitaria datori di lavoro e lavoratori, ed erano chiamate a svolgere funzioni di natura consultiva, di controllo, conciliativa e, in certa misura, anche normativa³⁰. In seguito al riconoscimento, a mezzo di decreto, l’associazione diventava persona giuridica di diritto pubblico, ente ausiliario dello Stato, sottoposta ad una serie di controlli da parte di quest’ultimo.

Potevano essere costituiti anche sindacati non riconosciuti, la stessa Carta del Lavoro del 1927 parla di libertà sindacale, ma di fatto essi non vennero mai organizzati, non solo per timore del regime fascista, ma anche perché questi ultimi non avrebbero avuto alcuno spazio di manovra rispetto al sindacato riconosciuto dallo Stato³¹.

Ciò in quanto il sindacato veniva dotato del potere di rappresentanza legale di tutti i soggetti (iscritti e non iscritti), appartenenti alla categoria per cui era costituito³². Conseguentemente, il contratto collettivo stipulato dal sindacato riconosciuto era vincolante anche nei confronti dei non iscritti alle associazioni stipulanti (cfr. art. 10 legge n. 563 del 1926) e non poteva essere derogato *in peius* da parte del contratto individuale (cfr. artt. 45 ss. reg. esec.)³³.

La Carta del Lavoro, approvata dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 100 del 30 aprile 1927, rendeva vincolante l’efficacia dei contratti siglati dalle associazioni sindacali riconosciute dalla legge nei confronti di tutti i lavoratori stabilendo che *“il sindacato legalmente riconosciuto e sottoposto al*

³⁰ SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 1972, p. 212 ss.

³¹ Cfr. PROIA, *Dalle origini*, op. cit., p. 7.

³² Per le trasformazioni del sindacato nel periodo corporativo cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Norme corporative, autonomia collettiva, autonomia individuale*, in *Il diritto dell’economia*, 1958, p. 1187 ss., nonché in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 245; BARASSI, *Diritto corporativo e diritto del lavoro*, Milano, 1942.

³³ LUNARDON, *L’efficacia soggettiva*, op. cit., p.15, nota 45.

controllo dello Stato ha il diritto di (...) stipulare contratti collettivi di lavoro obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria” (cfr. art. 3).

Su tali premesse, non stupisce, quindi che il Codice Civile annovera esplicitamente il contratto collettivo tra le fonti del diritto (art. 1 disp. prel. Cod. Civ.), sottoponendolo ad una disciplina specifica (artt. 2067-2077 Cod. Civ.), e ribadisce la regola dell'inderogabilità, se non a favore dei lavoratori (cfr. art. 2077 Cod. Civ.)³⁴.

Va però specificato che non a tutte le clausole più favorevoli del contratto individuale era consentito modificare le clausole difformi del contratto collettivo, bensì soltanto a quelle clausole che giustificate da determinate qualità della persona del prestatore o della prestazione consentivano condizioni più favorevoli per il lavoratore³⁵.

Nell'inquadramento tra le fonti del diritto, esso comunque venne posto in una posizione gerarchicamente subordinata rispetto alla legge e ai regolamenti, in quanto le “*norme corporative*” non potevano derogare alle disposizioni imperative delle leggi e dei regolamenti (cfr. art. 7 disp. prel.).

Il contenuto di tale disciplina è considerato “ancillare” e “meccanico”³⁶ rispetto alla legge n. 563 del 1926, poiché non fa altro che ribadire quelle caratteristiche tipiche del contratto collettivo che erano già state individuate nel testo della legge.

In tale contesto, se non si poteva negare che il contratto collettivo traesse origine dall'incontro di volontà delle associazioni rappresentanti i contrapposti interessi di categoria, tuttavia fu affermato che esso non poteva avere natura contrattuale perché nessuno scambio si realizzava tra

³⁴ Cfr. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro, Appunto critico*, in *Arch. Giur.*, 1928 e ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 181 ss.; DE SEMO, *Natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel diritto sindacale italiano*, Padova, 1931.

³⁵ Cfr. PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo, op. cit.*.

³⁶ Cfr. LUNARDON, *L'efficacia soggettiva, op. cit.*, p.16.

le parti, non esistendo tra le stesse nessuna antitesi di finalità che è propria del rapporto contrattuale³⁷.

Caduto l'ordinamento corporativo³⁸, la preoccupazione del legislatore fu, anzitutto, quella di impedire che i lavoratori rimanessero privi di tutela. E tale preoccupazione fu risolta mediante il regime transitorio introdotto dall'art. 43 d. lgs. 23 novembre 1944, n. 369 in base al quale *“per i rapporti collettivi ed individuali restano in vigore, salvo le successive modifiche, le norme contenute nei contratti collettivi, negli accordi economici, nelle sentenze della magistratura del lavoro e nelle ordinanze di cui agli art. 10 e 13 l. 3 aprile 1926, n. 563, e agli art. 8 e 11 l. 5 febbraio 1934, n. 163, e agli art. 4 e 5 r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721”*.

A seguito di tale intervento, quindi, i contratti di lavoro, così come gli accordi economici collettivi, stipulati durante il periodo corporativo, continuarono ad essere validi³⁹ non soltanto perché non furono oggetto di successiva modifica o sostituzione da parte delle associazioni professionali dell'epoca, ma, anche perché, in caso di successiva modifica, quest'ultima non spiegava efficacia nei confronti dei prestatori e i datori non iscritti all'associazione negoziatrice⁴⁰. In tali circostanze i contratti collettivi corporativi valevano come norme con la conseguenza che potevano essere derogate soltanto da disposizioni di pari rango, ovvero, in caso di disposizioni derogatorie non introdotte da norma di legge, soltanto in presenza di condizioni più favorevoli per i lavoratori⁴¹.

³⁷ Cfr. ZANOBINI G., *La legge, il contratto collettivo e le altre forme di regolamento professionale*, in *Dir. Lav.*, 1929, I, p. 324 ss. A tal proposito, CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1930, p. 116, ha sostenuto che il contratto collettivo ha *“il corpo del contratto e l'anima della legge”*. E' noto come sulla natura giuridica del contratto collettivo corporativo la dottrina non fu mai concorde, sulla questione cfr. DI BERNARDINO, *La vigenza dei contratti corporativi in relazione alla legge 14 luglio 1959, n. 741*, Napoli, 1966, p. 28 ss.

³⁸ L'ordinamento corporativo fu soppresso con il D. Lgs. Lgt. 23 novembre 1944, n. 369.

³⁹ Cfr., a titolo esemplificativo, App. Torino 17 febbraio 1950 in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1950, p. 459; Cass. 13 agosto 1952, in *Dir. Lav.*, 1952, II, p. 366.

⁴⁰ Cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Contratto collettivo, op. cit.*, p. 58.

⁴¹ Cfr. ancora RIVA-SANSEVERINO, *Contratto collettivo, op. cit.*, p. 58. Cfr. anche, in giurisprudenza, Trib. Palermo 14 agosto 1950, in *Dir. Lav.*, 1950, II, p. 380; App. Milano 10

Ma la questione di gran lunga più dibattuta riguardava l'interpretazione dell'inciso “*salve successive modifiche*” per capire, anzitutto, quale fosse l'efficacia da attribuire ai contratti collettivi mantenuti in vita.

E così, anche se sostenuto isolatamente che i contratti corporativi, a seguito della caduta dell'ordinamento corporativo, si fossero trasformati in contratti di diritto privato⁴², la questione è stata risolta nel senso di ritenere che quei contratti mantenessero ferma l'efficacia *erga omnes* che gli era stata attribuita durante l'ordinamento corporativo⁴³.

Altra questione centrale è stata quella di individuare quali fossero le fonti che avrebbero potuto apportare ai contratti mantenuti in vita le “successive modifiche” di cui all'art. 43⁴⁴. E così, inizialmente era stato sostenuto che tali fonti dovessero essere necessariamente superiori al

marzo 1954 e Trib. Milano 3 febbraio 1955 in *Orient. Giur. lav.*, 1955, pp. 78 e 79; App. Trieste 12 luglio 1955, in *Riv. Dir. Lav.*, 1956, II, p. 139; Cass. 7 luglio e 2 agosto 1956, in *Mass. Giur. lav.*, 1957, p. 22 e 54; cass. 18 febbraio 1960, in *Dir. Lav.*, 1960, II, p. 81.

⁴² Cfr. SERMONTI, in *Mass. Giur. lav. I, 1947*, p. 231. DI PILATO, in *Mass. Giur. lav.*, 1950, 3 rilevava “*la cessazione naturale dell'efficacia dei contratti collettivi mantenuti in vigore ... per la soppressione delle organizzazioni sindacali che dovrebbero provvedere alla rinuncia*”. Tale tesi è stata ripresa in giurisprudenza da Cass. 15 novembre 1950, n. 2594 che argomenta rilevando che, caduto l'ordinamento corporativo, le norme corporative siano state mantenute in vita come manifestazione di volontà della cessata organizzazione.

⁴³ Cfr. SIMI, *I vecchi contratti collettivi e le loro successive modifiche*, in *Dir. Lav.*, 1950, II, p. 381; F. SANTORO-PASSARELLI, *Durata transitoria delle norme corporative*, in *Foro it.*, 1951, I, 578 ss; MICELI, *Efficacia dei contratti collettivi e modifica da parte di essi dei contratti di diritto corporativo*, in *Dir. Lav.*, 1950, II, 185. Sull'interpretazione della riserva introdotta nell'inciso dell'art. 43 del d. l. 23 novembre 1944, n. 369, si interroga oggi GIUGNI, *Diritto Sindacale. Lezioni raccolte e rielaborate da Francesco Liso e Mario Giovanni Garafolo*, Cacucci, Bari, 1974, p.133, il quale scarta quelle soluzioni della dottrina che facevano riferimento alla sola possibilità di modifiche *in melius*. In tal caso, infatti, la norma sarebbe stata del tutto superflua, poichè avrebbe ribadito un principio generale del nostro sistema. Egli ritiene invece corretta l'interpretazione che attribuisce all'espressione in esame un significato che legittima i soggetti portatori dell'autonomia collettiva a modificare i contratti collettivi corporativi non solo *in melius*, ma anche *in peius*. Alla base di questa soluzione vi è l'intento di evitare “*il congelamento dell'autonomia collettiva nella sua dinamica evolutiva*”(G. Giugni, *ibidem*, p. 134) il quale rischierebbe di restare ancorata ad istituti che con il tempo potrebbero risultare superati.

⁴⁴ Sull'utilizzo nell'art. 43 del termine “*modifica*” e sulla differenza del diverso termine di “*deroga*” cfr. SIMI, *I vecchi contratti collettivi e le loro “successive modifiche”*, *op. cit.*, p. 382.

contratto collettivo, e, quindi, che i contratti corporativi avrebbero potuto essere modificati soltanto tramite la legge⁴⁵.

La tesi di gran lunga prevalente è stata quella che ha consentito di ritenere che con quell'inciso era stata restituita all'autonomia collettiva privata il potere di disciplinare la materia dei rapporti di lavoro, mediante la stipulazione di contratti collettivi, che, pur non essendo norme⁴⁶, avrebbero potuto modificare quelli corporativi⁴⁷.

Va, comunque, fatto presente che, in un primo momento, la garanzia di una generale osservanza del contratto collettivo fu ottenuta mediante l'inserzione del testo in un provvedimento legislativo⁴⁸.

Tale procedimento fu ben presto abbandonato e, nel frattempo, i contratti collettivi corporativi venivano ad essere sostituiti dai contratti collettivi che, non avendo una specifica regolamentazione, venivano regolati dal diritto comune dei contratti e, per i quali, era stato creato l'appellativo di contratti collettivi di diritto comune⁴⁹.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, sulla base di un'interpretazione adeguatrice della portata dell'inciso di cui all'art. 43 alle mutate condizioni nelle quali quella disposizione è chiamata a

⁴⁵ Cfr. SCOTTO, in *Dir. Lav.*, 1948, I, p. 227; BRUNETTI, *Contratti collettivi vecchi e nuovi*, in *Mass. Giur. lav.*, 1949, p. 251.

⁴⁶ Cfr. Cass., 24 marzo 1956, in *Mass. Giur. lav.*, 1956, 276 con nota di LONGO.

⁴⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Contratto collettivo e norma corporativa*, in *Foro it.*, 1949, I, p. 1069.

⁴⁸ Un esempio tipico è contenuto nel d. l. lt. 2 novembre 1944, n. 303, dove nelle dichiarazioni preliminari viene affermato che "Ritenuto che ... in mancanza di un ordinamento sindacale di diritto, deve provvedersi con atto legislativo a rendere efficaci verso tutti gli appartenenti alle categorie interessate gli accordi convenuti a Roma il 13 ottobre 1944 fra le associazioni di prestatori d'opera e di datori di lavoro di fatto esistenti...". Cfr., sul punto, RIVA-SANSEVERINO, *Contratto collettivo*, op. cit. p. 59.

⁴⁹ La questione della "paternità" dell'espressione è stata oggetto di polemica tra Giovanni Tarello che, in *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, 2ed., Milano, Comunità 1972, p. 53 nota 71, la attribuiva a F. SANTORO-PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. Giur.*, 1950, p. 299 ss, ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 217 ss., e TREU che in *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1968, p. 1643, riteneva che risalisse alla giurisprudenza e solo successivamente fosse stata recepita dalla dottrina. Sull'utilizzazioni di quella espressione si v. anche RIVA-SANSEVERINO, *Il contratto collettivo nella legislazione italiana*, in *Dir. Lav.*, 1946, I, p. 3 ss.

dispiegare efficacia, ha ammesso che l'autonomia collettiva possa derogare *in peius* un contratto collettivo corporativo⁵⁰. Tali modifiche, tuttavia, se sono prodotte dalle associazioni sindacali di diritto comune, dispiegano efficacia, almeno formalmente, soltanto per gli iscritti alle associazioni stipulanti.

1.3 L'art. 39 della Costituzione e le problematiche derivanti dalla mancata attuazione della sua seconda parte

La vicenda del contratto collettivo, ritornato nell'area dell'autonomia privata a seguito della caduta dell'ordinamento corporativo, sembrava destinata, con riferimento alla questione della sua efficacia soggettiva, a concludersi con l'emanazione dell'art. 39 della Costituzione.

Ed infatti, tale articolo avrebbe dovuto (o dovrebbe) consentire la trasformazione del contratto collettivo corporativo, dotato *ex se* di efficacia *erga omnes*, in contratto collettivo dotato di efficacia *erga omnes* in quanto stipulato da un determinato organo e tramite una determinata procedura⁵¹.

In particolare, i commi successivi al primo (che sancisce, con formula piena e incondizionata, che “*l'organizzazione sindacale è libera*”⁵²) stabiliscono un particolare procedimento che permetterebbe ai

⁵⁰ Cass., 16 ottobre 1973, n. 2600, in *Foro it. Rep.*, 1973, voce *Lavoro (contratto collettivo di)*, nn. 17 e 20.

⁵¹ Cfr. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *op. cit.*, p. 17.

⁵² Il principio di libertà sindacale è particolarmente ampio e fa riferimento a qualsiasi organizzazione di natura sindacale. Tali organizzazioni godono di libertà sia dal punto di vista organizzativo sia da quello relativo alla loro attività esterna, e in questa sede rientra anche la libertà di contrattazione collettiva. Secondo PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, p. 10 Libertà è anche quella del singolo di aderire o no al sindacato o di decidere di costituire una nuova organizzazione sindacale. L'A. fa notare come l'esercizio della libertà negativa è tutelato dal nostro ordinamento, anche se in maniera inferiore rispetto alla libertà positiva, poiché quest'ultima non solo è oggetto di una disciplina promozionale (art. 19 e ss. della legge n. 300 del 1970) ma, oltre a ciò, solo l'attività dei soggetti organizzati all'interno del sindacato può

sindacati registrati presso gli uffici pubblici di ottenere la personalità giuridica necessaria per acquisire una peculiare capacità contrattuale da parte del sindacato che potrà partecipare al procedimento di stipulazione di contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes*.

Tale procedimento prevede la partecipazione dei sindacati tramite una “*rappresentanza unitaria*”, alla quale essi partecipano con un numero di voti proporzionale a quello degli iscritti⁵³.

Pertanto, la *ratio* giuridica dei commi terzo e quarto era da individuare nel privilegio che lo Stato concedeva ad enti associativi di natura privata. E il privilegio sarebbe consistito nel porre in essere atti con efficacia normativa *extra ordinem* rispetto ai principi del diritto privato, ossia di un atto in grado di incidere sulla sfera giuridica dei singolo al di fuori di un loro espresso atto di volontà.

L’attuazione del meccanismo previsto dalla seconda parte dell’art. 39 avrebbe, quindi, garantito non soltanto l’efficacia soggettiva del contratto collettivo neutralizzando il dissenso individuale, ma avrebbe risolto anche il problema del conflitto intersindacale⁵⁴.

Senonchè, la dottrina non aveva tardato a far notare che il procedimento individuato dai commi successivi al primo risentiva fortemente dei modelli corporativi⁵⁵ e aveva espresso posizioni molto critiche nei riguardi della seconda parte dell’art. 39, rinvenendovi

produrre effetti su coloro che non aderiscono al sindacato (tramite il procedimento del 4° comma art. 39 Cost.) e solo gli organizzati possono attivare il conflitto (art. 40 Cost.).

⁵³Tale sistema ha, fin da subito, sollevato riserve circa le sue possibilità di traduzione positiva. In particolare, i problemi che si erano posti si riferivano all’accertamento del numero degli iscritti (o del personale impiegato dagli iscritti quando si tratti di associazioni di datori di lavoro), onde determinare il peso rispettivo delle associazioni registrate nelle rappresentanze unitarie dei lavoratori ed in quelle dei datori di lavoro, senza interferire con il principio di libertà sindacale. Sulle varie proposte per la soluzione di tali problematiche cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Contratto collettivo di lavoro*, *op. cit.*, pag 60 ss.

⁵⁴ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. It. Dir. Lav.* I, 2010, p. 487 e ss. Sul problema del dissenso e del conflitto intersindacale cfr. *infra* cap. IV.

⁵⁵ Cfr. TARELLO, *Teorie ed ideologie*, *op. cit.*, p. 20; MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo “erga omnes”*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1963, p. 571.

un'insanabile contraddizione con il principio di libertà sindacale enunciato nella prima parte⁵⁶.

In effetti, risultava difficile far convivere il modello pluralistico e conflittuale nato in forza del 1° comma con il modello istituzionalizzato e, secondo molti, ricco di elementi ereditati dal periodo corporativo, di cui ai commi 2°, 3° e 4°⁵⁷. Sono stati, poi, manifestati timori che la presenza del “super sindacato”⁵⁸ avrebbe potuto mettere in ombra il ruolo dei sindacati considerati singolarmente e valorizzati dall'art. 39, 1° comma⁵⁹, tanto da affermare che mai “*inadempienza del legislatore ordinario fu assistita da una maggiore dose di costituzionalità*”⁶⁰.

Com'è noto, l'impegno del Costituente non diede i frutti sperati e la norma costituzionale, quanto alla sua seconda parte, è rimasta ancora lettera morta, per diversi ordini di motivi⁶¹.

Anzitutto, per difficoltà di ordine tecnico. Ed infatti, per la formazione delle rappresentanze unitarie sarebbe stata necessaria una precisa determinazione del numero degli iscritti di ciascun sindacato. Al fine di risolvere tale questione furono presentate differenti proposte, quali ad esempio l'esibizione degli elenchi degli iscritti alle autorità o la presentazione di una semplice dichiarazione riguardante il numero degli iscritti medesimi da parte dei singoli sindacati, ma tali proposte non raccolsero il consenso unitario da parte delle associazioni sindacali.

In secondo luogo vengono in considerazione motivi di natura storico-politica: più precisamente, la mancata attuazione dell'art. 39 può

⁵⁶ Cfr. PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio, op. cit.*, p. 10 ss.

⁵⁷ Cfr. SERMONTI, *Verso la nuova legislazione sindacale: una soluzione inaccettabile*, in *Dir. Lav.*, 1950, I, p. 14 ss.

⁵⁸ Termine con il quale GIUGNI, *Diritto sindacale, op.cit.*, p. 137 fa riferimento alla rappresentanza unitaria.

⁵⁹ Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale, op.cit.*, *ibidem*.

⁶⁰ Così ROMAGNOLI, *Storia del Diritto Sindacale*, in *Digesto it. Disc. priv. sez. comm.* Utet, Torino, 1989, p.655.

⁶¹ Sulle ragioni della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 cfr. l'ampia ricostruzione di GIUGNI, *Sub. Art. 39*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1979.

essere attribuita, secondo alcuni⁶², alla netta posizione di contrasto assunta dalla CISL in quegli anni. Questo sindacato sosteneva la necessità di non far intervenire lo Stato nelle relazioni industriali, ma dietro questa posizione si nascondeva probabilmente il fondato timore che le rappresentanze unitarie, costituite su basi proporzionali, avrebbero finito con l'attribuire al sindacato rivale, la CGIL, che vantava un elevato numero d'iscritti, una posizione di assoluta preminenza.

Infine, va segnalata la netta posizione di rifiuto da parte dei sindacati che temevano che il procedimento di cui all'art. 39 Cost. si sarebbe attuato in maniera tale da minare la loro libertà. La registrazione richiesta avrebbe, infatti, inevitabilmente comportato un controllo da parte dell'autorità governativa o amministrativa al fine di verificare quell'unica condizione richiesta dall'art. 39, ossia l'esistenza di un ordinamento interno a base democratica.

Altri dubbi riguardavano, poi, lo *status* e la disciplina che si sarebbe dovuta applicare ai sindacati che non avevano richiesto la registrazione o che non l'avevano ottenuta.

L'art. 39 Cost. è stata addirittura definita come “*una norma sbagliata*”⁶³ e la latitanza del legislatore addirittura “*provvidenziale*”⁶⁴ perché il legislatore non avrebbe compreso che l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, che avrebbe avuto comunque natura privatistica e non pubblicistica⁶⁵, avrebbe comportato non una attribuzione di diritti per chi sta fuori da esso, bensì una imposizione di obblighi fatta a fini di autotutela⁶⁶.

⁶² Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale, op. cit.*, p.139.

⁶³ MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo, op. cit.*, p. 570 e ss..

⁶⁴ In questi termini MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo, op. cit.*, p. 570.

⁶⁵ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1956, I, p. 1 ss. (nonché in *Saggi di diritto civile, cit.*, I, pag. 139 ss.). Nello stesso senso M. PERSIANI, *I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale*, in *Dir. Lav.*, 1958, I, p. 97 ss.

⁶⁶ Secondo MANCINI, *Libertà sindacale, op. cit.*, pp. 584 e 574, l'errore commesso dal Costituente consisterebbe nella individuazione del “*gruppo titolare dell'interesse soddisfatto*”.

La dottrina, preso atto della mancata attuazione della seconda parte della disposizione costituzionale, si trovò a dover risolvere gli stessi problemi che si erano posti durante il periodo precorporativo, avendo il contratto efficacia di legge soltanto tra le parti (art. 1372 Cod. Civ.)⁶⁷.

Tuttavia, quella dottrina, arricchita dall'esperienza corporativa, aveva preso atto di ciò che il contratto collettivo doveva essere ricondotto ad un'autonomia diversa da quella individuale, ossia un'autonomia collettiva.

Ed infatti, il superamento della dottrina corporativa si è verificato attribuendo una rilevanza propria agli interessi dei gruppi, considerati

mediante l'attribuzione dell'efficacia universale al contratto collettivo". Per una impostazione in parte diversa cfr. PROIA, Dalle origini, op. cit., pag. 12 secondo il quale tale critica "coglie in parte nel segno ma è troppo severa", poiché utilizza uno spettro di analisi troppo limitato, basato su due soli elementi: da un lato il sindacato considerato come "entità unica in grado di comporre autonomamente al proprio interno ogni differenza", dall'altro i "non soci", non direttamente rappresentati dal sindacato. Secondo tale A. il costituente ha tentato soltanto di "garantire un contemperamento tra l'attribuzione di efficacia generale al contratto collettivo e il principio di libertà sindacale subordinando l'erga omnes ad un meccanismo che prevede la possibilità della partecipazione di tutte le organizzazioni sindacali titolari del diritto di cui al 1° comma dell'art.39".

⁶⁷ Sull'accostamento della dottrina appartenente ai due periodi cfr. TARELLO, *Teorie ed ideologie, op. cit.*, p. 26. Tuttavia, PERSIANI, *Saggio sull'autonomia, op. cit.*, p. 23, nota 66, sottolinea una "sostanziale diversità del clima nel quale le due dottrine considerate si sono mosse" determinata, anzitutto, dal diverso peso del movimento sindacale e, successivamente dalla presenza dell'art. 39 Cost., sul quale si basano le diverse ricostruzioni del contratto collettivo di diritto comune. In secondo luogo, l'A. sottolinea anche una diversità nell'"atteggiamento della giurisprudenza in tema di inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune" che ha determinato un clima diverso da quello esistente nel periodo precorporativo. Infine, non va dimenticato il peso dell'esperienza corporativa e delle dispute che aveva sollevato. L'altro fondamentale problema lasciato insoluto dalla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., ossia quello dell'inderogabilità del contratto collettivo, ha trovato un indiretto ma pressoché sicuro elemento di soluzione con la formulazione dell'art. 2113 Cod. Civ. ad opera dell'art.6 della legge 11 agosto 1973, n. 533. Sull'art. 2113 Cod. Civ. quale inequivocabile riconoscimento dell'inderogabilità del contratto collettivo, si vedano MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 183; ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali nell'ordinamento statale*, in *Riv. Giur. lav.*, 1975, I, p. 466; RUNGGALDIER, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 Cod. Civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980, p. 290; G. SANTORO-PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980, p. 630; MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985.

superiori e quindi destinati a prevalere sui singoli e sugli interessi dei singoli⁶⁸, mediante l'affinamento della nozione di interesse collettivo.

Si tratta di un affinamento in quanto, come già anticipato⁶⁹, la dottrina corporativa aveva individuato che “*gli interessi che con il contratto collettivo si vogliono tutelare sorpassano i confini dei semplici interessi individuali dei soci per assumere l'aspetto del gruppo*”⁷⁰.

Tuttavia, per tale dottrina l'interesse collettivo si esauriva nel momento volontario, riferito necessariamente ai singoli⁷¹.

Ed invece, per la dottrina privatistica, è la stessa volontà di ciascuna delle associazioni ad essere collettiva nel senso che alla base della volontà vi è l’“*interesse di una pluralità di persone ad un bene idoneo destinato a soddisfare non già il bisogno individuale di una o di alcune di esse, ma il bisogno comune di tutte*”⁷².

In questa prospettiva, l'interesse collettivo viene configurato quale sintesi e non somma di interessi individuali, da questi non soltanto quantitativamente ma anche qualitativamente distinto e come tale riferito ai singoli soltanto “*uti universi*” “*giacchè è indivisibile, non diversamente dall'interesse generale*”⁷³.

Non mancarono ovviamente la critica a tale impostazione da parte di chi riteneva che l'interesse collettivo risultava “*viziato da un apriorismo concettuale, da supposte realtà metagiuridiche, non mediata nel linguaggio normativo*”, pertanto “*fino a che non si è individuata*

⁶⁸ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati*, in *Saggi di diritto civile*, op. cit., p. 238.

⁶⁹ Cfr. retro par. 1.1.

⁷⁰ Cfr. GALIZIA, *Il contratto collettivo*, op. cit., p. 86.

⁷¹ Come efficacemente individuato da PERSIANI, *Saggio sull'autonomia*, op. cit., p. 27 ss.

⁷² Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, p. 177. Cfr. anche PERSIANI, *Ancora sull'autonomia privata collettiva*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2008, p. 759 ss.

⁷³ Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione*, op. cit., p. 178.

l'esistenza, nella realtà normativa, di tale qualificazione, non si può usare la formula descrittiva che la riassume"⁷⁴.

Tale teoria è stata, inoltre, criticata perché inadeguata a spiegare l'inderogabilità del contratto collettivo perché, poggiata sulla teoria del mandato, era destinata a cedere nel momento in cui si realizzò che le norme codicistiche "*non prevedono certamente che il mandante*" debba "*restare fedele alla disciplina dell'affare posta in essere dal mandatario*"⁷⁵.

Pertanto, in un primo momento, la teoria dell'interesse collettivo divenne un necessario complemento⁷⁶ del modello costituzionale rimasto inattuato. Successivamente, mentre si prendeva sempre più contezza della mancata attuazione di quella disposizione, la nozione di interesse collettivo si ampliò e si "*istituzionalizzò*"⁷⁷, tanto che si può affermare che fu anche grazie alla mancata attuazione che la teoria dell'interesse collettivo ha potuto svilupparsi in termini autonomi rispetto alle coordinate codicistiche e quelle offerte dal legislatore costituente⁷⁸.

In tale scenario, quindi, quella teoria⁷⁹, arricchita di ulteriori connotati da parte di quella dottrina che ha specificato che l'interesse collettivo costituisce la "*sintesi di interessi finali e strumentali*" dei membri dell'organizzazione⁸⁰ ha fornito la materia prima per la costruzione della fattispecie sindacale in modo preciso e concreto.

⁷⁴ Così GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 30; TARELLO, *Teorie ed ideologie*, op. cit., p. 29 e ss che considera l'interesse collettivo un concetto precostituito a certi fini di politica del diritto.

⁷⁵ Così ora CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, I, *Il diritto sindacale*, Torino, Utet, 1987, p. 259.

⁷⁶ Cfr. LUNARDON, *Efficacia soggettiva*, op. cit., p. 36.

⁷⁷ Così, CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992, p. 116

⁷⁸ Cfr. LUNARDON, *Efficacia soggettiva*, op. cit., p. 37.

⁷⁹ L'interesse collettivo è stato definito come una "*ipostasi giuridica*" da PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit., per il fatto che "*non esiste in natura e, anche se esistesse, non avrebbe rilevanza giuridica prima, ed al di fuori, della nascita dell'organizzazione sindacale e degli atti che essa pone in essere in vista della sua realizzazione*"

⁸⁰ Cfr. PERSIANI; *Saggio sull'autonomia*, op. cit., p. 56; Sul punto, cfr. anche PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

In particolare, è stato precisato che l'interesse collettivo rileva sul piano del diritto soltanto se, ed in quanto, venga individuato e selezionato dalla coalizione dei lavoratori organizzati per la propria tutela. Conseguentemente, il sindacato non soltanto è l'organizzazione destinata a perseguire l'interesse collettivo, ma è anche l'organizzazione che determina la rilevanza propria di quest'ultimo sul piano giuridico formale⁸¹.

Parallelamente, su un piano di indagine completamente diverso, si è cercato di trovare soluzioni che, pur essendo compatibili con l'efficacia privatistica del contratto collettivo, tenessero conto anche dell'efficacia fondamentale *eteronoma* del contratto collettivo, sul presupposto che le teorie individualistiche non riuscissero a pervenire alla piena vincolatività ed inderogabilità del contratto nei confronti dei singoli.

Proprio la concezione dell'originarietà del potere sindacale ha consentito la configurazione del sistema delle relazioni intersindacali quali un vero e proprio ordinamento giuridico originario⁸².

La nozione di ordinamento intersindacale configura il sistema di relazioni industriali come organizzazione comune delle fonti sulla produzione giuridica, e cioè come ordinamento, che trova origine nel riconoscimento reciproco tra i sindacati della propria funzione rappresentativa. In tale prospettiva, le relazioni sindacali possono essere concettualmente ordinate nella nozione di un ordinamento giuridico originario e indipendente da quello statale⁸³.

⁸¹ Cfr. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia*, op. cit., p. 74; Cfr. anche PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

⁸² Cfr. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano 1960.

⁸³ Sulla circostanza che l'autosufficienza dell'ordinamento intersindacale non è riconosciuta dall'ordinamento statale cfr. PERA, *Sulla teoria dell'ordinamento intersindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, p. 256 ss. Si veda anche PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, op. cit. pag. 52 secondo il quale "se pure esistono organizzazioni dotate di un ordinamento interno, questo tuttavia è pur sempre condizionato da quell'ordinamento che ha la funzione di realizzare la vita sociale, coordinando le sfere di azione ed i possibili rapporti tra i componenti la collettività e, cioè, dall'ordinamento giuridico statale".

Certamente, per la spiegazione tecnico-legale dell'efficacia del contratto collettivo sui rapporti individuali di lavoro non si può non operare all'interno del diritto statale poiché la peculiarità dell'ordinamento sindacale risiede nella circostanza che le norme sindacali sono rivolte a regolare non soltanto il comportamento dei soggetti collettivi stipulanti (parte obbligatoria del contratto collettivo) ma sono destinate soprattutto ad avere efficacia nei confronti dei lavoratori e dei datori di lavoro (parte normativa del contratto collettivo).

Tale "modello" non consente, però di fondare un "*ordinamento originario con rinuncia di quello generale ad ingerirsi nelle materie dallo stesso regolate*"⁸⁴.

Riassumendo i termini del discorso si può affermare che il problema dell'*erga omnes* fu affrontato, inizialmente, facendo riferimento al dualismo tra privatizzazione e costituzionalizzazione, successivamente il panorama dottrinario si è fatto più complesso e frammentato a causa dei tanti cambiamenti indotti dalla rivoluzione tecnologica, dalla crisi economica e dalla terziarizzazione del mondo del lavoro. La frammentazione della problematica ha comportato, di conseguenza, una moltiplicazione delle posizioni dottrinali.

Parte della dottrina costituita dai cosiddetti *trentanovisti*⁸⁵, propugnava l'intervento legislativo come soluzione idonea al riordino del sistema⁸⁶, altri sostenevano le capacità del diritto privato di dar risposta a questi problemi, pur sottolineando la necessità di coordinare gli interventi

⁸⁴ Così DELL'OLIO, (voce) *Sindacato, (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1990, p. 680.

⁸⁵ In proposito e per un approfondimento sul gruppo dei *trentanovisti* vedi LUNARDON, *op. cit.*, p. 75 nota 11.

⁸⁶ Cfr. CARULLO, *Si può efficacemente ovviare alla carenza di una legislazione sindacale?*, in *Riv. Dir.lav.*, 1990, p.291 ss.

legislativi per introdurre “*procedure atte a consentire modalità adeguate di rappresentazione dei vari interessi in gioco*”⁸⁷.

Vi sono poi i sostenitori del sistema di fatto, che rivalutano il principio di effettività come collante dell’intero sistema. Quest’ultimo si pone in alternativa, non tanto alla norma costituzionale, quanto alla sua attuazione⁸⁸. Altri ribadiscono, invece, la necessità di ricondurre il potere di contrattazione al suo unico fondamento di legittimazione: il consenso⁸⁹.

Infine c’è chi tenta di ricostruire il contratto collettivo in un’ottica puramente costituzionale, facendo perno esclusivamente sul 1° comma dell’art. 39, al quale attribuisce enormi potenzialità⁹⁰. Le considerazioni di questi ultimi esponenti della dottrina, sembrano tese a dar vita ad una “terza via”, che si pone a cavallo tra il modello costituzionale e quello privatistico. In questa ottica il contratto collettivo è dotato di una forte tipicità sociale e “*riesce a definirsi da se, costituendo una figura sui generis, in grado di assicurarsi autonomamente, o al massimo con un modesto aiuto del diritto civile, gli effetti della inderogabilità e della generale vincolatività*”⁹¹.

Va, comunque, considerato che la mancata attuazione dell’art. 39 Cost. ha permesso all’azione e all’organizzazione sindacale “*di esplicitarsi secondo modelli via via diversi, per tener conto delle profonde modificazioni intervenute nelle stesse relazioni industriali in conseguenza*

⁸⁷ R. DEL PUNTA, *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 159 ss. Si veda ancora BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989, I, p. 357 ss.

⁸⁸ Cfr. PROSPERETTI, *L’efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Angeli, Milano, 1989; Idem, *Intervento* in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998 p. 199 ss.; SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993; Idem, *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano 1998, p. 228 e ss.

⁸⁹ Cfr. TURSI, *L’autonomia collettiva tra flessibilità del lavoro e sicurezza sociale*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 214.

⁹⁰ Cfr. PEDRAZZOLI, *Qualificazione dell’autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, I parte, in *Lav. Dir.*, 1990, n.3, p.389.

⁹¹ Cfr. LUNARDON, *op. cit.* p. 76 e, in particolare, note 17-18 per il dibattito tra Pedrazzoli ed Ichino sull’argomento.

della evoluzione del contesto politico, economico e sociale nel quale quelle relazioni si svolgono”⁹² e di costituire un sistema sindacale di fatto, che si basa su un diritto sindacale “senza norme”⁹³ ma anche “senza lacune”⁹⁴.

E ciò non solo perché il sistema sindacale è governato direttamente dal 1° comma dell’ art. 39 Cost., ma anche perché “il legislatore, sia con i suoi silenzi, sia con i collegamenti che ha nel tempo istituito con il fenomeno sindacale, ha accolto e fatto propri determinati assetti di interessi ed equilibri”⁹⁵.

Il comportamento del legislatore va, quindi, considerato non solo dal punto di vista del suo “silenzio”, ma anche da quello del suo apprezzamento nei confronti di questo “sistema sindacale di fatto”, il quale è espressione del principio dell’autonomia privata e “che porta ad attribuire ai prodotti negoziali che da esso scaturiscono un rilievo ed una tutela eccezionali rispetto a qualunque altro atto di autonomia negoziale”⁹⁶.

Non bisogna, però dimenticare che non sono mancati, nell’esperienza giuridica sindacale, i tentativi di dare attuazione alla seconda parte dell’art. 39 Cost.

Primi fra tutti, si ricorda il disegno di legge elaborato nel 1951 dal Ministro del Lavoro On. Rubinacci. Tale progetto, oltre a dettare norme eccessivamente stringenti in materia di sciopero, giungeva a stabilire un controllo sull’effettività dell’ordinamento democratico prevedendo addirittura un potere di revoca delle registrazioni da parte del Ministro, qualora l’associazione registrata avesse commesso “gravi e reiterate

⁹² Cfr. PERSIANI *Diritto Sindacale*, Padova, 2009, p. 26.

⁹³ Cfr. PROIA, *Dalle origini, op. ult. cit.*, p. 20. Espressione mai scritta ma utilizzata da F. SANTORO PASSARELLI. Cfr. anche DELL’OLIO, *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, 4, p., 21; PERSIANI, *Diritto sindacale, op. cit.*, p. 4.

⁹⁴ Cfr. DELL’OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 96, 2002, p. 518.

⁹⁵ Cfr. PROIA, *Dalle origini, op. ult. cit.*, p. 20.

⁹⁶ Cfr. PROIA, *Dalle origini, op.ult. cit.* p. 21.

violazioni delle norme statutarie tali da menomare l'ordinamento democratico".

Probabilmente, la configurazione del potere in capo al Governo di revocare la registrazione in base a criteri di non facile interpretazione, spinse all'epoca i sindacati a rifiutare tale progetto.

Vanno anche menzionate le “*osservazioni e proposte sull'attuazione degli art. 39 e 40 della Costituzione*” presentate dal CNEL nel 1960 , ma rimaste anch'esse lettera morta⁹⁷.

⁹⁷ Vedi Progetto del CNEL, *Osservazioni e proposte sull'attuazione degli articoli 39 e 40 della Costituzione*, *Assemblea 24 giugno 1960, n.16*, in www.portalecnel.it

CAPITOLO II

“L’efficacia soggettiva in volentes”

2.1 La volontà come condizione di efficacia del contratto collettivo. Rinvio

Una possibile chiave di lettura del problema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo può essere ricercata ponendo al centro dell’indagine l’elemento della volontà.

Ciò in quanto, come insegnato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, *“dopo la soppressione dell’ordinamento corporativo i contratti collettivi (...) possono avere efficacia soltanto in volentes”*⁹⁸ e cioè, soltanto nei confronti delle parti del rapporto di lavoro che si siano volontariamente *“assoggettati ad essi, accettandoli nell’esercizio di una libera attività negoziale”*⁹⁹.

E tale conclusione è motivata sia con la considerazione della *“natura negoziale e privatistica dei contratti e degli accordi economici postcorporativi”*¹⁰⁰, sia con il richiamo al principio di *“libertà e autodeterminazione sindacale”*¹⁰¹.

Alla luce di tale insegnamento, e data la mancata attuazione dell’art. 39 Cost., si tratta, quindi, di individuare e selezionare i comportamenti dai quali desumere la volontà delle parti di assoggettare il rapporto individuale di lavoro alla normativa collettiva, senza, però, dimenticare che vi sono meccanismi di estensione di efficacia soggettiva del contratto che trascendono la volontà delle parti del rapporto di lavoro.

⁹⁸ Cass. sez. un. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. Civ.* 1997, I, p. 1200.

⁹⁹ Cass. 23 settembre 1987, n. 7280, in *Mass. Giur. lav.*, 1987, p. 52.

¹⁰⁰ Cfr., per tutte, Cass. sez. II, 10 luglio 1971, n. 2222, in *Foro It.*, 1972, I, 1049.

¹⁰¹ Cfr., fra le altre, Cass. 30 gennaio 1992, n. 976, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 535; Cass. 9 giugno 1993, n. 6412, in *Not. Giur. Lav.*, 1994, p. 155

E così, in assenza di regole, è stata affidata alla stessa giurisprudenza l'individuazione dei comportamenti fondati sulla *quaestio voluntatis*.

2.2 *Le ipotesi di efficacia del contratto collettivo basato sulla volontà. In particolare: l'iscrizione al sindacato*

Come visto, a seguito della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., il contratto collettivo è stato ricondotto al *genus* dei contratti di diritto comune e la giurisprudenza e la dottrina erano state indotte ad utilizzare strumenti privatistici per fondare l'efficacia dello stesso contratto.

E lo strumento privatistico al quale si fece maggiormente ricorso era quello del mandato con rappresentanza dal quale derivava che l'obbligo di uniformarsi alla disciplina collettiva sussisteva soltanto nel caso di iscrizione del datore e del lavoratore ai sindacati contrapposti, e in caso di adesione, implicita o esplicita, al contratto stesso¹⁰².

Pertanto, uno degli elementi che impone o esclude l'applicazione del contratto collettivo è stato individuato, sulla base degli artt. 1723, secondo comma, e 1726 Cod. Civ. che dispongono l'irrevocabilità del mandato conferito, nell'iscrizione all'organizzazione stipulante sia del lavoratore, quanto del datore di lavoro.

Orbene, l'iscrizione al sindacato stipulante comporta la volontà negoziale di accogliere, quale disciplina del proprio rapporto di lavoro, i

¹⁰² In questo senso cfr. App. Torino, 12 dicembre 1947, in *Dir. Lav.*, 1948, II, p. 141; Trib. Roma, 7 agosto 1948, *ivi*, 1949, II, p. 84; Trib. Roma, 23 novembre 1948, *ivi*, 1949, II, p. 83. In dottrina cfr. RIVA-SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1960, p. 123; SIMI, *la funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*, Milano, 1961, p. 58; F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, *op. cit.*, p. 179 ss; *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, *op. cit.*, p. 219 ss.

diversi contratti collettivi che quella organizzazione dovesse stipulare nel tempo¹⁰³.

A questa conclusione la giurisprudenza è giunta sia ritenendo che, con quella iscrizione, le parti del rapporto di lavoro conferiscano al sindacato la rappresentanza dei propri interessi, sia ritenendo che mediante l'iscrizione al sindacato le parti subordinino i propri interessi individuali all'interesse della collettività professionale in vista di una uguale subordinazione degli interessi individuali dei partecipanti all'interesse collettivo¹⁰⁴.

In altri termini, con tale iscrizione, le parti manifestano la volontà di adeguare la disciplina del proprio rapporto di lavoro alle regole che, con il contratto collettivo, le organizzazioni sindacali stabiliscono nell'interesse di ciascuno e insieme di tutti¹⁰⁵.

Senonchè, il ricorso alla teoria del mandato che richiedeva, per l'appunto, l'iscrizione di entrambi i soggetti della prestazione lavorativa si era rivelato ben presto inadeguato a spiegare il concreto evolversi delle relazioni sindacali¹⁰⁶, e, quindi, era stato successivamente abbandonato per ricercare una costruzione dogmatica idonea a “*serrare nelle sue linee la realtà sociale e giuridica del contratto collettivo*”¹⁰⁷.

¹⁰³ A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 559 ss. Cfr. anche A. CATAUDELLA, *Vincolatività del contratto collettivo e permanenza del vincolo associativo con la parte stipulante*, nota adesiva di commento alla sentenza del Pretore di Roma 16 aprile 1977, in *Dir. Lav.* 1978, II, p. 44.

¹⁰⁴ Cfr., ancora, Cass. Sez. un. 26 marzo 1997, n. 2665 cit; Corte Cost., 26 giugno 1969, n. 105, in *Mass. Giur. lav.*, 1970, p. 172.

¹⁰⁵ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, op. cit., p. 177 ss; ID., *Inderogabilità dei contratti collettivi*, op. cit., p. 218 ss.

¹⁰⁶ Il Tribunale di Roma, con una sentenza del 7 agosto 1948, in *Dir. Lav.*, 1949, II, p. 84, si era, infatti, trovato a risolvere un caso in cui un datore di lavoro iscritto ad una associazione sindacale contestava di dover applicare il contratto nei confronti di un suo ex dipendente che non era iscritto alla contrapposta associazione dei lavoratori. In tale situazione il Tribunale di Roma aveva risolto la lite a favore del prestatore di lavoro argomentando sul presupposto che, con l'iscrizione al sindacato, il datore di lavoro si era impegnato ad applicare i contratti collettivi verso tutti i dipendenti, ingenerando negli stessi “*l'accettazione implicita di tale contratto e la legittima aspettativa di tale osservanza*”.

¹⁰⁷ Così PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di lavoro di diritto comune*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, Padova, 1958, p. 141.

Ed infatti, i primi segni di insofferenza erano stati già manifestati da parte di chi aveva realizzato che non era corretto sostenere che l'adesione alla organizzazione sindacale non poteva contenere *sic et simpliciter* un mandato per la stipula di un contratto collettivo¹⁰⁸. Ed infatti, tale asserzione appariva insufficiente nel caso in cui il contratto collettivo fosse stato stipulato non dall'associazione al quale il singolo aderisce, bensì da un'organizzazione complessa di secondo o terzo grado. In tale circostanza, infatti sarebbe stato necessario rilasciare due mandati da parte del singolo.

Ed ancora, era stato sottolineato come il mandato esige che il mandante abbia in proprio il potere che conferisce al mandatario, e la possibilità di stipulare un contratto collettivo non era nella disponibilità del singolo.

Tale costruzione è stata poi sviluppata e risolta nel senso di ritenere necessaria l'adesione al sindacato stipulante del solo datore di lavoro.

E ciò sul presupposto che il contenuto dell'obbligazione assunta dal datore di lavoro con l'iscrizione è quello di un impegno preventivo ad uniformarsi al contratto collettivo di lavoro, adeguando al medesimo il contenuto dei contratti individuali di lavoro di cui egli stesso è parte¹⁰⁹.

Tale ricostruzione permetteva di far sì che della contrattazione collettiva ne fruissero sia i lavoratori dipendenti dall'impresa, al momento dell'adesione del datore di lavoro all'organizzazione sindacale, sia i lavoratori che fossero stati assunti successivamente in costanza dell'adesione stessa.

In tale prospettiva *“la contrattazione collettiva non spezza e non contravviene all'uniformità delle condizioni di lavoro già acquisite nell'impresa mediante il potere unilaterale del datore, ma a questo potere*

¹⁰⁸ Cfr. CESSARI, *La forza obbligatoria del contratto collettivo di diritto comune*, in *Studi parmensi*, 1952, p. 185.

¹⁰⁹ Cfr. PERA, *Fondamento ed efficacia*, *op. cit.*, p. 144. ss

*si sovrappone, condizionandolo, sempre in senso uniforme e unitario*¹¹⁰.

Ciò equivale a dire che il datore di lavoro, aderendo al sindacato, è obbligato ad applicare il contratto collettivo de esso stipulato e non può quindi attuare trattamenti differenziati all'interno dell'azienda.

Tale conclusione non riposa però sull'obbligo del datore di osservare un medesimo atteggiamento nei confronti di tutti i dipendenti, altrimenti l'obbligo in questione deriverebbe dal principio di parità e sarebbe del tutto estraneo rispetto alla scelta datoriale di aderire al sindacato¹¹¹.

Ed invece, tale obbligo discende, in maniera diretta, dal rapporto interno che si instaura tra lo stesso datore e la sua organizzazione sindacale.

Ed infatti, con l'adesione al sindacato, il datore pone dei limiti al proprio potere contrattuale, il quale non potrà più esprimersi liberamente, ma dovrà essere in linea con le decisioni adottate dall'associazione sindacale, pena l'inadempimento nei confronti dell'associazione di appartenenza¹¹².

Tale ricostruzione sarebbe stata, quindi, idonea a spiegare la “*clamorosa*” situazione venutasi a creare nel giugno del 1954 quando la CGIL non firmò l'accordo sul conglobamento delle retribuzioni stipulato

¹¹⁰ Così, PERA *Fondamento ed efficacia, op. cit.*, p. 144 ss.

¹¹¹ Secondo LUNARDON, *L'efficacia soggettiva, op. cit.*, p. 268, sarebbe azzardato, in questo caso, fare riferimento al principio di parità di trattamento se si tiene conto che, all'epoca, l'esistenza di tale principio veniva fortemente negata dalla giurisprudenza piuttosto è il vincolo che il singolo datore di lavoro assume aderendo al sindacato a fondare l'efficacia generale del contratto. Ed infatti, occorre considerare che, prima della sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 1989, in *Riv. it. dir. lav.* 1989, II, 389, con nota di PERA, la giurisprudenza unanime della Corte di cassazione a sezioni unite era consolidata, nel senso che nel nostro ordinamento giuridico non esiste un principio generale di parità di trattamento nei negozi intersoggettivi privati tale da precludere all'autonomia collettiva o individuale la possibilità di determinare, al di là di certe condizioni minime garantite dall'art. 36 Cost. e salvo limiti particolari, differenziate posizioni retributive e tale, quindi, da imporre l'attribuzione di un identico trattamento economico, a parità di qualifica o di mansioni, a tutti i lavoratori dipendenti da una stessa impresa. Sulla parità di trattamento retributivo cfr. anche SANTUCCI, *L'art. 36 della Costituzione, la parità retributiva e l'autonomia negoziale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 2, p. 241.

¹¹² Cfr. PERA; *Fondamento ed efficacia, op. cit.*, p. 150.

dalla CISL, UIL e dalla CISNAL¹¹³, in quanto l'accordo sarebbe stato comunque applicabile a tutti i lavoratori delle imprese vincolate, a prescindere dall'appartenenza o meno alla CGIL dei lavoratori¹¹⁴.

E si noti che soltanto un ventennio dopo la giurisprudenza ha accolto tale tesi spezzando il vincolo condizionale della bilateralità dell'iscrizione da parte del datore e del lavoratore al fine dell'applicazione del contratto collettivo¹¹⁵.

Ed è interessante notare come questa tesi abbia costituito un antecedente della tesi della procedimentalizzazione¹¹⁶ utilizzata poi per sostenere l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi con funzione regolamentare¹¹⁷.

Orbene, è stato giustamente sottolineato come l'iscrizione al sindacato stipulante rende obbligatoria l'applicazione della disciplina collettiva che, quindi, non può essere considerata spontanea¹¹⁸.

Pertanto, l'applicazione di alcune clausole del contratto collettivo da parte del datore di lavoro iscritto al sindacato stipulante non può essere considerata una libera manifestazione della volontà di aderire a quel contratto.

¹¹³ Sul punto cfr. PERA, *Fondamento, op. cit.*, p. 140, il quale riferisce che in quella circostanza la Confederazione dell'Industria diede direttive disponendo che i lavoratori che intendessero sottrarre il contratto individuale alla nuova regolamentazione avrebbero potuto comunicare entro un breve termine la propria eventuale decisione al proprio datore di lavoro, in difetto della quale il contratto sarebbe stato comunque applicato. Alla fine, l'A riferisce, che la CGIL contribuì a semplificare la situazione avendo invitato i propri lavoratori ad accettare l'accordo come sistemazione provvisoria, in attesa di ulteriori miglioramenti.

¹¹⁴ Cfr., ancora, PERA, *Fondamento, op. cit.*, p. 149.

¹¹⁵ Cass. 8 agosto 1978, n. 3876, in *Foro it.*, 1978, I, 2431, con nota di PERA; con questa sentenza, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha fatto propria, per la prima volta, la tesi di Pera del 1958.

¹¹⁶ Cfr. *infra* cap. III, par. 3.5

¹¹⁷ Cfr. in questo senso LUNARDON, *L'efficacia soggettiva, op. cit.*, p. 267 ss.

¹¹⁸ Cfr. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo tra iscrizione al sindacato e adesione individuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2000, p. 127, nota 6.

2.3 (Segue) *L'adesione al contratto*

Per una ricostruzione, *de iure condito*, del fenomeno è importante sottolineare come fino al riconoscimento legislativo dell'inderogabilità (art. 2113 Cod. Civ.), le questioni dell'efficacia soggettiva e dell'inderogabilità *in pejus* del contratto collettivo sono state sempre trattate insieme. Ed infatti, entrambe le questioni sono state ancorate prima alla teoria del mandato rappresentativo¹¹⁹, poi alle teorie c.d. associazionistiche¹²⁰, per passare in un secondo momento sotto l'egida delle teorie della titolarità originaria¹²¹.

Ma è stato soltanto con l'intervento legislativo che si è avverata appieno la teoria in base alla quale è necessario distinguere “*i due momenti dell'attribuzione dei poteri negoziali e della natura del negozio stipulato in base ad essi*”¹²² e, quindi, è stato disancorato il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo “*dall'atto formale di iscrizione all'associazione*” per dar rilievo “*semplicemente*” all'adesione al contratto collettivo e alla contrattazione collettiva¹²³.

E così si è riconosciuto che la volontà negoziale delle parti di assoggettare il proprio rapporto di lavoro alla disciplina dettata dal contratto collettivo può essere manifestata anche mediante una espressa dichiarazione in tal senso¹²⁴, ovvero con la “*costante e prolungata*

¹¹⁹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, op. cit.*, p. 177 ss; SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, Padova, 1980

¹²⁰ Cfr. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza, op. cit.*, p. 544 ss

¹²¹ Cfr. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia, op. cit.*; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *RDC*, 1971, I, p. 140 ss.

¹²² Così GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AIDLASS, *Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 30.

¹²³ Così SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale, op. cit.*, p. 163.

¹²⁴ Cfr., fra le altre, Cass. sez. un. 26 marzo, 1997, n. 2665 cit; Cass. 6 novembre 1990, n. 10564, in *Riv. Giur. lav.*, 1991, II, p. 278, Cass. 14 aprile 1980, n. 2430, in *Riv. Giur. lav.*, 1981, II, p. 132; Cass. 9 ottobre 1978, n. 4505, in *Mass. Giur. lav.*, 1979, 82, n. 1; Cass. sez. II, 26 febbraio 1969, n. 638, in *Mass. Giur. lav.*, 1970, 542, p. 155. E tale dichiarazione potrebbe anche essere contenuta in un atto diverso dal contratto individuale di lavoro. Ed infatti, Cass. 3 maggio 1990, n. 3667, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 3 ha ritenuto anche che una decisione assembleare

*osservanza delle sue clausole, o quanto meno di quelle più rilevanti e significative*¹²⁵.

Ed infatti, *“l’applicazione spontanea, costante ed uniforme, di molteplici clausole di un contratto collettivo, da parte dell’imprenditore non iscritto, alle associazioni stipulanti, significa implicita adesione al contratto stesso, onde ogni clausola di esso deve applicarsi ai rapporti di lavoro cui l’imprenditore è titolare”*¹²⁶.

Va, anzitutto, premesso che il termine adesione è stato usato variamente e, talvolta anche impropriamente per indicare fenomeni differenti tra loro.

Ed infatti, quel termine è stato utilizzato per indicare tanto l’adesione di cui all’art. 1332 Cod. Civ. con cui si attribuisce all’imprenditore la posizione del terzo che aderisce al contratto stipulato da altri, quanto la recezione, ovvero anche per indicare quel particolare fenomeno di rinvio che si realizza mediante l’inserzione nel contratto individuale di una clausola di rinvio al contratto collettivo¹²⁷.

L’applicazione del primo schema interpretativo comporterebbe ciò che *“il non iscritto si colloca, in relazione a quel contratto collettivo, nella posizione giuridica degli iscritti”*¹²⁸. In conseguenza di ciò, il datore non iscritto si ritrova, in relazione a un determinato contratto, nella stessa posizione del datore iscritto¹²⁹.

potrebbe esprimere la volontà negoziale dei lavoratori di applicare un contratto collettivo. Sul punto cfr. G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 1994, p. 206.

¹²⁵ Cfr. Cass. 9 giugno 1993, n. 6412

¹²⁶ Cfr. Cass. 28 giugno 1978, n. 3229, in *Mass. Giur. lav.*, 1978, p. 630. Va però sottolineato che la giurisprudenza di Cassazione ha chiarito come, nel caso in cui sussista l’obbligo di applicazione del contratto collettivo per effetto dell’iscrizione del datore di lavoro al sindacato, *“la mera reiterazione del comportamento datoriale di adesione alla clausola collettiva anche nel lungo periodo”* non può comportare che *“la clausola, originariamente di fonte collettiva, sia poi recepita nel contratto individuale per inequivoca volontà delle parti”*. Quell’obbligo, infatti, *“costituisce giustificazione adeguata della reiterazione del comportamento datoriale, la quale di per sé non implica minimamente la volontà di recepire nel contratto individuale la disposizione del contratto collettivo”* (così Cass. 12 giugno 1995, n. 6610, inedita).

¹²⁷ Per quest’ultima ipotesi v. *infra*, par. 2.4

¹²⁸ Cass. 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Not. Giur. lav.*, 1985, p. 540.

¹²⁹ Cass. 11 marzo 1987, n. 2525, in *Rep. Foro it.*, 1987, alla voce *contratto di lavoro*, n. 43.

Il contratto collettivo opererebbe, quindi come *fonte eteronoma* e perciò “*dall'esterno sui singoli rapporti di lavoro come fonte autonoma di regolamento concorrente con la fonte individuale*”, senza che le disposizioni del contratto collettivo si incorporino nel contratto individuale¹³⁰.

In realtà, il datore di lavoro non dichiara la propria intenzione agli stipulanti, né rivolge ad essi una dichiarazione di adesione, né i contraenti originari emettono alcuna dichiarazione di accettazione del suo ingresso nel rapporto contrattuale.

E' stato, inoltre, notato che il rinvio in genere rappresenta “*un impegno non ad aderire al contratto, ma ad applicarlo: non cioè a vincolarsi verso le associazioni e i contraenti originari, ma verso i propri dipendenti*”¹³¹, e che l'adesione sarebbe praticabile soltanto per i singoli soggetti indirettamente, ossia attraverso l'iscrizione al sindacato stipulante¹³².

Per questi motivi, è stato preso in considerazione lo schema interpretativo della “*recezione*”, in base alla quale le parti esprimono la volontà “*di accogliere nel loro singolo contratto le clausole di un contratto collettivo e di conformarsi ad esse come se fossero state direttamente pattuite tra gli stessi soggetti singoli*”¹³³.

In questo caso, la disciplina del contratto collettivo viene richiamata “*per determinare, per relationem, il contenuto del contratto individuale di*

¹³⁰ E' stata così abbandonata la teoria dell'incorporazione, sulla quale cfr. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989, I, p. 387. In giurisprudenza cfr., fra le tante, Cass. 26 luglio 1984, n. 4423, in *Not. Giur. lav.*, 1985, p. 21; Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2071, con nota di LAMBERTUCCI, *La Corte di Cassazione in materia di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali: in particolare la vincolatività dei contratti collettivi aventi ad oggetto la riduzione dell'orario di lavoro*.

¹³¹ Cfr. SIMI, *Il problema della recezione*, op. cit., p. 206.

¹³² Cfr., ancora, SIMI, *Il problema della recezione*, op. cit., p. 206 che afferma che “*può parlarsi di adesione al contratto soltanto per coloro che si iscrivono al sindacato che lo ha stipulato, mentre ogni altra forma di applicazione di esso resta estranea alla figura dell'adesione quale prevista dall'art. 1332 Cod. Civ.*”.

¹³³ Così SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, op. cit., p. 132.

lavoro”¹³⁴ e le vicende del contratto collettivo “*si svolgono, comunque, nel contratto individuale e non sul rapporto di lavoro*”¹³⁵.

Secondo una dottrina, in tal modo, si verificherebbe, per volontà delle parti, una incorporazione *ab origine* del contratto collettivo nel contratto individuale, grazie alla quale le parti decidono di acquisire i diritti soggettivi previsti nel contratto collettivo¹³⁶.

La recezione può avvenire per manifestazione espressa, ovvero per *facta concludentia*¹³⁷. Ed è necessario osservare come la fattispecie della recezione implicita abbia creato alcune difficoltà, per i giudici, in ordine alla necessità di accertare l’effettiva volontà del datore di attenersi alla disciplina collettiva.

La giurisprudenza ha, però, con il tempo, individuato gli elementi che possono essere considerati indicativi del c.d. comportamento concludente, ossia l’uniforme e prolungata applicazione del contratto collettivo¹³⁸, in costanza del rapporto di lavoro¹³⁹.

La Suprema Corte di cassazione ha avuto modo di specificare che il *discrimen* tra lo schema dell’adesione e quello della recezione consiste nel “*valore di pattuizione individuale o norma collettiva attribuita dalle parti alle clausole del contratto collettivo*”¹⁴⁰, ossia dall’effetto dell’atto che in un caso è quello di applicazione e nell’altro di recezione del contratto.

E’ importante sottolineare come il problema dell’individuazione del fondamento dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo è

¹³⁴ Così Cass. 12 giugno 1987, n. 5175, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro(contracto)*, n. 34.

¹³⁵ Così NOGLER, *Note in tema di schemi innominati di rinvio al contratto collettivo da parte del contratto individuale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 538.

¹³⁶ Cfr. sul punto NOGLER, *Note in tema di schemi, op. cit.*, p. 537-538.

¹³⁷ Cfr. SIMI, *Il problema della recezione, op. cit.*, p. 205-206.

¹³⁸ In alcuni casi si è arrivato a sostenere che l’applicazione del contratto collettivo “*può essere provata con altri diversi elementi quali l’individuazione del salario, sul libretto di lavoro, come sindacale e l’esplicito richiamo di una norma del contratto stesso nella lettere di licenziamento*”: v. Pret. Roma 1 agosto 1964, in *Temi romane*, 1964, p. 592; oltretutto l’accertamento della recezione da parte del giudice di merito è insindacabile in Cassazione: v. Cass. 16 maggio 1974, n. 1404, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 173.

¹³⁹ Trib. Teramo 1 aprile 1964, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, p. 187.

¹⁴⁰ Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (contracto)*, n. 23.

costantemente risolto in termini di alternatività e non di cumulabilità fra iscrizione al sindacato e adesione al contratto collettivo¹⁴¹.

Ed infatti, secondo la giurisprudenza, l'applicabilità del contratto collettivo può dipendere dall'adesione, espressa o tacita, delle parti del rapporto di lavoro, soltanto quando già “*non dipenda dall'iscrizione delle parti interessate alle associazioni sindacali stipulanti*”¹⁴².

Sicuramente più complessa appare la questione riguardante quali e quanti istituti del contratto collettivo debbano essere richiamati in quello individuale al fine di considerare avvenuta la totale recezione del primo.

In un primo momento, i giudici propendevano per una soluzione fortemente estensiva, arrivando a ritenere che fosse sufficiente l'applicazione di alcuni istituti fondamentali per aversi la recezione dell'intera disciplina collettiva¹⁴³.

Successivamente, le conclusioni giurisprudenziali sono andate diversificandosi, in quanto sono sorte alcune perplessità riguardanti, in un primo momento, le clausole contrattuali di natura obbligatoria¹⁴⁴ e, in seguito, quelle di natura normativa.

La Cassazione recentemente ha dichiarato che “*qualora il datore di lavoro non iscritto abbia prestato adesione mediante la pratica applicazione di alcune soltanto delle clausole della disciplina collettiva, contestandone esplicitamente altre, è da escludere che il contratto possa*

¹⁴¹ Sul punto cfr. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 736.

¹⁴² Cfr. Cass. 16 maggio 1974, n. 1405 in *Mass. Giur. lav.*, 1974, p. 113, n.1; Cass. 14 aprile 1980, n. 2430, in *Riv. Giur. lav.*, 1981, II, pag. 132, Cass. 16 gennaio 1996, n. 319 in *Lav. Giur.*, II, p. 586 attribuisce efficacia all'adesione “*in mancanza della condizione*” dell'iscrizione; Cass., sez. II, 10 luglio 1971, n. 2222 in *Foro It.*, 1972, I, p. 1049 la quale ha ritenuto che l'applicabilità del contratto collettivo può dipendere dall'adesione, espressa o tacita, “*allorchè uno o entrambi i soggetti del rapporto individuale di lavoro non siano iscritti alle associazioni stipulanti*”.

¹⁴³ Trib. Bari 17 luglio 1967, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, p. 73; Cass 23 ottobre 1969, n. 3464, in *Foro it.*, 1969, I, p. 2272; Cass. 5 aprile 1968 n. 104, in *Riv. dir. lav.*, 1969, II, p. 3.

¹⁴⁴ Questione che in dottrina è stata risolta in senso negativo: cfr. SIMI, *Il problema della recezione del contratto collettivo da parte dei non soci*, cit., p. 207, il quale nell'individuare diversi tipi di clausole all'interno del contratto collettivo, considera suscettibili alla recezione solo quelle “*volte a predisporre le norme da osservarsi nei rapporti individuali di lavoro*”, cioè solo quelle contenute nella parte normativa del contratto collettivo.

*spiegare efficacia vincolante nei suoi confronti anche per quanto riguarda le clausole contestate*¹⁴⁵; questa conclusione è assolutamente in linea con lo schema della recezione in quanto, quest'ultimo, si fonda sul rispetto assoluto della volontà delle parti.

Infine è importante sottolineare come l'utilizzazione dello schema del rinvio abbia prodotto conseguenze anche sul piano dell'onere probatorio.

La giurisprudenza sostiene, infatti, che il lavoratore che invoca l'applicazione del contratto collettivo, non ha l'onere di fornire la prova dell'iscrizione del datore né della recezione esplicita del contratto stesso, “*quando il dibattito tra le parti si sia svolto sul presupposto, anche implicito, della assoggettabilità del contratto individuale al contratto collettivo*”¹⁴⁶. L'assenza di contestazione da parte del datore di lavoro viene anch'essa considerata come tacita adesione o come prova *in re* dell'adesione medesima¹⁴⁷.

Se quindi il datore di lavoro desidera eccepire la propria estraneità all'associazione sindacale stipulante dovrà farlo tempestivamente, vale a dire al momento della sua costituzione in giudizio¹⁴⁸.

L'unico limite dello schema della recezione, inteso come strumento per estendere l'efficacia dei contratti collettivi, sta nel fatto che esso non può essere utilizzato nel caso in cui manchi una manifestazione di volontà esplicita o implicita da parte del datore di lavoro; ponendosi come una *quaestio voluntatis*, tale schema non ha la capacità di fondare un vincolo che operi dall'esterno nei confronti dei soggetti destinatari della disciplina collettiva, infatti, il vincolo che esso riesce a creare non è dotato di

¹⁴⁵ Cass. 3 maggio 1990, n. 3667, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, p. 3 ss.; Cass. 6 novembre 1990, n. 10654, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, p. 227.

¹⁴⁶ Cass. 24 maggio 1979, n. 3015, in *Foro it.*, rep., 1979, voce *contratto di lavoro* n. 55; Cass. 11 febbraio 1983, n. 1083, ivi, 1983, voce *cit.*, n. 84; Cass. 5 febbraio 1983, n. 986, ivi, 1983, voce *cit.*, n. 85.

¹⁴⁷ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI E T. TREU, *Il diritto sindacale*, *cit.*, p. 284.

¹⁴⁸ Cass. 5 febbraio 1978, n. 2479, in *Foro it.*, 1978, I, 2185.

efficacia reale, ma semplicemente di efficacia obbligatoria “*derogabile dalla volontà degli interessati*”¹⁴⁹.

Il discorso svolto sino a questo punto ha descritto quella che viene considerata l'impostazione tradizionale della recezione, la quale si concentra solo sull'aspetto vincolativo di tale schema nei confronti del datore di lavoro.

Tale impostazione è però notevolmente mutata da quando la giurisprudenza si è trovata costretta a difendere l'applicabilità del contratto collettivo non già nei confronti del datore, bensì nei confronti dello stesso lavoratore, il quale, avendo beneficiato di parte della disciplina collettiva in virtù della recezione del contratto, contesta l'applicabilità delle altre disposizioni¹⁵⁰.

Essendo mutato il punto di vista della questione, in tali casi, non si parlerà più di recezione, quanto di accettazione o acquiescenza. Queste situazioni prendono vita, ad esempio, quando il lavoratore non iscritto aderisce ad un contratto in perdita o un contratto gestionale.

In tali casi, parte della dottrina ritiene che sia sbagliato parlare di acquiescenza, intesa in senso negativo e contrapposto alla recezione.

Non può, infatti, darsi per scontato che contratti aziendali di questo tipo siano esclusivamente di tipo peggiorativo; spesso un contratto, pur configurandosi come contratto aziendale in perdita (ad esempio quelli di solidarietà che vedono ridotti tanto l'orario di lavoro quanto la retribuzione), è in realtà vantaggioso per i lavoratori, che in alternativa dovrebbero subire, ad esempio, un licenziamento collettivo¹⁵¹.

Si ripropone in questo caso il problema dell'adesione al contratto collettivo da parte del lavoratore, ma se è vero che il lavoratore non può beneficiare di una parte del contratto collettivo e rifiutarne un'altra, allora

¹⁴⁹ Così, SIMI, *Il problema della recezione del contratto collettivo da parte dei non soci*, op. cit.

¹⁵⁰ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1991, p. 149-150

¹⁵¹ Cfr. MISCIONE, *Il problema del contratto collettivo: il dissenso*, in *Giur.it.*, 1987, IV, p. 65ss., in part. pp. 76-77.

è giusto concludere che egli non può beneficiare delle conseguenze della stipulazione di un contratto in perdita e contestarne le condizioni cui è legata la concessione del beneficio stesso¹⁵².

E ciò in ossequio a quell'orientamento della giurisprudenza in base al quale *“il lavoratore, che abbia beneficiato della parte di un contratto collettivo in virtù di adesione alla relativa disciplina, non può contestare l'applicabilità, nei suoi confronti, della rimanente parte dello stesso contratto, assumendone il carattere meno favorevole rispetto a quello di un precedente, atteso che l'adesione comporta necessariamente l'accettazione del nuovo regolamento contrattuale nella sua interezza”*¹⁵³.

Ricondotto entro tali termini appare chiaro che lo schema in esame non può essere assimilato con il concetto di acquiescenza, ma rientra piuttosto nel campo della adesione/recezione del contratto collettivo¹⁵⁴, ed in questo caso i lavoratori *“sono liberi di non accettare il contratto, ma in tal modo restano esposti alle soluzioni alternative che la stipulazione del contratto è finalizzata ad evitare”*¹⁵⁵.

2.4. (Segue) La clausola di rinvio

Un ulteriore, se non il più importante, meccanismo mediante il quale il contratto collettivo viene applicato al di là della cerchia degli

¹⁵² Cfr. MISCIONE, *op.ult. cit.* p. 68, che in quest'ultimo caso parla di contratto migliorativo implicito.

¹⁵³ Cfr. Cass., 29 marzo 1982, n. 1965, n. in *Foro it.*, 1984, I, 553. Cfr. anche PROIA, *Il contratto collettivo comune dopo Mirafiori, op. cit.*

¹⁵⁴ Questa mutazione della prospettiva è evidenziata da NOGLER, *L'adesione alla regolamentazione collettiva: privilegio o libertà?*, in *Lav. giur.*, 1997,9, p. 271 ss.

¹⁵⁵ Così VALLEBONA, *Un'alternativa al 'nuovo' erga omnes: il licenziamento dei dissenzienti*, in *Pol. Dir.*, 1985, p. 459 ss.

iscritti è costituito dalla clausola di rinvio al contratto collettivo contenuta nel contratto individuale¹⁵⁶.

E' noto che il rinvio nel contratto individuale può essere qualificato quale rinvio formale o materiale.

In particolare, il rinvio è materiale (o recettizio) quando il richiamo concerne la sola disposizione che ne costituisce oggetto, ossia uno specifico contratto collettivo, e non anche alle eventuali modifiche o rinnovi successivi¹⁵⁷.

Il rinvio è, invece, formale (o non recettizio) quando il richiamo si estende alle fonti di produzione (c.d. rete o sistema) e quindi anche alle norme in futuro emanande in materia¹⁵⁸.

In questo ultimo caso, quindi, le parti, mediante la sottoscrizione della clausola di rinvio, manifestano la volontà di adeguare il rapporto di lavoro, anche nel tempo futuro, al mutevole equilibrio raggiunto dai sindacati in sede di contrattazione collettiva.

Pertanto, la presenza di una clausola di rinvio contenuta in un contratto individuale impone, ogni volta, di affrontare due questioni.

Anzitutto è necessario sciogliere il dualismo indicato dalla Suprema Corte per stabilire se la clausola di rinvio appartiene all'ipotesi del rinvio materiale o formale.

¹⁵⁶ Sulla clausola di rinvio cfr. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 725 ss; MARINELLI, *Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Tomo I, Giappichelli, 2008, p. 934 ss.; e più di recente G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, p. 487 ss.; e da ultimo, *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 2011, p. 219 ss. NOGLER, *Note in tema di schemi innominati*, op. cit., p. 539-540 parla, a tal proposito, di *clausola di applicazione* del contratto collettivo che "si caratterizza, per così dire, verso l'alto, rispetto all'adesione, perché, come più rilevante differenziazione, non comporta, salvo l'applicazione del contratto collettivo, l'assunzione degli obblighi derivanti dall'affiliazione all'associazione stipulante".

¹⁵⁷ Cfr. Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 495, nonché Pret. Trento 10 giugno 1999, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 805.

¹⁵⁸ Cfr. Cass. 20 settembre 2010, n. 19840, in *Orient. giur. lav.*, 2010, p. 557; Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285, in *Dir. lav.*, 1991, II, p. 117, con nota di PROSPERETTI, *Principi ermeneutici in tema di contratto collettivo applicabile*.

Dopo aver risolto questa questione si porrà anche il problema di verificare se la clausola di rinvio rispetti, oppure no, il requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto di cui all'art. 1346 Cod. Civ.¹⁵⁹

Ovviamente, tale secondo aspetto porrà questioni diverse a seconda del tipo di clausola di rinvio.

Ed infatti, nel caso di rinvio recettizio si porrà la questione di stabilire se il contratto collettivo che le parti hanno voluto recepire è precisamente individuato o individuabile.

Ed invece, in presenza di un rinvio formale, la questione che si pone è quella di stabilire se la "rete" contrattuale rispetta il requisito della determinatezza richiesto dall'art. 1346 del Codice Civile con il riferimento agli agenti contrattuali o, addirittura, soltanto ad una parte di essi.

Consideriamo, infatti, il caso del rinvio contenuto nel contratto individuale ai contratti stipulati da Federmeccanica in cui questa associazione aveva stipulato con le tre confederazioni maggiormente rappresentative.

Il requisito della determinatezza o della determinabilità di cui all'art. 1346 Cod. Civ. porrà la questione di sapere se tale clausola possa estendere il suo rinvio anche ai successivi contratti collettivi che Federmeccanica dovesse eventualmente stipulare soltanto con alcune di esse e non più con tutte le tre confederazioni.

¹⁵⁹ Su tale questione cfr. *amplius* G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *op. cit.*, p. 505 ss. che approfondisce anche la questione relativa al diverso *modus operandi* della clausola di rinvio contenuto nel contratto individuale al contratto collettivo, e del rinvio dettato dal contratto nazionale nei confronti della contrattazione aziendale. In particolare, l'A. ritiene che il rinvio contenuto nel contratto individuale deve necessariamente avere un oggetto determinato o determinabile e, quindi, deve trattarsi di un rinvio ad un contratto esistente, o, quanto meno, il lavoratore deve essere a conoscenza delle modalità o dell'oggetto del futuro contratto. In caso contrario, ossia nel caso in cui il rinvio non abbia un oggetto determinato o determinabile, il lavoratore non potrebbe ritenersi vincolato alle successive modificazioni del contratto collettivo, e tale clausola sarebbe invalida per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto.

Peraltro, nel caso in cui si ritenesse che il rinvio mobile contenuto nel contratto individuale sia tale da estendere la sua efficacia anche ai contratti collettivi stipulati anche da una parte soltanto degli agenti, si porrebbe anche la questione di sapere se ciascuna delle parti può recedere dalla clausola di rinvio¹⁶⁰. Poiché tale questione involge anche la diversa questione del recesso dalla clausola di rinvio, verrà approfondita nel prosieguo¹⁶¹.

I due tipi di rinvio si differenziano non soltanto in base all'oggetto del rinvio che le parti intendono realizzare con l'inserzione della clausola di cui si discute ma anche perché perseguono interessi diversi.

Ed infatti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha più volte chiarito che le parti del rapporto di lavoro quando dichiarano di voler applicare un determinato contratto collettivo (rinvio materiale) perseguono un interesse quantitativamente e qualitativamente distinto da quello che intendono perseguire allorchè dichiarano di voler applicare genericamente la contrattazione collettiva di settore (rinvio formale o non recettizio)¹⁶².

Ciò in quanto con la clausola di rinvio materiale le parti manifestano la volontà di inglobare soltanto le clausole collettive vigenti al momento di conclusione del contratto individuale, mentre con la clausola di rinvio formale le parti manifestano la volontà di adeguare il rapporto di lavoro al mutevole equilibrio che si determina, anche con gli eventuali successivi contratti collettivi, e quindi anche della contrattazione di secondo livello applicata in azienda¹⁶³.

In altri termini, con la clausola di rinvio materiale le parti manifestano soltanto la volontà di *“recettiziamente inglobare come regola dei singoli rapporti soltanto le clausole collettive (sia nazionali che*

¹⁶⁰ Cfr. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., pag 743 ss.

¹⁶¹ Cfr. *infra* par. 2.7.

¹⁶² Cfr. Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285, cit., e EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 737 ss.

¹⁶³ Cfr. S.P. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo tra iscrizione al sindacato e adesione individuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2000, p. 725 e ss.

integrative) vigenti nel dato momento storico di conclusione del contratto individuale (alla cui natura pertanto parteciperebbero)”¹⁶⁴.

Ancor più, è stato ritenuto che con il rinvio recettizio al contratto collettivo le parti manifestano la volontà “*di accogliere nel loro singolo contratto le clausole di un contratto collettivo e di conformarsi ad esse come se fossero state direttamente pattuite tra gli stessi soggetti singoli*”¹⁶⁵.

Ciò comporterebbe, sempre secondo tale impostazione, che l'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo che ne deriva non equivale nella efficacia del vincolo a quella derivante dalla posizione di iscritto rappresentato, nella conclusione dei contratti, dai sindacati firmatari, in quanto il vincolo afferente alla recezione non lega il soggetto singolo nei confronti della sua controparte, non dei soci o delle associazioni sindacali. Al vincolo derivante dall'associazione si sostituisce il semplice obbligo del contratto individuale, derogabile dalla concorde volontà degli interessati e, quindi, non protetto dallo scudo dell'art. 2113 Cod. Civ..

Ed invece, il rinvio formale esprime “*la volontà dei contraenti individuali (...) di assoggettarsi preventivamente ad una normativa collettiva (...) come tale avente carattere di generalità ed astrattezza, oltre che di «dinamicità», nel senso di adeguamento, anche nel tempo futuro, al mutevole equilibrio che gli organi di categoria avrebbero raggiunto in sede di contrattazione sindacale*”¹⁶⁶.

Sul punto, di recente, la Suprema Corte di Cassazione ha specificato che, nell'ipotesi di rinvio dinamico, il datore di lavoro non può tener conto soltanto della contrattazione collettiva nazionale e di quella integrativa

¹⁶⁴ Cfr. ancora Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285

¹⁶⁵ Così SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, op. cit., p. 132 e ss.

¹⁶⁶ Cfr. ancora Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285 cit. Cfr. anche G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1988. Tale A., cfr. in particolare, p. 187, ritiene che, “*stante la tipicità sociale del fenomeno*”, il rinvio al contratto collettivo contenuto nel contratto individuale di lavoro deve “*presumersi*” di natura “*formale*” e non già “*materiale*”,

aziendale, ma deve tener conto anche di quella integrativa provinciale, se esistente¹⁶⁷.

Pertanto, in caso di rinvio materiale “*le clausole del contratto collettivo*” recepite nel contratto individuale di lavoro assumono “*natura individuale*”¹⁶⁸, mentre, in caso di rinvio formale, conservano la loro “*natura collettiva*” e non si incorporano nel contenuto del contratto individuale¹⁶⁹.

Con il rinvio formale le parti, quindi, esprimono la volontà di affidare la regolamentazione dei propri interessi individuali alle determinazioni dell'autonomia collettiva e, quindi, alla disciplina dettata in funzione dell'interesse collettivo del gruppo.

Ai fini dell'individuazione e selezione dei comportamenti dai quali desumere la volontà delle parti di assoggettare il rapporto individuale di lavoro alla normativa contrattuale occorre anche chiedersi se le parti, nel momento in cui hanno già manifestato quella volontà negoziale mediante altri comportamenti, magari attraverso l'iscrizione al sindacato, possono raggiungere, oppure no, interessi diversi mediante l'inserzione di una clausola di rinvio nel contratto individuale.

In altri termini, è necessario chiedersi se una clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale vale, oppure no, a manifestare una volontà negoziale diversa e ulteriore di quella già manifestata da entrambe le parti attraverso l'iscrizione al sindacato.

Orbene, in presenza di un rinvio materiale contenuto nel contratto individuale si può agevolmente affermare che le parti intendono realizzare un interesse diverso ed ulteriore rispetto a quello che si realizza mediante l'iscrizione al sindacato stipulante¹⁷⁰. In tale circostanza le parti, infatti,

¹⁶⁷ Cass. 20 settembre 2010, n. 19840, cit.

¹⁶⁸ Cfr. Cass 1 dicembre 1989, n. 5285.

¹⁶⁹ Cfr. Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285. Sul punto cfr. anche EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo, op. cit.*, p. 739.

¹⁷⁰ Cfr. Pretore di Roma 16 aprile 1977, in *Dir. Lav.* 1978, II, p. 39.

non intendono affidare la regolamentazione del proprio rapporto di lavoro alle mutevoli determinazioni dell'autonomia sindacale, bensì intendono soltanto “*crystallizzare*”¹⁷¹ all'interno del contratto individuale le determinazioni assunte con uno specifico contratto collettivo.

Ed invece, in presenza di rinvio di tipo formale, si registrano tesi opposte.

Una prima tesi ritiene che, in questo caso, la clausola di rinvio può avere l'effetto di aggiungere un vincolo pattizio che, invece, non può essere raggiunto mediante l'iscrizione al sindacato tale da realizzare un tipo di legame più resistente di quello derivante dall'associazione, dal quale non sarebbe più consentito uno svincolo unilaterale¹⁷².

Una seconda tesi ritiene, invece, che, sempre ai fini della questione dell'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, l'interesse perseguito dal datore di lavoro con la clausola di rinvio formale alla contrattazione collettiva di settore è lo stesso interesse soddisfatto dalla iscrizione delle parti al sindacato stipulante¹⁷³.

Ciò in quanto, con l'iscrizione al sindacato, le parti subordinano l'interesse individuale all'interesse della collettività professionale¹⁷⁴, manifestando così la volontà negoziale di adeguare la disciplina del proprio rapporto di lavoro alle regole future che verranno emanate nell'interesse individuale di ciascuno e insieme di tutti gli altri.

¹⁷¹ L'espressione è di EMILIANI, *op. cit.*, p. 742.

¹⁷² Cfr. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione*, *op. cit.*, p. 400; Tale possibilità non è esclusa da Pretore di Roma, *cit.*, nel momento in cui afferma che “*l'espressione in esame (n.d.r. quella utilizzata nella clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale) può essere interpretata in due sensi: o come diretta a rendere nota alla controparte negoziale il meccanismo di immediata operatività dei contratti successivi di rinnovo del settore, in relazione all'adesione di una delle associazioni stipulanti, o come significante l'impegno irrevocabile di aderire a tali patti, indipendentemente dall'esistenza e dalla permanenza del vincolo associativo. (...) Intesa nel secondo senso, l'espressione in esame posta in relazione con il rapporto di mandato con rappresentanza in virtù del quale il datore di lavoro è vincolato alle pattuizioni stipulate dalla associazione di categoria cui appartiene, appare incompatibile con la revocabilità del mandato stesso*”, e da CATAUDELLA, *Vincolatività del contratto collettivo*, *op. cit.*, p. 45. Possibilista è MARINELLI, *Clausole di rinvio al contratto collettivo*, *op. cit.*, p. 950 ss.

¹⁷³ Cfr. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, *op. cit.*, p. 740.

¹⁷⁴ Cfr. *retro*, par. 2.1.

Pertanto, nel caso in cui il datore di lavoro sia già iscritto all'associazione stipulante, la clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale di lavoro non può creare un obbligo di applicare la disciplina collettiva distinto ed ulteriore rispetto a quello che già deriva dal rapporto associativo¹⁷⁵. Tant'è che questa dottrina giunge ad affermare che, in tale circostanza, il patto individuale sarebbe *privo di causa*, e, quindi, di efficacia negoziale, “*essendo diretto a realizzare lo stesso interesse che già è stato soddisfatto con l'iscrizione al sindacato*”¹⁷⁶.

Una recente sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee¹⁷⁷ sembra aver accolto questa seconda teoria nel momento in cui ha affermato che in materia di trasferimento di imprese, stabilimenti o parte di essi, qualora il contratto di lavoro dei lavoratori ceduti rinvii ad un contratto collettivo che vincola il cedente, il cessionario che non è parte del contratto collettivo non sia vincolato da contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dell'azienda.

Ed infatti, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla seguente questione interpretativa sollevata dal Tribunale superiore del lavoro di Duesseldorf, se fosse compatibile con l'art. 3, comma 1, della direttiva n. 2001/23, “*il fatto che, in caso di trasferimento di azienda, il cessionario non vincolato a contratti collettivi sia tenuto a rispettare un accordo concluso tra il cedente – vincolato invece alla contrattazione collettiva – ed il lavoratore, in base al quale sia stata convenuta l'applicabilità degli accordi salariali collettivi di volta in volta vincolanti per il detto cedente, qualora il menzionato obbligo di rispetto dell'accordo pregresso comporti l'applicabilità dell'accordo salariale collettivo in vigore al momento del*

¹⁷⁵ Cfr. Pretore di Roma 16 aprile 1977, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 3, p. 828 e ss. Cfr. anche Pret. Trento 10 giugno 1999, e trib. Trento 11 febbraio 2000, entrambe in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 3, p. 805 e ss e p. 815 ss; cfr. anche EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 741.

¹⁷⁶ Così EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 741.

¹⁷⁷ Cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, in www.europa.eu.int

trasferimento dell'azienda, ma non quella di analoghi accordi salariali entrati in vigore in un momento successivo".

La Corte, partendo dal presupposto che la direttiva in materia di trasferimento d'azienda mira ad assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento d'imprenditore permettendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente, ha, però rilevato che *“se, conformemente alla finalità della direttiva, occorre tutelare i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento, non possono essere ignorati quelli del cessionario, che dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività*¹⁷⁸.

In particolare, la Corte ha affermato che *“la libertà di associazione, che comprende altresì il diritto di non far parte di un sindacato (v. in tal senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze Sigurjónsson c. Islanda del 30 giugno 1993, serie A, n. 264, § 35, e Gustafsson c. Svezia del 25 aprile 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, pag. 637, § 45), è sancita dall'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario (sentenza 15 dicembre 1995, causa C 415/93, Bosman, Racc. pag. I 4921, punto 79), come ricorda l'art. 6, n. 2, UE (v. sentenza 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/Commissione, Racc. pag. I 1611)”*¹⁷⁹.

A tal proposito, va fatto presente che, nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale aveva affermato che la libertà di associazione del datore di lavoro *“deve prevalere su qualunque diritto di rango inferiore,*

¹⁷⁸ Cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, in www.europa.eu.int

¹⁷⁹ Cfr., ancora, Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, in www.europa.eu.int

come quello del lavoratore ai vantaggi economici derivanti dall'evoluzione degli accordi collettivi sottoscritti dal cedente".

Conseguentemente, la Corte, sulla base di una "interpretazione «statica» della detta clausola", ha affermato "che il cessionario dell'azienda, che non è parte del contratto collettivo" non può ritenersi "vincolato alle future evoluzioni di quest'ultimo. Il suo diritto di non associarsi è così pienamente garantito".

Pertanto, alla luce di questa recente sentenza, sembra confermata la tesi che sia l'iscrizione al sindacato sia la clausola di rinvio (mobile) contenuta nel contratto individuale di lavoro soddisfano entrambe lo stesso interesse, ossia l'interesse alla libertà sindacale riconosciuto dalla Corte di Giustizia quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario.

Peraltro, come si dirà successivamente, la Corte di Giustizia sembra contraddire la prima tesi anche perché offre argomenti per escludere che la clausola di rinvio possa essere sciolta soltanto per mutuo dissenso¹⁸⁰.

2.5 La volontà di recesso. In particolare: il recesso dall'iscrizione al sindacato

Come è noto, l'art. 39 della Costituzione, mediante la previsione di cui primo comma, tutela anche la libertà negativa di non associarsi e, quindi, di non essere sottoposti ad alcun contratto collettivo¹⁸¹. In questo contesto, l'elemento della volontà assume rilievo nel senso di interrompere il vincolo precedentemente assunto dalle parti con il contratto collettivo

¹⁸⁰ Cfr. *infra* par. 2.7.

¹⁸¹ Sulla problematica della cosiddetta "libertà negativa" quale libertà del lavoratore di non aderire ad alcuna associazione sindacale, si veda GIUGNI, *Diritto sindacale, op. cit.*, p. 27 e ss; per la falsità della "distinzione-contrapposizione" tra libertà positiva e libertà negativa cfr. GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1987, p. 41.

per il tramite l'iscrizione al sindacato, ovvero della clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale.

Anzitutto, va premesso che la facoltà, *rectius* la volontà di recesso¹⁸² si pone in deroga ai principi generali contenuti nel Codice Civile per i quali il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso (1372 Cod. Civ.), ovvero nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 1372 Cod. Civ.), o dalle parti (art. 1373 Cod. Civ.).

Quanto alla prima forma, ossia il recesso dal sindacato, va premesso che si tratta di una fattispecie per l'analisi della quale è necessario ricorrere *in toto* ai principi dettati dal legislatore per le associazioni non riconosciute, e agli insegnamenti appositamente elaborati dalla giurisprudenza per quella particolare figura di associazione quale è il sindacato.

E, così, punto di partenza per l'indagine è l'art. 24 del Codice Civile che, nel suo secondo comma, delinea una disciplina specifica per il recesso dell'associato dalla persona giuridica e che, per giurisprudenza consolidata si applica anche alle persone giuridiche non riconosciute¹⁸³.

In particolare, il secondo comma dell'art. 24 Cod. Civ. prevede che l'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato. La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, a condizione che venga comunicata tre mesi prima.

Proprio perché il recesso si pone come una deroga ai principi civilistici è stata ritenuta nulla la clausola statutaria che escluda il diritto di recesso dell'associato, così come sono state ritenute inammissibili le

¹⁸² Sul recesso cfr. GABRIELLI-PADOVINI, *Recesso (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1988, p. 27; DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 733; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentato*, diretto da Schlesinger, sub. Artt. 1372 e 1373, Giuffrè, Milano, 1998.

¹⁸³ Cfr., per tutte, Cass. 9 maggio 1991, n. 5191, in *VN*, 1992, p. 133.

clausole statutarie che consentano agli organi deputati di valutare o meno l'accoglimento delle dimissioni dell'associato, perché in tal modo si trasformerebbe *“la dichiarazione di recesso in una proposta di scioglimento per mutuo consenso”*¹⁸⁴.

Si ritiene, inoltre, che la forma richiesta dall'art. 24 per esercitare il recesso sia richiesta non a pena di nullità, ma per *“un'esigenza di certezza in ordine al se e alla data di recesso”*¹⁸⁵.

Ciò comporterebbe che non si può escludere a priori che l'esigenza di certezza possa risultare altrimenti, ad esclusione delle ipotesi in cui si sia convenuto nello statuto di adottare una data forma scritta ai sensi dell'art. 1352 Cod. Civ.. Conseguentemente si reputa ammissibile anche una volontà di recesso manifestata tacitamente.

Ugualmente, è stata considerata nulla quella clausola statutaria che contenga una impegnativa a non receder limitata nel tempo, ma che per la particolare tipologia associativa possa essere ritenuta in via interpretativa alla stregua di un vincolo a non mutare le proprie convinzioni religiose¹⁸⁶.

Pertanto, nei confronti dell'autonomia privata -a derogare alla normativa sul recesso- si pongono oltre a limiti di natura temporale anche altri che attengono alla tutela della persona che possono non consentire un perdurare degli obblighi inerenti alla qualità di associato nel momento in cui incidono sui diritti della persona, che sono incompressibili.

In particolare, la Suprema Corte ha insegnato che nell'ambito del fenomeno associativo possono essere coinvolti diritti costituzionalmente garantiti che non possono sopportare vincoli *“per il futuro”* neanche di natura volontaria in considerazione della tutela che a questo diritto si dovrebbe attribuire¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. GALGANO, *Persone giuridiche, Libro primo: Persone e famiglia, art. 11-35*, in Galgano (a cura di) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2006, p. 361 ss.

¹⁸⁵ Cfr. GALGANO, *Persone giuridiche, op. cit.*, p. 369.

¹⁸⁶ Cfr. GALGANO, *Persone giuridiche, op. cit.*, p. 363.

¹⁸⁷ Cass. 14 maggio 1997, n. 4244, in *Giur. It.*, 1998, I, p. 639.

Pertanto, è stata ritenuta nulla una clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta con "fine tipicamente sindacale", nella parte in cui ha previsto, per il recesso del socio, che la qualità di associato permanga "con i diritti e i relativi obblighi" fino all'anno successivo al recesso¹⁸⁸.

Venendo, più specificatamente, alla tematica oggetto di studio va fatto presente che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che le dimissioni del datore di lavoro dall'associazione sindacale stipulante comportano la non obbligatorietà nei suoi confronti dei contratti collettivi posteriori al recesso¹⁸⁹.

Pertanto, le dimissioni non liberano il datore di lavoro dalla vincolatività del contratto collettivo di lavoro in vigore all'epoca del recesso, che dunque continua a regolare i rapporti individuali anche per il periodo successivo alle dimissioni¹⁹⁰.

A questo punto, occorre domandarsi cosa accade quando il datore di lavoro abbia dato disdetta dall'associazione sindacale ma i contratti collettivi contengono una clausola di rinvio.

Anche in tal caso le conseguenze saranno diverse a seconda che il rinvio contenuto nel contratto individuale sia di tipo materiale, ovvero formale¹⁹¹.

Ed infatti, in caso di rinvio materiale, posto che il collegamento¹⁹² con il contratto collettivo si è già realizzato con l'iscrizione del datore di lavoro al sindacato e quel rinvio nulla aggiunge al momento di collegamento, la questione non ha molta rilevanza teorica.

¹⁸⁸ Trib. Trieste 18 gennaio 2000, in *Foro It.*, 2000, I, 2689.

¹⁸⁹ Cfr. Pret. Roma, 16 aprile 1997, in *Dir., lav.*, 1997, II p. 39 ss.

¹⁹⁰ Cfr. Trib. Milano 22 maggio 1956 in *Riv. Giur. lav.*, 1956, II, p. 403, App. Napoli 13 novembre 1958, in *Mass. Giur. civ. app.*, 1958, p. 3; Trib. Genova 13 dicembre 1955, in *Dir. Lav.*, 1956, II, p. 201.

¹⁹¹ Cfr. *retro*, par. 2.4

¹⁹² Cfr. CATAUDELLA, *Vincolatività del contratto collettivo e permanenza del vincolo associativo con la parte stipulante*, in *Dir. Lav.*, 1977, II, p. 44.

Al contrario, nel caso in cui il rinvio contenuto nel contratto individuale dovesse ritenersi di natura non recettizia, esso potrebbe assumere il valore di un impegno a dare applicazione alla contrattazione collettiva successiva, indipendentemente dalla permanenza del vincolo associativo¹⁹³.

2.6 (Segue) Il recesso dal contratto collettivo

Come è noto, gli artt. 2067-2077 dettavano una disciplina specifica per il contratto collettivo corporativo prevedendo, tra l'altro, l'obbligo di fissare un termine al contratto (art. 2071 Cod. Civ.), la facoltà di denuncia del contratto almeno tre mesi prima della scadenza (art. 2073 Cod. Civ.), ed infine sancendone la regola dell'ultrattività sino alla stipulazione di un nuovo contratto collettivo (art. 2074 Cod. Civ.)¹⁹⁴.

Con la caduta dell'ordinamento corporativo, la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. il ritorno alle disposizioni del diritto comune dei contratti ha comportato, anche in questo ambito, l'applicazione di quei principi stabiliti dal Codice Civile in materia di recesso.

A tal proposito va ricordato che, in base al Codice Civile, il contratto può essere sciolto *ante tempus* soltanto per mutuo consenso (art. 1372 Cod. Civ.) ovvero nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 1372 Cod. Civ.), o dalle parti (art. 1373 Cod. Civ.).

Pertanto, la regola stabilita dal Codice Civile sembrerebbe quella della perpetuità dei vincoli che sorgono in capo agli stipulanti, salvo il mutuo dissenso, ovvero i casi in cui è la legge stessa che attribuisce il

¹⁹³ Cfr. ancora CATAUDELLA, *Vincolatività del contratto*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹⁴ Sugli artt. 2073 e 2074 Cod. Civ. cfr., tra le tante: Cass. 18 ottobre 2002, n. 14827, in *Mass. Giur. Civ.*, 2002, 1823; Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, 414.

potere di sciogliersi dal vincolo ovvero nel caso in cui quella determinazione è stabilita dalle parti.

Senonchè, è anche noto che gli insegnamenti della giurisprudenza e la costante opera interpretativa della dottrina, attraverso l'elaborazione di alcuni principi generali, hanno affermato la tesi della recedibilità del contratto¹⁹⁵.

In particolare, i percorsi attraverso i quali si è giunta a specificare una libertà di recesso dal contratto collettivo hanno fatto leva, talvolta, sul riconoscimento della libertà contrattuale e della libertà sindacale, talvolta alla necessità dei contratti collettivi di “*parametrarsi su una realtà socio economica in continua evoluzione*”¹⁹⁶, ma soprattutto sulla tesi dell'inammissibilità dei vincoli perpetui sul rispetto del principio di buona fede nella esecuzione del contratto di cui all'articolo 1375 del codice civile¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cass. sez. lav. 18 settembre 2008, n. 19351, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 118; Cass. 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 4014; Cass. 28 novembre 1981, n. 6354, in *Giust. Civ. mass.*, 1981, f. 11; Cass., 19 giugno 1980, in *Giur.it.*, 1982, I, 2, c. 102; cfr. anche GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, tomo, I, Cedam, 1993; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 1994, p. 966; RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 576; RUCCI, *In tema di recesso dal contratto collettivo (con cenni sulla disdetta dell'uso aziendale)*, in *Riv. It. Lav.*, 1991, II, p. 290; MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 35 ss; CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, p. 616 ss.; TIRABOSCHI, *L'efficacia temporale del contratto collettivo di lavoro: atipicità dello schema negoziale, giuridicità del vincolo e cause di scioglimento*, in SENATORI (a cura di), *Teoria e prassi delle relazioni industriali. Letture di diritto delle relazioni industriali*, Giuffrè, 2008, pp. 233-323; PACCHIANA PARRAVICINI, *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, 2010; Sul tema del recesso dal contratto collettivo cfr. anche, TURSI, *La pretesa ultrattività del contratto collettivo di lavoro e l'incerto statuto teorico dell'autonomia collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, I, p. 201; più di recente, LASSANDARI, *La “strana” disdetta del contratto nazionale di categoria dei metalmeccanici*, in *Lavoro e diritto*, 2010, 4, p. 353 ss; G. SANTORO-PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2, 2011, p. 219 ss; TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2, 2011, p. 346 ss.

¹⁹⁶ Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Mass. Giur. Civ.*, 2007, p. 9.

¹⁹⁷ Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031, in *Riv. Giur. Lav.* 2007, 3, II, p. 616; Cass. 20 settembre 2005, n. 18508, in *Mass. Giur. civ.*, 2005, p. 9; Cass. 20 giugno 2001, n. 8429, in *Mass. Giur. Civ.*, 2001, p. 1226; Cass. 25 febbraio 1997, n. 1694, in *Mass. Giur. civ.*, 1997, 305. Secondo CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso*, *op. cit.*, p. 619 “*il principio di buona fede e correttezza rimane il principale parametro per valutare la legittimità del potere di recesso unilaterale dal*

Ed infatti, la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che “*il recesso ordinario*” “*va ammesso come causa estintiva normale del rapporto di durata a tempo indeterminato e risponde all’esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio*”¹⁹⁸, laddove si parla di recesso “ordinario” per indicare la risoluzione *ad nutum* da un contratto senza predeterminazione di un termine di durata; ed invece, di recesso “straordinario” (ipotesi, questa, derogatoria rispetto alla prima) sorretto da una giusta causa, in presenza di un contratto dove sia stabilita per legge o per convenzione la durata¹⁹⁹.

Ancor più incisivamente, la giurisprudenza ha stabilito che se anche “*l’art. 1372 Cod. Civ. nel disciplinare gli effetti del contratto dispone che questo ha forza di legge tra le parti*”, ciò non può significare “*irrevocabilità del assoluta contratto*”, dovendo riconoscersi, in ogni caso “*la possibilità di farne cessare l’efficacia, previa disdetta, anche in mancanza di una espressa previsione legale*”. E ciò anche considerando la causa propria del contratto collettivo che “*si pone come mezzo di composizione di conflitti sorti in uno specifico contesto produttivo suscettibile sovente di improvvise e talora impreviste variazioni di mercato ed è quindi connaturata ad esso una durata limitata nel tempo*”²⁰⁰.

Anche con riferimento al principio di ultrattività del contratto collettivo, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare, che “*la temporaneità dell’efficacia dei contratti collettivi corrisponde all’espressione dell’autonomia negoziale delle parti stipulanti*”²⁰¹.

contratto collettivo, sia per quanto riguarda il fondamento stesso di tale potere, sia per quanto attiene alle modalità del suo esercizio”.

¹⁹⁸ Cass. 16 aprile 1993 n. 4507, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 322; cfr. anche Cass. 9 giugno 1993, n. 6410, *ibidem*, 1993, p. 467; Cass. 20 settembre 1996, 8360, in *Not. Giur. lav.*, 1997, p. 8; di recente, Cass. 20 agosto 2009, n. 18548, in *MGC*, 2009, 9, 1263.

¹⁹⁹ Cfr. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione*, *op. cit.*, p. 576.

²⁰⁰ Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, *cit.*

²⁰¹ Cass. Sez. un. 30 maggio 2005, n. 11325, in *Nuova giur. Civ. comm.*, n. 5, 2006, p. 488. La Suprema Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla questione dell’ultrattività della parte retributiva del contratto collettivo e risolvendolo nel senso che l’applicazione di una regola di ultrattività del contratto collettivo in contrasto con l’intento delle parti stipulanti non è

L'esigenza di ricorrere al recesso si manifesta allorché si registra una divergenza di interessi tra le parti firmatarie del contratto collettivo nella forma di un contrasto tra chi vuole il mantenimento degli equilibri contrattuali realizzati con il contratto e chi, invece, ne vuole la modifica²⁰².

Ed infatti, se le parti fossero in grado di accordarsi nel senso di una sostituzione, ovvero di una modificazione del contratto collettivo, l'esigenza di ricorrere al recesso non sarebbe nemmeno avvertita, in quanto le parti facendo leva sui poteri attribuitigli potrebbero raggiungere un nuovo equilibrio degli interessi attraverso la risoluzione consensuale dell'accordo, ovvero la sua modificazione.

Ed invece, proprio l'esistenza di un conflitto tra le parti determina il ricorso al recesso che genera una "rottura" sindacale che le parti dovranno sanare mediante un nuovo accordo. Attraverso l'esercizio del recesso, quindi, le parti sono esortate a creare un nuovo equilibrio.

E, in quest'ottica, il recesso costituisce non tanto un momento finale, quanto un momento iniziale²⁰³ di un nuovo conflitto "*che la parte recedente si predispose ad affrontare in una posizione di maggior forza, dopo la rottura degli equilibri contrattuali, prevedendo di uscirne vincente*"²⁰⁴.

Il recesso ordinario, a differenza di quello straordinario, non presuppone l'indagine dei motivi che hanno condotto la parte a ricorrere a tale strumento.

compatibile con la garanzia dell'autonomia collettiva di cui all'art. 39 Cost., comma 1. Le Sezioni Unite hanno, inoltre, precisato che le clausole retributive non hanno efficacia vincolante diretta per il periodo successivo alla scadenza contrattuale, pu potendo conservare un rilievo indiretto sul piano del rapporto individuale di lavoro, quali parametri per la determinazione della giusta retribuzione ex art. 36 Cost.

²⁰² Cfr. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, op. cit., p. 39.

²⁰³ Cfr. anche CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso*, op. cit., p. 619.

²⁰⁴ Così MARESCA, *Contratto collettivo*, op. cit., p. 40, il quale specifica, p. 42, che "*il recesso costituisce non già una vicenda estintiva (corsivo nostro), ma, sostanzialmente, una vicenda modificativa (corsivo nostro) del contratto collettivo, o, ancor meglio, l'input iniziale dal quale si sviluppa una fattispecie modificativa a formazione progressiva*".

Pertanto, nel caso del recesso ordinario, un limite fondamentale deve essere riscontrato nella verifica di una eventuale esistenza di una illiceità di tali motivi e l' idoneità di essa ad inficiare la validità del recesso in base all' art. 1345 Cod. Civ.²⁰⁵.

E proiettando questi schemi privatistici nel sistema delle relazioni sindacali dominato dal principio della garantita ed attuata libertà sindacale, si può affermare che il recesso non può quindi essere intenzionalmente utilizzato “*per manomettere gli equilibri e la libertà di controparte nel successivo negoziato sindacale*”, ossia per “*interferire e coartare la libertà di autodeterminazione della parte che lo subisce*”²⁰⁶.

Da ciò ne consegue che l' illiceità dei motivi del recesso si manifesta non tanto nel momento di esercizio del recesso stesso, quanto durante lo svolgimento delle trattative che seguono ad esso.

Pertanto, la correttezza e la liceità della parte che ricorre allo strumento del recesso deve essere verificata nel momento immediatamente successivo ad esso quando le parti intavolano le trattative per “ricucire” la rottura degli equilibri sindacali determinata dal recesso.

E un parametro per verificare la legittimità delle trattative susseguenti può essere rinvenuto nel principio di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, nonché nell' art. 28 della legge n. 300 del 1970, e, quindi nel momento in cui chi ha subito il recesso provi che lo stesso non era tanto mirato ad acquisire vantaggi nelle trattative susseguenti, ma ad alterarne il normale svolgimento²⁰⁷.

E si noti che tale indagine, e soprattutto l' onere della prova, è, in tale situazione particolarmente gravoso e complesso da provare, in quanto

²⁰⁵ Cfr. CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso*, op. cit., p. 619.

²⁰⁶ Così MARESCA, *Contratto collettivo*, op. cit. p. 55.

²⁰⁷ Cfr. MARESCA, *Contratto collettivo*, op. cit., pp. 55-56; Sull' idoneità del recesso unilaterale del contratto collettivo ad integrare condotta antisindacale cfr. CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso*, op. cit., p. 619-620.

necessita di un sicuro *discrimen* tra ciò che è compatibile con la dialettica del normale svolgimento delle trattative e ciò che non lo è.²⁰⁸

E la conseguenza di tale illegittimità dovrebbe essere la nullità del recesso *ex* artt. 1418, secondo comma, e 1345 Cod. Civ.

Un altro limite alla libertà di recesso deve essere rinvenuto nel rispetto dei diritti quesiti del prestatore di lavoro²⁰⁹.

Dal recesso, come causa di risoluzione del rapporto giuridico generato dal contratto, deve essere distinto l'atto di disdetta la cui funzione è, invece, quella di evitare il rinnovo di un contratto collettivo dotato di un termine di durata e, per evitare l'applicazione della clausola di ultrattività del contratto collettivo²¹⁰.

Ed infatti, in presenza di un contratto collettivo in cui è stabilito un termine di durata e di una clausola di rinnovo automatico, la disdetta nel rispetto del termine di preavviso stabilito impedisce il rinnovo automatico del contratto collettivo alla scadenza.

Ed invece, la clausola di ultrattività fa sì che gli effetti del contratto collettivo scaduto continuino a protrarsi fino a quando non venga stipulato un nuovo contratto collettivo²¹¹.

Pertanto, l'ultrattività, operando in un momento successivo al recesso, in quanto presuppone che sia già avvenuta, per qualsiasi causa,

²⁰⁸ Secondo MARESCA, *Contratto collettivo, op. cit.*, pp. 56 e 57 “*un comportamento sospetto può derivare da un repentino esercizio del recesso, ciò avviene quando la parte si determina a recedere nell'immediatezza della (ingannevole) stipulazione dell'accordo o, comunque, prima che questo possa esplicare i suoi effetti*”; o ancora “*un comportamento sospetto può essere quello della parte recedente che intende avvalersi della rimozione del contratto al solo fine e nella consapevolezza che, così facendo, può incidere sugli strumenti nei quali la controparte confida per potere rafforzare la sua azione contrattuale nelle trattative*”.

²⁰⁹ Cfr. Cass. 12 marzo 2004, n. 5141, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, p. 173; Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 3, II, p. 616; Cass. 20 settembre 2005, n. 18508, in *Mass. Giur. Civ.*, 2005, p. 9; Cass. 20 giugno 2001, n. 8429, in *Mass. Giur. Civ.*, 2001, p. 1226; Cass. 25 febbraio 1997, n. 1694, in *Mass. Giur. Civ.*, 1997, p. 305.

²¹⁰ Cfr. TURSI, *La pretesa ultrattività del contratto collettivo, op. cit.*, p. 201.

²¹¹ Sul recesso della Federmeccanica dal contratto nazionale di lavoro siglato nel 2008 cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale, op. cit.*, p. 224 e ss.

l'estinzione del contratto collettivo, riguarda la disciplina applicabile alle situazioni regolate dal contratto collettivo²¹².

A questo punto è necessario interrogarsi sulla legittimità di un recesso *ante tempus* da un contratto collettivo con previsione di termine di scadenza finale e la successiva stipulazione di un nuovo contratto collettivo da parte non di tutte le sigle sindacali che avevano firmato il primo accordo, bensì soltanto da una parte degli agenti contrattuali.

Queste osservazioni evidenziano un punto sul quale bisogna porre l'attenzione, cioè la posizione giuridica della parte del contratto collettivo (in particolare quella costituita dalle organizzazioni sindacali). Per comprendere meglio tale posizione deve essere fatta menzione della distinzione tra pluralità di soggetti e pluralità di parti del contratto, nonché della possibilità che la parte possa anche essere plurisoggettiva. In riferimento a tali distinzioni è necessario ricordare la possibilità che la parte sia espressione di una molteplicità di volontà concorrenti ma, allo stesso tempo, accomunate da un'identità di interessi, in modo che tutti i portatori di tali interessi costituiscono un unico centro di riferimento e, quindi, un'unica parte. Di qui la possibilità di un contratto concluso tra più parti ed un contratto concluso da due sole parti di cui una rappresenta una pluralità di soggetti²¹³.

La conseguenza di ciò è che, nel caso di contratto stipulato da una pluralità di parti, il patto modificativo convenuto tramite l'accordo sindacale può riguardare solo alcune di esse e non tutte; mentre se la parte è unica, pur nella sua composizione plurisoggettiva, la pattuizione modificativa deve perfezionarsi con il necessario concorso di tutti i

²¹² Cfr. MARESCA, *Contratto collettivo, op. cit.*, p. 60 ss.

²¹³ Vedi F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p.92 ss.

soggetti che costituiscono un'unica parte²¹⁴, altrimenti risulterebbe priva di effetti²¹⁵.

Nel caso del contratto collettivo, i sindacati stipulanti costituiscono una pluralità di parti e non un'unica parte plurisoggettiva; ciò è dimostrato dal fenomeno degli accordi sindacali "separati"²¹⁶, data la diversità di interessi collettivi che possono essere fatti valere nel corso della trattativa da parte di ciascuna organizzazione sindacale. Ancora, a dimostrazione di ciò, va considerata la presentazione da parte delle organizzazioni sindacali, nella fase di avvio del negoziato, di piattaforme distinte o il complesso *iter* che porta alla formulazione di un'unica piattaforma nella quale vengono riassunte le differenti posizioni di ciascuna organizzazione sindacale.

Ciò posto, una recente giurisprudenza, muovendo dal presupposto che l'efficacia del contratto collettivo unitariamente stipulato è stata dalle parti circoscritta nel tempo mediante un'apposita clausola di durata e che nel caso di specie non ricorreva alcuna giusta causa, alla stregua delle norme di diritto privato, ha escluso la possibilità di un suo recesso *ante tempus* ex art. 1373 Cod. Civ.²¹⁷.

Peraltro, è stato anche evidenziato come il recesso anticipato da un contratto collettivo possa valere a discreditarlo, pur in assenza di un intento lesivo in capo al datore di lavoro, il sindacato che in esso continua a riconoscersi e che ne vede vanificata prima della scadenza prestabilita l'efficacia e l'operatività²¹⁸.

²¹⁴ Cfr. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p.855.

²¹⁵ Con la precisazione che l'acquisizione del consenso al patto modificativo può avvenire anche non contestualmente, infatti, come affermato in Cass. 27 settembre 1994, n.7872, in *Foro italiano*, 1995, I, p.168 "nel contratto plurilaterale deve ritenersi valida ed efficace la clausola con la quale una delle parti presta adesione preventiva alle modifiche che altre intendessero introdurre nel contratto del contratto, anche se relative non al contenuto tipico di quest'ultimo, ma a distinte pattuizioni accessorie (nella specie, l'accorso compromissorio), rientrando tale facoltà nel potere di disposizione dei propri diritti, con la conseguenza che le modifiche preventivamente consentite vincolano, una volta apportate, anche l'aderente, dovendosi da queste considerare accettate".

²¹⁶ Sulla validità e efficacia degli accordi collettivi separati cfr. *infra* cap. IV.

²¹⁷ Trib. Modena, 22 aprile 2011, cit.

²¹⁸ Trib. Torino 18 aprile 2011; Trib. Torino 26 aprile 2011.

Ed invece, altra giurisprudenza, con particolare riferimento alla clausola di ultrattività inserita nel contratto collettivo, ha ritenuto che la clausola «*nulla esprime in merito alla pluralità delle parti stipulanti e dunque non precisa se da parte sindacale la disdetta debba essere espressione di tutte le sigle firmatarie ovvero possa essere sufficiente la disdetta comunicata solo da alcune di dette organizzazioni*». Conseguirebbe quindi, da tale interpretazione, la idoneità della disdetta comunicata solo da alcune delle organizzazioni firmatarie a innescare l'effetto interinale previsto della clausola di ultrattività. Effetto che si protrarrebbe fino alla stipula del nuovo contratto.

E, in effetti, «*la clausola di ultrattività non può giungere a protrarre la vigenza del contratto collettivo a tempo indeterminato, tanto più se destinato ad operare non più per la maggior parte degli stipulanti*»²¹⁹.

Sembra, inoltre, necessario chiedersi se la stipulazione di un nuovo contratto collettivo può estinguere il contratto collettivo preesistente.

Secondo una parte della dottrina, la modifica ad un precedente contratto può avvenire anche con un accordo sottoscritto da alcune soltanto delle parti stipulanti il contratto modificato. In tale circostanza, però, poiché il contratto modificato è ancora vigente, l'accordo modificativo sarà efficace soltanto nei confronti delle parti firmatarie e dei loro rappresentati²²⁰.

In merito a ciò le recenti pronunce di merito dei Tribunale hanno tutte dichiarato, la contemporanea vigenza del contratto collettivo separato e del previgente accordo fino a che questo giunga a naturale scadenza²²¹.

²¹⁹ Trib. Torino 2 maggio 2011.

²²⁰ Cfr. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, p. 52 e ss.

²²¹ Torino 18 aprile 2011, Modena 22 aprile 2011, Torino 26 aprile 2011, Torino 2 maggio 2011, Tolmezzo, 19 maggio, Ivrea 1 giugno; Reggio Emilia 3 giugno 2011; Bologna 3 giugno 2011, tutte su Bollettino speciale Adapt, 2011, su cui cfr. *infra* cap. IV.

2.7 (Segue) Il recesso dalla clausola di rinvio

Già è stato detto che secondo una parte della dottrina la clausola di rinvio (formale) non può vincolare i lavoratori non iscritti ad alcun sindacato stipulante nel caso di contratti collettivi stipulati anche soltanto da una parte degli agenti contrattuali che hanno sottoscritto il precedente contratto collettivo²²².

La preoccupazione di questa dottrina è condivisibile in quanto al fondo vi è la preoccupazione per la garanzia di libertà sindacale che si esprime con quella clausola.

Ed infatti, questa dottrina si preoccupa che la clausola di rinvio possa costituire un limite alla libertà sindacale anche quando la modifica degli agenti contrattuali ha già di fatto dimostrato la perdita della rappresentanza dei sindacati esistenti. In particolare, secondo tale opinione, soltanto quando sussiste l'unità sindacale sulla quale si regge il sistema sindacale di fatto la clausola di rinvio può funzionare come mezzo per estendere *erga omnes* l'efficacia soggettiva del contratto collettivo; al contrario, in caso di dissenso sindacale, tale clausola rimane "*paralizzata*" e il rinvio può funzionare soltanto se è ha un oggetto determinato o determinabile, quindi soltanto se si è in presenza di un rinvio formale e non materiale²²³.

La preoccupazione è sicuramente condivisibile²²⁴ e può essere soddisfatta anche in un modo diverso che consente di conservare l'efficacia della clausola pur limitando nel tempo l'identità degli agenti contrattuali.

²²² Cfr. *retro* par. 2.4. Il riferimento è a G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva*, *op. cit.*, p. 487 ss; *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali*, *op. cit.*, p. 219 ss.

²²³ Cfr. ancora, G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva*, *op. cit.*, p. 487 ss; *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali*, *op. cit.*, p. 219 ss..

²²⁴ Ed è stata già condivisa dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 9 marzo 2006, *Werhof*, *cit.*.

Ed infatti, è sufficiente riconoscere la possibilità già affermata dalla giurisprudenza di merito, di recedere dalla clausola di rinvio²²⁵.

In particolare, secondo tale giurisprudenza, così come il nostro ordinamento riconosce il recesso dal contratto collettivo privo di termine di durata²²⁶, nel caso in cui il patto di rinvio sia stato stipulato senza predeterminazione del termine di durata, a ciascuna delle parti deve essere riconosciuta la facoltà di recesso unilaterale, al fine di evitare che il vincolo così creato possa assumere una connotazione di perpetuità incompatibile con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost..

E, in questa prospettiva, è stato anche affermato che il lavoratore può recedere dalla clausola di rinvio formale alla contrattazione collettiva perché da essa non può derivare un vincolo irrevocabile di adesione alla disciplina sindacale²²⁷.

Ed infatti, *“se si identifica la libertà sindacale con il diritto di partecipare all'attività negoziale attraverso l'organizzazione di appartenenza”* ne deriva che, con la clausola contenuta nel contratto individuale, *“non si può disporre del diritto che è dato appunto per regolare le condizioni di lavoro”*²²⁸.

Pertanto, si deve escludere che la clausola contenuta nel contratto individuale di rinvio ad una “rete” contrattuale possa comportare l'inserimento *“in modo stabile del singolo nella dinamica di una diversa collettività organizzata, nell'aspetto passivo della soggezione a nuove regole create attraverso le successive ed eventuali stipulazioni contrattuali provenienti dai soggetti del sistema”*²²⁹.

Ciò posto può essere affermato che la tesi del recesso trova oggi conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in base alla quale i

²²⁵ Tribunale di Trento 11 febbraio 2000, cit. Cfr. anche EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 743.

²²⁶ Cfr. *retro* par. 2.6

²²⁷ Cfr. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998, p.246.

²²⁸ Così BELLOCCHI, *Libertà*, op. cit., pp. 246-247.

²²⁹ Così BELLOCCHI, *Libertà*, op. cit., pp. 246-247.

patti di rinvio contenuti nei contratti individuali non possono creare un vincolo alle parti tale da incidere sulla libertà sindacale che, quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, deve essere sempre garantito²³⁰.

Dalla sentenza appena citata si ricava conferma anche di quella tesi in base alla quale deve essere riconosciuta, “*in conformità alla sua causa*”, la possibilità per le parti che hanno sottoscritto la clausola di rinvio formale di recedere dalla stessa “*almeno tutte le volte in cui l'organizzazione sindacale stipulante di riferimento abbia perso, nel tempo, la sua originaria rappresentatività*”²³¹.

Ciò in quanto, la clausola di rinvio formale alla contrattazione collettiva esprimendo la volontà delle parti contrattuali di affidare la regolamentazione del rapporto contrattuale all'autonomia collettiva comporta che le parti, con la sottoscrizione di quella clausola, riconoscono, in quel momento, la rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

E, proprio in un sistema come il nostro in cui la rappresentatività non è più espressa per legge, ma il principio cardine è quello della libertà sindacale, in cui il singolo è libero di iscriversi ad un sindacato piuttosto che ad un altro, ovvero di non iscriversi affatto, la misurazione della rappresentatività è rimessa ai singoli; con la conseguenza che la rappresentatività può anche mutare nel tempo²³².

²³⁰ Cfr. Corte di Giustizia nella sentenza del 9 marzo 2006, *Werhof*, cit..

²³¹ Così EMILIANI, *L'efficacia del contratto*, op. cit., p. 745, cit. Ed invece, già è stato detto come secondo una parte della dottrina (cfr. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., p. 400) “*in tutti i casi in cui il datore esprima, per espresso o per fatti concludenti, la volontà di applicare il contratto collettivo ed il lavoratore accetti, non è più consentito uno svincolo unilaterale né dall'una né dall'altra parte, sicchè questo tipo di legame è più resistente di quello derivante dall'iscrizione che, come si è visto, può cessare con il recesso dall'associazione*”.

²³² Cfr. EMILIANI, *L'efficacia del contratto*, op. cit., p. 745.

CAPITOLO III

“L’efficacia soggettiva in nolentes”

3.1 Le tecniche di estensione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo che prescindono dalla volontà. Rinvio

Nella tematica oggetto di indagine, nell’individuare i limiti soggettivi di efficacia dei contratti collettivi post-corporativi non può mai prescindersi dal considerare il principio di libertà ed autodeterminazione sindacale sancito dal primo comma dell’art. 39 Cost., inteso tanto nella sua accezione positiva, quanto in quella negativa. In questo contesto l’elemento della volontà può essere utilizzato per spiegare anche quei tentativi di estensione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo ad opera del legislatore e della giurisprudenza che sono state qualificati quali vicende “*dell’aggiramento del problema dell’erga omnes*”²³³.

Si tratta, infatti, di fattispecie in cui ciò che viene in rilievo è la mancanza di volontà di una delle parti del rapporto di lavoro di applicare il contratto collettivo e, in ragione di ciò, soprattutto nel caso del tentativo di estensione dell’efficacia soggettiva ad opera della giurisprudenza, è stato necessario elaborare meccanismi di superamento della volontà negativa individuale.

In realtà, non sembra corretto leggere in tali vicende dei tentativi di introdurre meccanismi di estensione dell’efficacia alternativi rispetto a quello prospettato dall’art. 39 Cost., quanto piuttosto (e mi riferisco soprattutto agli interventi operati dal legislatore), possono essere viste come il frutto di una scelta di intervenire il meno possibile in un sistema

²³³ Così, F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, op. cit., p. 78.

che da solo aveva trovato il suo equilibrio e che un intervento attuativo dell'art. 39 Cost. avrebbe rischiato di incrinare²³⁴.

Con tale *modus operandi* il legislatore ha accolto e fatto propri gli interessi e gli equilibri che in tale contesto si erano venuti a creare attribuendo ai prodotti dell'autonomia negoziale un rilievo e una tutela eccezionali rispetto a qualsiasi altro atto di autonomia negoziale²³⁵.

In ogni caso, tali interventi acquistano importanza per spiegare il mutamento di rotta che si è avuto a seguito della rottura del sistema sindacale, della crisi e della destandardizzazione dei modelli di lavoro.

Ed infatti è in tale mutato contesto socio-economico che si fanno sempre più costanti, nella regolazione del rapporto di lavoro, i rinvii della legge alla contrattazione collettiva la quale, quindi, ha perso il tradizionale ruolo di fonte normativa del rapporto di lavoro per acquisire nuove e importanti funzioni.

3.2 (Segue) la legge 14 luglio 1959, n. 741

Una prima tecnica di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo è stata attuata con la legge 4 luglio 1959, n. 741, la c.d. legge Vigorelli, proposta dall'allora ministro del lavoro Ezio Vigorelli²³⁶.

Come è noto, tale legge delegò il governo a emanare decreti legislativi al fine di stabilire le condizioni minime di trattamento

²³⁴ Cfr. PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

²³⁵ Cfr., PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

²³⁶ Sulla legge n. 741 del 1959, vedi SANTORO-PASSARELLI, *La disciplina transitoria dei rapporti di lavoro*, Roma, 1961; PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, p. 333 ss.; GIUGNI, *La disciplina legislativa del trattamento minimo di categoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 863 ss.; PERSIANI, *Natura e interpretazione delle norme delegate sui minimi di trattamento ai lavoratori*, in *Riv. dir. lav.*, 1963, I, p. 245 ss.; GHERA, *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per la estensione dei contratti collettivi*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1963, p. 1177 ss.; DI MARCANTONIO, *Ancora sull'applicabilità erga omnes dei contratti collettivi*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1960, I, p. 35 ss.

economico e normativo che dovevano essere garantite a tutti i lavoratori.

Nell’emanazione di tali decreti, il governo era però tenuto ad uniformarsi alle clausole dei contratti collettivi che fossero stati stipulati entro una certa data, depositati tempestivamente a cura delle associazioni sindacali. Tramite tale procedimento, il contratto collettivo si trasformava in legge e poteva finalmente esprimersi con efficacia generale.

La legge n. 741 del 1959 regolava, anzitutto, i rapporti tra contratti collettivi di diverso livello prevedendo l’estensione *erga omnes* sia dei contratti provinciali integrativi (stipulati sulla base del rinvio contenuto nel contratto nazionale), sia dei contratti provinciali autonomi, questi ultimi purchè contenessero condizioni di miglior favore rispetto al contratto nazionale.

L’art. 7 di quella legge prevede, inoltre, che il contratto collettivo esteso *erga omnes* mediante la recezione nel decreto legislativo si sostituisse di diritto ai trattamenti in atto, facendo però salve “*le condizioni, anche di carattere aziendale, più favorevoli ai lavoratori*”.

Pertanto, ove il contratto collettivo applicato nell’azienda fosse più favorevole ai lavoratori del contratto collettivo esteso *erga omnes* i lavoratori conservavano il trattamento più favorevole. Tale previsione pose, quindi, il problema di individuare il trattamento “più favorevole” per il lavoratore. La giurisprudenza, dopo una prima fase oscillante, si è orientata nel senso di ritenere che il raffronto debba essere effettuato con riferimento “*alla complessiva disciplina di ciascun istituto, conforme a quello utilizzato sul piano dei rapporti tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*”²³⁷.

²³⁷ Così, Cass. 2 dicembre 1991, n. 12913, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 883; Cass. 16 giugno 1977 n. 2516, in *Mass. Giur. lav.*, 1978, 12, p. 478; Cass. 17 dicembre 1982 n. 6986, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 1771; Cass. 7 maggio 2001, n. 6348, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 803; Cass. 13 giugno 2002, n. 8501, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, p. 491. Cass. 4 giugno 2002, n. 8097, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 214 ss.; Cass. 18 agosto 2004, n. 16191, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 321; Cass. 1 settembre 2003, n. 12760, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 325, secondo la quale la

La legge prevedeva una delega per la durata di un anno, ma l'enorme mole di contratti collettivi depositati non consentì al governo di terminare l'attività delegata entro il termine stabilito.

Pertanto, il Parlamento decise di prorogare la legge per ulteriori quindici mesi e di prorogare, altresì, il termine entro il quale avrebbero dovuto essere stipulati i contratti collettivi da recepire nei decreti legislativi (legge 1 ottobre 1960, n.1027).

Ed infatti, l'art. 1 della predetta legge conferiva una proroga ulteriore per uniformarsi ai contratti collettivi conclusi nei dieci mesi successivi all'entrata in vigore (3 ottobre 1959) della legge 14 luglio 1959, n. 741. Il successivo articolo 2, invece, si limitava a prorogare di ulteriori 15 mesi l'originario limite di tempo per l'esercizio della delegazione.

Senonchè, una disciplina nata sotto il segno "*della eccezionalità e transitorietà*", avrebbe teso, attraverso periodici rinnovi, a diventare permanente, scalzando, di fatto, il procedimento previsto dal costituente.

Questo *modus operandi* fu arginato dall'intervento della Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 106 del 19 dicembre 1962²³⁸, affermò, anzitutto, che l'art. 39 della Costituzione non implicava "*una riserva, normativa o contrattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro*". Una tesi del genere avrebbe contrastato, infatti, con diversi principi costituzionali contenuti negli artt. 3, comma 2°, 35, commi 1°, 2°, e 3°, e 37 della Costituzione, i quali prevedono un intervento del legislatore "*al fine di tutelare la dignità personale del lavoratore ed il lavoro in qualsiasi forma e da chiunque prestato*".

valutazione per determinare il trattamento più favorevole deve effettuarsi complessivamente nell'ambito dei singoli istituti contrattuali.

²³⁸ Cfr. Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106, su cui PERA, *Le norme transitorie per garantire i minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori nel giudizio della corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1963, I, c. 648; Cfr. anche il commento di GHERA, *Note sulla legittimità*, op. cit., p. 1177 ss.; CRISAFULLI, *Su alcuni aspetti problematici della delega contenuta nella legge 14 luglio 1959, n. 741 e i relativi decreti delegati*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 1414.

Secondo la Corte, l'art. 39, inoltre, conferisce efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi stipulati secondo una particolare procedura alla quale possono partecipare solo soggetti forniti di determinati requisiti, per cui *“una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato (...) in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima”*.

La legge n. 741 del 1959, pur presentando tali caratteristiche, fu considerata costituzionalmente legittima, avendo finalità di carattere squisitamente transitorio ed essendo chiamata a regolare la materia sino all'attuazione dell'art. 39 della Costituzione.

Se la “transitorietà” è stata la chiave di volta per considerare legittima la legge n. 741 del 1959, proprio la mancanza di tale requisito in capo alla successiva legge n. 1027 del 1960 ha portato la Corte Costituzionale a dichiararne l'incostituzionalità.

I decreti legittimamente emanati ai sensi della legge 741 del 1959 furono ritenuti validi²³⁹, e grazie a essi, continuarono ad avere efficacia generale anche i contratti collettivi recepiti, che producevano effetti anche nei confronti dei datori di lavoro non sindacalizzati.

Ed invece, tutti i decreti legislativi emanati nell'ambito della legge n. 1027 del 1960 che recepivano i contratti collettivi stipulati dopo il 3 ottobre 1959 furono dichiarati decaduti²⁴⁰.

Va da sé che, con il passare degli anni, le condizioni minime di trattamento economico previste dai decreti emanati ai sensi della legge 741

²³⁹ Cfr. Corte cost. 15 maggio 1963, n. 70. Sull'incerta natura giuridica dei contratti collettivi recepiti nei decreti delegati, vedi la sintetica rassegna del dibattito dottrinale dell'epoca di RICCI, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002, p. 144 ss.

²⁴⁰ Si interroga sulla situazione delle categorie rimaste sprovviste di trattamento minimo GHERA, *Note sulla legittimità, op. cit.*, p. 1189.

de 1959 divennero inadeguate rispetto ai trattamenti previsti dai contratti collettivi che si aggiornavano periodicamente²⁴¹.

3.3 (Segue) Altri meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo previsti dalla legge. La legislazione promozionale: l'art. 36 della legge n. 300 del 1970, la fiscalizzazione degli oneri sociali e i contratti collettivi di riallineamento (in particolare)

Nel trattare dei meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi non si può non tener conto dei rinvii al contratto collettivo (o meglio alle “*norme corporative*”) contenuti nel codice civile.

La trasposizione delle norme dal periodo corporativo a quello post corporativo non è automatica, ma anzi è necessario che “ *il significato dei riferimenti ai contratti corporativi vada adattato a quelli post corporativi e rinnovato nel contesto del rinvio alla nuova autonomia collettiva quale fonte permanente di regolamento dei rapporti di lavoro*”²⁴².

Si tratta, in particolare dei rinvii contenuti nell'art. 2095 in materia d'inquadramento dei lavoratori²⁴³; nell'art. 2096, riguardante il patto di prova; negli artt. 2099, 2100, 2101 in tema di retribuzione; nell'art. 2106 sull'esercizio del potere disciplinare; negli artt. 2107, 2108, 3° comma,

²⁴¹ PERSIANI, *Diritto sindacale, op. cit.*, p. 110 fa notare che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 1971, n. 56, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della legge 741 del 1959 nella parte in cui non consente al giudice di dare applicazione all'art. 36 Cost., la magistratura, nel far riferimento ai vigenti contratti collettivi di diritto comune, vede ulteriormente dilatata la sua capacità di intervento al fine di estendere l'efficacia soggettiva del contratto collettivo “*l'intervento del giudice si estende, oramai, ai trattamenti normativi oltre che a quello economico*”.

²⁴² Cfr. IRTI, *Relazione di sintesi* in Convegno per il cinquantenario del codice civile, Milano, 4-6 giugno 1992, Milano, 1993.

²⁴³ Vedi Cass. 28 gennaio 1985, n. 454, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 699 ss., secondo la quale “*nella determinazione della qualifica spettante al lavoratore subordinato, le disposizioni della normativa collettiva anche post-corporativa assumono valore vincolante e decisivo e trovano applicazione in luogo di quelle generali ed astratte poste dal legislatore*”.

2109, 2° comma, 2110, 1° e 2° comma, 2111, 2114, 2115, 1° comma, 2116, 1° comma, 2118, 1° comma, 2120, 2°, 3° e 4° comma vecchio testo, 2130, Cod. Civ. ed interpretati, ora, dalla giurisprudenza come rinvii ai contratti collettivi di diritto comune²⁴⁴.

E tale interpretazione è confermata dal fatto che anche il legislatore postcorporativo ha continuato a rinviare alla contrattazione collettiva di diritto comune la funzione di dettare disciplina sulle stesse materie che il codice civile aveva devoluto alla regolamentazione delle «norme corporative»²⁴⁵.

I rinvii alla contrattazione collettiva contenuti nel codice civile hanno per lo più funzione integrativa nei confronti del precetto legale: il contratto acquista, quindi, efficacia *erga omnes* poiché diventa parte della norma che lo richiama.

L'unico caso in cui possiamo individuare un rinvio di natura derogatoria, oltre che integrativa, è quello dell'art. 2120 Cod. Civ. in materia di TFR²⁴⁶. L'inciso "salvo diversa previsione della contrattazione collettiva" è stato interpretato nel senso che la contrattazione collettiva ha la facoltà di aggiungere o elidere alcune voci retributive contenute nella retribuzione annuale, la quale è utilizzata come base per il computo dell'accantonamento; può quindi espandere o comprimere l'entità del TFR in conformità a strategie volte a valorizzare la retribuzione differita rispetto a quella corrente, o viceversa²⁴⁷.

²⁴⁴ si veda, per tutte, nell'orientamento costante e consolidato della giurisprudenza, Cass. 3 luglio 1981, n. 4331, in *Not. giur. lav.*, 1982, p. 89. In dottrina, ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, cit., p. 96 ss.

²⁴⁵ Cfr., ad esempio, in materia di inquadramento professionale, l'art. 2 della legge n. 190 del 1985 o, in materia retributiva, l'art. 1, 2° comma, della legge n. 297 del 1982.

²⁴⁶ Cfr. sul punto LUNARDON, *Efficacia soggettiva*, op. cit., p. 95

²⁴⁷ Cfr. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, IV edizione, Torino, 1998, p. 496.

Affinché possa operare la deroga *in melius* o *in peius* della definizione di retribuzione fornita dall'art. 2120 Cod. Civ. è necessaria un'espressa dichiarazione di volontà delle parti collettive²⁴⁸.

Per concedere tale potere, integrativo e derogatorio, al contratto collettivo è stato necessario un intervento del legislatore tramite la legge n. 297 del 1982, che ha modificato la precedente disciplina dell'indennità di anzianità.

L'art. 2120 Cod. Civ. non appartiene quindi al sistema di rinvii originari, ma piuttosto s'inserisce nel filone di cui si è parlato nel precedente capitolo, ponendosi a cavallo tra gli interventi del primo e del secondo tipo in quanto non viene fatta menzione della qualità dei soggetti sindacali investiti.

Accanto alle disposizioni sopra citate, ve ne sono altre che tentano di promuovere l'applicazione del contratto collettivo tramite lo strumento del rinvio.

I rinvii appartenenti a questa categoria possono essere divisi in tre gruppi: il primo fa riferimento a quei rinvii che ruotano attorno all'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori; il secondo concerne la legislazione di fiscalizzazione degli oneri sociali; il terzo, infine, è quello dei cosiddetti contratti di riallineamento²⁴⁹.

Rispetto al primo gruppo, bisogna rammentare che già con il d. p. r. 22 novembre del 1961, n. 1192, in materia d'impiego di manodopera negli appalti concessi dalle amministrazioni autonome dello Stato, e con il d. p. r. 16 luglio 1962, n. 1063, contenente il capitolato generale di appalto del Ministero dei Lavori Pubblici, si prevedeva l'inserimento nei contratti d'appalto dell'obbligo, per l'appaltatore, di applicare ai propri dipendenti

²⁴⁸ Cass. 17 novembre 1994, n. 9721, in *Dir. prat. lav.*, 1995, n. 9, p. 649.

²⁴⁹ Questa è la classificazione adottata da LUNARDON, *Efficacia soggettiva*, op. cit., p. 96.

condizioni normative ed economiche non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi²⁵⁰.

L'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori ha generalizzato tale regola stabilendo che “nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dello Stato a favore d'imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati d'appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria o della zona”. In caso di violazione dell'obbligo appena indicato, inoltre, le pubbliche amministrazioni concedenti il beneficio o l'appalto” adotteranno le opportune determinazioni, fino alla revoca del beneficio e, nei casi più gravi, o nel caso di recidiva, potranno decidere l'esclusione del responsabile, per un tempo fino a cinque anni, da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto”²⁵¹.

Ci si è interrogati, da subito, sul modo in cui dovesse essere interpretato l'obbligo del rispetto dei contratti collettivi (“condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della zona”).

In particolare, ci si è chiesti se quell'obbligo possa essere considerato come obbligo a favore di terzi ex art. 1411 Cod. Civ., oppure sia un semplice vincolo per l'imprenditore nei confronti della pubblica amministrazione.

²⁵⁰ Cfr. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 269 ss.

²⁵¹ Cfr. MANCINI, *Comm. all'art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, Bologna-Roma, 1972, p. 534; ASSANTI, *Comm. All'art. 36*, in *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di ASSANTI e PERA, Padova, 1972, p. 421. BORTONE, *Comm. All'art. 36*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, diretto da GIUGNI, Milano, 1979, p. 646.

L'interpretazione data al riguardo dalla dottrina prevalente, che propende per la prima ipotesi, comporta che ai lavoratori è riconosciuta la titolarità di un diritto soggettivo nei confronti del proprio datore di lavoro²⁵².

Anche la giurisprudenza è a favore della prima ipotesi quando afferma che la pubblica amministrazione, nella stipulazione *de qua*, persegue l'interesse "alla regolare esecuzione dei lavori (...), altrimenti compromessa dalla litigiosità dei lavoratori, motivata da un loro trattamento meno favorevole di quello stabilito dalla contrattazione collettiva"²⁵³.

Va, però, dato conto del fatto che, secondo una parte della dottrina, data la gravità delle sanzioni previste dalla normativa, non possa essere stabilito che l'obbligo derivante dall'inserzione nel provvedimento amministrativo della clausola sociale arrivi a toccare il piano del rapporto individuale di lavoro²⁵⁴.

Secondo questi ultimi, l'obbligo di fare applicare il contratto è rivolto solo ed esclusivamente nei confronti dell'ente pubblico finanziatore o concedente del beneficio, e quindi si risolverebbe in una semplice regola che riguarda il rapporto tra imprenditore e pubblica amministrazione.

Altra questione riguarda la mancata inserzione della clausola che obbliga al rispetto del contratto collettivo: in tal caso la dottrina concorda unanimemente sul fatto che l'unico responsabile dell'omissione possa essere la pubblica amministrazione. L'art. 36 assicura il rispetto dei contratti collettivi solo in via mediata, dato che non si rivolge direttamente

²⁵² Cfr. ASSANTI, in *Commento all'art. 36, op. cit.*, p. 419 ss.; BORTONE, *Commento all'art. 36, op. cit.*, pp. 648-649, 651; CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI e TREU, *Il diritto sindacale*, Torino, 1994, pp. 293-294.

²⁵³ Cass., 5 giugno 1981, n. 3640, in *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 335; Cass. 29 agosto 1986, n.5317; Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 640 ; Cass. 13 agosto, 1997, n. 7566; Cass. 25 luglio, 1998, n.7333.

²⁵⁴ Cfr. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 381 ; vedi anche Cass. 28 novembre 1986, n. 7041, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 865; Pret. Gallipoli 16 gennaio 1985, in *Riv giur. lav.*, 1985, II, p. 298.

agli imprenditori, ma pone un obbligo a carico della pubblica amministrazione²⁵⁵.

Si può quindi concludere che l'art.36 dello Statuto dei Lavoratori, così come vincola l'imprenditore al rispetto della clausola inserita nel provvedimento concessivo, fa altresì sorgere, nel caso di omessa inserzione di questa, un corrispondente diritto soggettivo dei dipendenti dell'imprenditore nei confronti della pubblica amministrazione, con conseguente pretesa risarcitoria in caso di inadempimento.

È importante segnalare che l'art. 36 non impone il rispetto *tout court* dei contratti collettivi della categoria o della zona; si ritiene, infatti, che imponga semplicemente l'obbligo di un trattamento "non inferiore" rispetto a quello dei contratti collettivi; in tal modo questi ultimi "svolgono la stessa funzione che (...) viene loro attribuita dalla giurisprudenza nella determinazione della retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.: costituiscono, cioè, il punto di riferimento per la determinazione del trattamento dei lavoratori"²⁵⁶.

Più di recente, l'art. 118, 6° comma del d. lgs. n.163 del 2006 (il c.d. codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) ha stabilito che l'imprenditore che stipuli con la pubblica amministrazione contratti per la fornitura di servizi, prodotti, lavori e opere sia tenuto "ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni"; ne afferma poi la responsabilità in solido per l'osservanza delle norme contrattuali da parte dei subappaltatori nei confronti dei dipendenti di questi ultimi.

²⁵⁵ In tal senso BORTONE, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo e le sue forme di estensione* in, BORTONE-CURZIO, *Il contratto collettivo*, Collana di dottrina e giurisprudenza del diritto del lavoro diretta da G. Giugni, Torino, 1984, pp. 206-207.

²⁵⁶ Cfr. BORTONE, *op. ult. cit.*, in R. BORTONE, P. CURZIO, *Il contratto collettivo*, *cit.*, p. 207.

Come è stato giustamente osservato, in applicazione di questa disposizione, non si tratterà più di un obbligo per la pubblica amministrazione di inserire la clausola nel contratto con l'imprenditore, ma di un vincolo giuridico imposto direttamente dalla legge²⁵⁷.

Interventi legislativi di tale tenore trovano giustificazione nel campo del diritto internazionale: la convenzione OIL n. 94 del 1949, esecutiva in Italia grazie alla l. 2 agosto 1952 n. 1305, prevede, infatti, che i contratti con le pubbliche amministrazioni debbano contenere apposite clausole c.d. sociali che garantiscano ai lavoratori salari e condizioni di lavoro non inferiori a quanto previsto dai contratti collettivi dello stesso settore produttivo e dello stesso territorio.

Questa tendenza normativa è stata però ostacolata di recente da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea, la quale nella sentenza sul caso Ruffert del 3 aprile 2008²⁵⁸ ha censurato la normativa di un *Land* tedesco che prevedeva come condizione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico il rispetto delle tariffe salariali previste dai contratti collettivi (anche in questo caso privi di efficacia *erga omnes*).

Secondo la Corte, una norma nazionale del genere viola l'art. 49 TCE relativo alla libera circolazione dei servizi sul territorio europeo in quanto non consente all'impresa di uno stato membro di continuare ad applicare ai propri dipendenti le condizioni di lavoro del paese di appartenenza, nel caso di lavori da eseguirsi sul territorio di altri stati membri, perdendo così il vantaggio di poter svolgere quella attività con costi della manodopera inferiori. La corte ritiene che l'unica imposizione applicabile da parte dello Stato ospitante nei confronti degli imprenditori

²⁵⁷ Cfr. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, aggiornato da Lauralba Bellardi, Pietro Curzio, Mario Giovanni Garofalo, Bari, 2010, p. 144.

²⁵⁸ Corte di Giustizia 3 aprile 2008, causa n. 346/06, Pres. e Rel. Timmermans, in *Riv. it. dir. lav.* 2008, con nota di BRINO, "Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert", pag 479, e in *Arg. Dir. Lav.* 2008, con commento di DE SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Ruffert*, p. 1407.

degli altri stati membri sia quella derivante da norme di legge, regolamenti o anche contratti collettivi, purché dichiarati di applicazione generale²⁵⁹.

La sentenza è stata criticata dallo stesso Parlamento Europeo (risoluzione 22 ottobre 2008, n. 2085²⁶⁰), oltre che dalla dottrina. Non avviene, infatti, alcuna discriminazione, e pertanto non si rientra nel divieto di cui all'art. 49 TCE, quando lo Stato membro, sul territorio del quale devono essere svolti i lavori, impone all'impresa straniera di rispettare delle regole applicate a tutti gli imprenditori locali. La sentenza Ruffert, infine, porterebbe a un paradosso in quanto, com'è stato giustamente argomentato²⁶¹, la normativa che vincola al rispetto del contratto collettivo non sarebbe applicabile alle imprese straniere in forza del 49 TCE, mentre sarebbe applicabile alle imprese nazionali le quali, dunque, riceverebbero un trattamento peggiore rispetto alle prime che godrebbero di una sorta di immunità.

Il secondo blocco d'interventi legislativi di tipo "promozionale" opera sul versante della c.d. fiscalizzazione degli oneri sociali²⁶².

Questo tipo di disposizioni tenta di estendere la sfera di efficacia dei contratti collettivi, offrendo benefici di carattere fiscale a quegli imprenditori che applicano ai loro dipendenti dei trattamenti non inferiori rispetto a quelli previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria.

I primi provvedimenti di questo genere risalgono al 1977, quando la legge n. 573 concedeva il beneficio della riduzione degli oneri contributivi alla condizione che fossero applicati "i contratti collettivi nazionali e gli

²⁵⁹ Art.3, direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi cfr. GIUGNI, *op.ult.cit.*, p. 144.

²⁶⁰ In <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0513&language=IT>

²⁶¹ Cfr. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, p. 55ss.

²⁶² Sul punto si veda FERRARO, *Fiscalizzazione degli oneri sociali e sgravi contributivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 66 ss.; FONZO, *Fiscalizzazione degli oneri sociali e osservanza delle norme collettive*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, III, p. 5ss.

accordi aziendali vigenti per il settore di appartenenza dell'impresa" (art. 2, 2° comma).

La rigida applicazione della norma di legge, che richiedeva l'integrale applicazione dei contratti collettivi, fu ridimensionata con il successivo intervento: la l. 5 agosto 1978, n. 502, che all'art. 4 stabiliva la possibilità di ottenere le esenzioni contributive per quelle imprese che assicuravano ai propri dipendenti " trattamenti non inferiori a quelli minimi previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative".

Si aboliva in tal modo non solo il riferimento alla contrattazione aziendale ma anche quello concernente l' applicazione " integrale " del contratto collettivo, con la conseguenza che le uniche imprese a non beneficiare delle fiscalizzazioni sarebbero state quelle che intendevano erogare una retribuzione inferiore ai minimi.

Il legislatore continuò a utilizzare provvedimenti di questo genere fino agli anni Ottanta, con ulteriori smussature delle condizioni richieste per il godimento del beneficio, fino ad arrivare a fissare, in negativo, le ipotesi in cui quest'ultimo non sarebbe stato applicato, vale a dire nei casi in cui i lavoratori non fossero stati denunciati agli istituti previdenziali, quando fossero stati denunciati con orari di lavoro inferiori oppure quando fossero stati denunciati con retribuzioni inferiori a quelle previste dai contratti collettivi nazionali e provinciali. In tal senso si esprimono la l. n. 389 del 1989, art. 1, 1° comma, e la l. n. 440 del 1986, commi 9° e 12°.

Il terzo gruppo è rappresentato dai c.d. contratti di riallineamento disciplinati dall'art. 23 della l. n. 196 del 1997²⁶³. Sono applicati principalmente all'interno di zone ad alto tasso di disoccupazione e di

²⁶³ Sui contratti di riallineamento cfr. LAMBERTUCCI, *Contratti di riallineamento, contratti d'area, patti territoriali* [postilla di aggiornamento-2008], in Encicl. giur. Treccani, Roma, vol. XVII, 2010; DE LUCA TAMAJO, *I contratti di riallineamento retributivo*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, suppl. al n. 3, p. 87; BELLAVISTA, *I contratti di riallineamento retributivo e l'emersione del lavoro sommerso*, in *Riv. Giur. lav.*, 1998, I, p. 93; GAROFALO, *Le novità in tema di contratti di riallineamento*, in *Dir. prat. Lav.*, 1997, p. 2129.

evasione fiscale; permettono la sospensione dell'osservanza dei contratti collettivi per quelle imprese che si impegnano, mediante l'attuazione di contratti provinciali, detti appunto di riallineamento (o di gradualità), ad avvicinare progressivamente il trattamento dei propri dipendenti a quello previsto dai contratti nazionali.

Tali contratti devono essere stipulati dalle associazioni imprenditoriali e dalle organizzazioni sindacali locali aderenti o comunque organizzativamente legate con le associazioni nazionali di categoria firmatarie del contratto collettivo nazionale di riferimento. I contratti di riallineamento vanno tenuti distinti sia dai contratti d'area (art. 2, comma 203°, lett. F, della l. n. 662 del 1996) sia dai patti territoriali (art. 8 della l. n. 341 del 1995).

3.4 (Segue) L'estensione dell'efficacia delle clausole retributive ad opera della giurisprudenza

Accanto agli interventi legislativi che hanno variamente tentato la soluzione del problema dell'*erga omnes* del contratto collettivo, fa riscontro una ricca tipologia di operazioni giurisprudenziali finalizzate all'individuazione di un qualche fondamento positivo dell'effetto estensivo.

In particolare, si fa riferimento a quella giurisprudenza, particolarmente fiorente nel primo decennio immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, che ha utilizzato gli artt. 36 Cost. e 2099 Cod. Civ. per estendere le clausole retributive dei contratti collettivi,

ed è stato considerato “*fra i più vistosi esempi di creatività normativa della nostra magistratura*”²⁶⁴.

La soluzione adottata dai giudici precede di quasi un decennio la legge Vigorelli²⁶⁵. Ed infatti, nel periodo di vigenza di quest’ultima, i giudici non solo potevano condannare il datore di lavoro che non aveva rispettato i trattamenti minimi, ma per poterlo condannare al pagamento delle differenze di trattamento economico non avevano necessità di fare riferimento al principio di cui all’art. 36 Cost., in quanto si trattava di una violazione di un obbligo previsto dalla legge.

La soluzione giurisprudenziale rimase quindi sopita per un certo periodo di tempo e ritornò alla luce quando i contratti collettivi recepiti a norma di legge iniziarono a subire le conseguenze della svalutazione poiché privati, dalla Corte Costituzionale, della possibilità di rinnovarsi.

L’operazione giurisprudenziale sui minimi consta di tre fasi: il punto di partenza iniziale è l’art. 36 Cost. che riconosce al lavoratore il “*diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa*”; riconosciuta l’immediata precettività di tale principio e cioè “*il riconoscimento della sua idoneità a regolare immediatamente i rapporti intersoggettivi e, quindi, anche i rapporti individuali di lavoro*”²⁶⁶, il giudice poté utilizzare la norma nei rapporti tra privati a prescindere da un provvedimento legislativo di attuazione. L’eventuale contrasto delle pattuizioni individuali che prevedevano una retribuzione inferiore al livello della sufficienza venne configurato, perciò,

²⁶⁴ Così TREU, *Commento all’art. 36 Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979, p. 72. Sulla tendenza dei giudici a superare quanto disposto dai contratti collettivi in tema di retribuzione, vedi PERSIANI, *Legge, giudice e contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1977, I, p. 13 ss., anche in *I nuovi problemi della retribuzione*, Padova, 1982, p. 1 ss. Sull’argomento, vedi anche ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997 e ZILIO GRANDI, *La retribuzione*, Napoli, 1996.

²⁶⁵ Cfr. *retro* par. 3.2

²⁶⁶ Cfr. PERSIANI, *Diritto sindacale*, *op. cit.*, p. 106.

come contrasto che determina la nullità della clausola non conforme, secondo i principi comuni in materia di contratti (art. 1418 Cod. Civ.).

Il secondo passaggio, prevede l'intervento dell'art. 2099 Cod. Civ. secondo cui “ *in mancanza di norme corporative o di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali*”. Quest'ultima disposizione è dettata in applicazione del principio di conservazione del contratto, che in mancanza dell'oggetto risulterebbe nullo (artt. 1346 e 1418 Cod. Civ.) ed opera esclusivamente nel caso in cui le parti non abbiano determinato la retribuzione. I giudici hanno quindi equiparato il caso in cui le parti non abbiano determinato la retribuzione al caso in cui le parti l'abbiano determinata in modo illegittimo.

Naturalmente il giudice non ascolterà il parere delle organizzazioni professionali, in quanto quelle richiamate dall'art. 2099 Cod. Civ. sono le associazioni corporative ormai scomparse. Il giudice per determinare la retribuzione, e cioè per lo svolgimento della terza e ultima fase del procedimento, utilizzerà come punto di riferimento il trattamento retributivo previsto dai contratti collettivi “*nel presupposto che questi costituiscano l'unico strumento di applicazione dei principi dettati dall'art. 36 Cost., in quanto determinano quale sia, in concreto, la retribuzione giusta e, cioè, la retribuzione proporzionata e sufficiente*”²⁶⁷.

Quest'ultimo passaggio è sicuramente il più delicato, ma allo stesso tempo è la colonna portante di tutta l'operazione che tenta di estendere l'efficacia del contratto ai datori non iscritti. Dichiarare l'immediata operatività dell'art. 36 Cost. non sarebbe bastato, infatti, a realizzare il principio contenuto in esso; questo ha potuto trovare espressione solo

²⁶⁷ Cfr. PERSIANI, *op. ult. cit.*, p. 107 sottolinea come ancora una volta si possa parlare di giurisprudenza in funzione normativa, dato che siamo in presenza di un orientamento seguito in maniera costante da oltre quarant'anni,

grazie al richiamo esterno operato dai giudici nei confronti dei minimi tariffari individuati nei contratti collettivi.

Parte della dottrina si dimostrò, in un primo momento, scettica di fronte al *modus operandi* adottato dai giudici²⁶⁸, ma in breve le critiche cessarono e si preferì volgere l'attenzione principalmente ai limiti dell'operazione giurisprudenziale.

In primo luogo è stato giustamente sottolineato come l'estensione giudiziale dei minimi contrattuali risieda esclusivamente sull'iniziativa del singolo lavoratore, il quale ha l'onere di attivare il giudizio “*per ottenere, ovviamente sempre a posteriori e a titolo risarcitorio, l'equo trattamento retributivo*”²⁶⁹.

Conseguenza di questo tipo di applicazione (individuale e a posteriori) del principio di cui all'art. 36 Cost. è l'allentamento del nesso costituzionale esistente tra l'art. 36 e l'art. 39 della Costituzione. In altre parole, la norma costituzionale sarebbe stata applicata più all'individuale che al collettivo e pertanto si troverebbe tuttora legata ad un “*soggettivismo decisionale, che non rispecchia né l'esigenze di certezza del diritto e dei rapporti economici, né quelle di un'economia di massa, dove il salario tende nelle sue grandi linee verso valori standards*”²⁷⁰.

Il presupposto dell'operatività di tale meccanismo si basa sulla convinzione che, nonostante la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., il contratto collettivo è lo strumento più adeguato per determinare la retribuzione “*proporzionata e sufficiente*”²⁷¹.

²⁶⁸ Cfr. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir lav.*, 1953, I, p. 99 ss.

²⁶⁹ Così RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, p.71.

²⁷⁰ Cfr. GIUGNI, *Prefazione* in DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Il Mulino, Bologna, 1971.

²⁷¹ Cfr., tra le più recenti, Cass. 29 marzo 2010, n. 7528, in *Foro it. rep.*, 2010, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 785; Cass. 15 ottobre 2010, n. 21274, in *Orient. giur. lav.*, 2010, p. 574; Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, in *Foro it. rep.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 21; Cass. 20 settembre 2007, n. 19467, in *Foro it. rep.*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1198, secondo la quale, in tema di determinazione della giusta retribuzione, il giudice «ben può, nella scelta del parametro contrattuale, far riferimento agli importi previsti da un contratto collettivo locale o anche

Tuttavia, va considerato che i giudici nell'applicare l'art. 36 Cost. operavano in modo "minimalistico", ossia tenendosi costantemente al di sotto della soglia della proporzionalità e della corrispettività e riservandosi, oltretutto, la possibilità di applicare a ribasso le tariffe contenute nei contratti collettivi²⁷².

Nella maggior parte delle pronunce giudiziali, l'oggetto di giudizio di adeguatezza ex art. 36 Cost. è il "*complessivo corrispettivo composto dalla paga base e da tutte le attribuzioni patrimoniali accessorie di natura retributiva*"²⁷³.

Per quanto concerne, invece, il termine di confronto adottabile (cioè il termine da cui dovrebbe risultare conformata la nuova retribuzione), esso non coincide con "tutti gli emolumenti ed istituti che concorrono a formare il trattamento economico globale", ma solo con "quelli che concorrono alla formazione del minimo costituzionale"²⁷⁴.

Anche analizzando la questione da un punto di vista strettamente legato *all'erga omnes*, si può constatare come il procedimento ex art. 36 Cost., applicato dai giudici, presenti dei limiti intrinseci difficilmente superabili. Primo fra tutti il fatto che la sentenza che estende l'efficacia del contratto collettivo produce effetti solo nei confronti del lavoratore che è stato parte del giudizio²⁷⁵.

In secondo luogo, occorre considerare "*l'eventualità*" del riferimento alle tariffe dei contratti collettivi come parametro di

aziendale, pur se peggiorativo rispetto al contratto collettivo nazionale e pur se intervenuto in periodo successivo alla conclusione del rapporto di lavoro di cui trattasi». In dottrina, sui rapporti tra contrattazione collettiva e retribuzione, vedi, tra i più recenti, FERRARO, *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 693 ss.; BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002.

²⁷² Come sottolineato da TREU, *Commento all'art.36 Cost.*, in G. Branca, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1979, p. 81.

²⁷³ Cfr. Cass. 19 dicembre 1981, n. 6739, in *Riv. It. dir. lav.*, 1983, II, p.375; Cass. 30 luglio 1980, n. 4896, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, p.80.

²⁷⁴ Cass. 16 luglio 1987, n. 6273, in *Giust. civ.*, Rep., 1987, voce *Rapporto di lavoro*, n.1772.

²⁷⁵ Sul punto v. PERSIANI, *Diritto sindacale, op. ult. cit.* p. 107.

sufficienza, con la conseguenza che questi valgono in modo relativo e non assoluto.

In terzo luogo la “*parzialità*” dell’estensione dell’efficacia che in tal modo si realizza; la quale opererà solo nei confronti della parte economica del contratto e non anche nei confronti di quella normativa²⁷⁶.

Pur in presenza dei limiti sopra citati è stato, però, sostenuto che il meccanismo giurisprudenziale dell’estensione dei minimi tariffari abbia funzionato a tal punto che quello *dell’erga omnes* sarebbe stato, addirittura, un falso problema²⁷⁷.

Non sono, comunque, mancate critiche provenienti “dall’esterno”. La Corte di Giustizia della Comunità europea ha, infatti, dichiarato inadempiente l’Italia per quanto riguarda l’obbligo di adeguamento contenuto nella Direttiva n. 129 del 1975 in materia di licenziamenti collettivi. In quella sede la Corte ritenne non sufficiente l’esistenza dell’accordo interconfederale del 1960 che prevedeva, in capo al datore di lavoro, obblighi di informazione e consultazione simili a quelli della Direttiva: affermando che questo non era dotato di efficacia *erga omnes*²⁷⁸.

Tra i tentativi di estensione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo attuati dalla giurisprudenza è necessario segnalare quello che si fonda sull’art. 2070 del Codice Civile, disposizione ereditata dal periodo corporativo che ha goduto di una seconda vita grazie all’opera della giurisprudenza.

In base a questo articolo, il datore di lavoro è tenuto ad applicare il contratto collettivo corrispondente alla propria attività (primo comma). Nel caso in cui svolga più attività, applicherà distinti contratti se le attività

²⁷⁶ Cfr. RUSCIANO, *In tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo e art.36 della Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1970, I, p.231 ss.

²⁷⁷ SUPPIEJ, *La contrattazione collettiva tra crisi economica e riforme istituzionali*; in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p.215; PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, p. 1 ss.

²⁷⁸ Corte di Giustizia CE, 8 giugno 1982, n. 91/81, in *Foro it.*, 1982, IV, p.353.

sono di carattere autonomo, oppure un unico contratto corrispondente all'attività principale, nel caso in cui le altre siano considerate accessorie o complementari.

Punto nevralgico nell'interpretazione della disposizione in esame è, quindi, il concetto di categoria inteso come “*prius vincolante la determinazione individuale*”²⁷⁹.

Orbene, la giurisprudenza, fino alla fine degli anni '80 del secolo scorso, ha sostenuto l'applicabilità di tale disposizione fondandola sulla circostanza che tale disposizione risponde ad esigenze generali dell'organizzazione sindacale²⁸⁰ e invocando, a sostegno di questa posizione, anche quell'insegnamento impartito dalla Corte costituzionale quando ha dichiarato la compatibilità tra la norma in esame e la libertà di organizzazione sindacale²⁸¹.

Pur in presenza di decise critiche da parte della dottrina²⁸², la Suprema Corte, in quegli anni, è giunta ad attribuire all'art. 2070 Cod. Civ. “*natura di disciplina pubblicistica, come tale inderogabile dalle parti*”²⁸³.

Nonostante ciò, con riferimento al primo comma, alcune volte è stata ritenuta irrilevante la circostanza che le parti del rapporto avessero aderito a organizzazioni sindacali non corrispondenti all'attività esercitata dal datore²⁸⁴, oppure non avessero aderito ad alcuna associazione sindacale.

Nel corso degli anni Novanta, però, si è registrato un mutamento di rotta e la giurisprudenza ha riconosciuto, indotta anche dalle nette prese di

²⁷⁹ Così, LUNARDON, *L'efficacia soggettiva*, op. cit. p. 113

²⁸⁰ Vedi in tal senso Cass. 23 novembre 1984, n.6063, in *Foro It.*, 1985, I, 1766.

²⁸¹ In quanto l'art. 2070 Cod. Civ. è suscettibile di essere agganciato alle categorie “risultanti dalla spontanea organizzazione sindacale e dalla autonomia collettiva”: Corte Cost. 26 giugno 1969, n. 105, in *Foro It.*, 1969, I, 2082 (è importante segnalare che la pronuncia è relativa ai contratti collettivi recepiti ex 741/1959).

²⁸² Cfr. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 146; Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1981, p.186.

²⁸³ Cass. 9 novembre 1983, n. 6652, in *Not. giur. lav.*, 1984, I; Cass. 23 novembre 1984, n. 6063, in *Foro It.*, 1985, I, 1776.

²⁸⁴ Cass. 6 novembre 1995, n. 11554, in *Foro It.*, 1996, I, 1325.

posizione della dottrina²⁸⁵, la totale incompatibilità tra l'art. 2070 Cod. Civ. e il principio di libertà e autodeterminazione sindacale²⁸⁶.

Il nuovo orientamento della Cassazione si fonda su due ordini di motivi.

In primo luogo, la costante applicazione dell'art. 2070 Cod. Civ. costituisce *“una frattura sistematica dell'ordinamento lavoristico, quale si è formato proprio attraverso la giurisprudenza di legittimità”*, e, su tale base, si deve tener conto che il concetto di categoria merceologica *“come elemento preesistente e prevalente rispetto alla scelta dell'autonomia privata”* non può oggi essere tollerato, poiché si troverebbe in netta contraddizione con la predominante impostazione civilistica del concetto di categoria contrattuale. Ciò significa che le parti non possono essere obbligate a osservare i contenuti di un determinato contratto collettivo in base all'attività svolta dall'imprenditore, ma devono essere libere di scegliere soluzioni differenti.

In secondo luogo, la Corte rileva come la disposizione in questione non possa fondare l'obbligo di applicazione del contratto nel caso in cui il datore di lavoro non sia iscritto all'associazione sindacale stipulante. Ciò comporta, sul piano individuale, che *“nell'ipotesi di rapporto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale”*.

²⁸⁵ Per le critiche della dottrina vedi la nota 45

²⁸⁶ Vedi Cass. 30 gennaio 1992, n.976, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 531 ed ora a Cass., S.U., 26 febbraio 1997, n. 2665, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 163; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1199, con nota di PERA, *La contrattazione collettiva di diritto comune e l'art. 2070 Cod. Civ.*, e in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 739, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2070 Cod. Civ.: categoria e contratto collettivo*. Successivamente, tra le tante, cfr. Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (contratto)*, 2009, n. 943; Cass. 5 maggio 2004, n. 8565, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1157; Cass. 23 giugno 2003, n. 9964, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 678; Cass. 22 agosto 2003, n. 12352, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (contratto)*, 2003, n. 29.

Alla luce di tale insegnamento, quindi, la categoria professionale non può essere considerata un dato preesistente all'organizzazione sindacale, bensì un “risultato della contrattazione collettiva”²⁸⁷.

Oggi, l'operatività di tale articolo risulta notevolmente ridimensionata, ma può trovare ancora applicazione in funzione suppletiva, ossia come parametro di orientamento per l'interprete nel caso in cui il contratto individuale operi un generico rinvio al contratto collettivo e sussistano dubbi su quale sia l'oggetto di tale rinvio.

In particolare, l'articolo in questione può essere invocato dal lavoratore, sempre nel caso in cui il datore di lavoro non sia obbligato per “appartenenza sindacale” al fine di individuare il contratto contenente i minimi retributivi destinati a fungere da parametro di retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.²⁸⁸ Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 1997 hanno avuto modo di precisare come “l'adeguamento della retribuzione ex. art. 36 può salvaguardare i diritti costituzionalmente rilevanti del lavoratore (...) e comporta anche l'applicazione di clausole del contratto collettivo non riguardanti la retribuzione in senso stretto ma indirettamente necessarie al detto adeguamento”²⁸⁹.

3.5 (Segue) L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi delegati e la questione del contratto collettivo aziendale gestionale

Il sopraggiungere della crisi e le forti spinte verso la terziarizzazione e l'internazionalizzazione del mercato del lavoro hanno

²⁸⁷ Così PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto, op. cit.*. Cfr., anche sulla distinzione tra categoria sindacale e categoria contrattuale, LISO, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VI, p. 1 ss.

²⁸⁸ Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, cit.; Cass. 8 maggio 2008, n. 11372, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 624; Cass. 4 giugno 2008, n. 14791, in *Foro it. rep.*, 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1295.

²⁸⁹ Cass., S.U., 26 febbraio 1997, n. 2665.

comportato una “*evoluzione contenutistica*” della contrattazione collettiva²⁹⁰ che, da un lato continua ad essere utilizzata come strumento per la tutela dei lavoratori, e, dall’altro, si occupa di “*concorrere all’organizzazione del lavoro*”²⁹¹ gestendo le vicende e le crisi dell’azienda e i conseguenti problemi di tipo occupazionale.

Ed è la legge che attribuisce queste “nuove funzioni” al contratto collettivo, soprattutto quello aziendale²⁹², delegandogli la competenza a regolare e definire materie altrimenti di sua competenza. E la ragione di questi rinvii deve essere rinvenuta in ciò che il contratto risulta maggiormente adattabile alle situazioni concrete rispetto alla legge²⁹³.

E, parallelamente, il contratto collettivo è stato utilizzato anche “*come strumento di attenuazione di certe norme garantiste allo scopo di favorire una maggiore flessibilità del fattore lavoro*”²⁹⁴.

²⁹⁰ Così DE LUCA TAMAJO, *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, p. 16. Parallelamente a questa “nuova stagione” del contratto collettivo prende il via anche quella della “concertazione sociale” o del “neocorporativismo” che consiste nel coinvolgimento delle grandi confederazioni nelle scelte generali di politica economica. Sul punto cfr., tra i tanti, CESSARI, *Pluralismo, neocorporativismo, neocontrattualismo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, p. 167 ss.; CARINCI, *Il diritto del lavoro tra neo-corporativismo e neo-istituzionalismo*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 335 ss.; PERA, *Corporativismo vecchio e nuovo*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 105 ss.; PERSIANI, *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neocorporativa*, in *Dir. lav.*, 1984, I, p. 3 ss.; GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003; MARESCA, *Dalla contrattazione alla concertazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 197 ss.; GHERA, *La concertazione sociale nell’esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 115 ss.; MARTONE, *Concertazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2002, vol. VII.

²⁹¹ Così PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 3.

²⁹² Secondo LUNARDON, *L’efficacia soggettiva*, *op. cit.*, p. 133 “è quindi nel passaggio tra il modello della contrattazione acquisitiva nazionale al modello della contrattazione gestionale aziendale che può individuarsi il punto di svolta dell’intero sistema”.

²⁹³ Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti in materia di crisi e di interventi della cassa integrazione guadagni straordinaria (art. 5 della legge n. 164 del 1975), in materia di trasferimento d’azienda (art. 47, primo e secondo comma, della legge n. 428 del 1990), di trasferimento di azienda in crisi (art. 47, quinto comma, della legge n. 428 del 1990), di gestione della crisi attuata mediante il riassorbimento dei lavoratori eccedenti anche in deroga all’art. 2103 Cod. Civ. (art. 4 della legge n. 223 del 1991), ovvero in caso di individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in Cassa integrazione guadagni (art. 1, settimo comma, della legge n. 223 del 1991), o di definizione dei criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità a seguito delle procedure di licenziamento collettivo (art. 5 della legge n. 223 del 1991).

²⁹⁴ Così MENGONI, *Legge ed autonomia collettiva*, in *Mass. Giuri. Lav.*, 1980, p. 697. Cfr. anche GIUGNI, *Giuridificazione e de regolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p. 317. Ed infatti, la legge ha devoluto alla contrattazione collettiva la

La contrattazione collettiva assume un ruolo fondamentale anche in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali laddove la legge n. 146 del 1990 demanda alla stessa il compito di specificare le prestazioni che devono essere garantite a tutela dei diritti costituzionali degli utenti²⁹⁵.

In tale contesto, si può quindi riassumere l'evoluzione della contrattazione aziendale in due distinte tappe. Da un lato, quella che va dalla nascita del contratto collettivo aziendale, passa attraverso il periodo della sua crescita in rilevanza ed autonomia e raggiunge il suo apice all'inizio degli anni settanta, momento in cui il contratto collettivo aziendale aveva funzioni di tipo incrementale e integrativo rispetto a quello nazionale.

Dall'altro lato, quella che va da blocco delle dinamiche incrementali posto in essere dal legislatore tramite gli interventi c.d. sui massimi²⁹⁶, attuati nei decenni settanta e ottanta, passa attraverso un periodo in cui gli elementi dello scambio cominciano a confondersi con quelli della concessione o partecipazione e giunge infine agli interventi legislativi nelle materie calde quali i licenziamenti, la cigs, la riduzione dell'orario di lavoro e i criteri di scelta. La linea di confine è quindi molto

materia del contratto di formazione e lavoro (art. 5 della legge n. 863 del 1984), ovvero in materia di contratti a termine (art. 23 della legge n. 56 del 1987), o di contratti di fornitura di lavoro temporaneo (art. 1 della legge n. 196 del 1997).

²⁹⁵ A tal proposito cfr. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. Lav.*, 1992, I, p. 13. Proprio con riferimento alla scelta del legislatore di rinviare alla contrattazione collettiva, si è posto il problema di compatibilità tra la legge n. 146 del 1990 con l'art. 40 Cost. e l'art. 39 Cost. tale questione è stata risolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 344 del 1996 in *Foro it.*, 1997, I, p. 381, con la quale la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale per quanto riguarda l'art. 40 Cost. ritenendo che "la riserva di legge non esclude che la determinazione di certi limiti o modalità del diritto di sciopero possa essere rimessa non solo a fonti statuti subprimarie, ma anche alla contrattazione collettiva, purché con condizioni che garantiscano le finalità per le quali la riserva è stata disposta". La questione di compatibilità con l'art. 39 Cost. è stata, invece, risolta nel senso che "oggetto della contrattazione collettiva non è un conflitto di interessi tra imprenditori e lavoratori incidente sull'assetto generale del mercato del lavoro, bensì il conflitto tra i lavoratori addetti ai pubblici servizi essenziali e gli utenti in ordine alla misura entro cui il diritto di sciopero deve essere mantenuto per contemperarlo con i diritti della persona costituzionalmente garantiti".

²⁹⁶ Cfr. TOSI, MAZZAMUTO, *Il costo del lavoro tra legge e contratto*, in *Riv. giur. lav.* 1977, I, p. 219 ss.

chiara, da un lato vi è la funzione incrementale ed integrativa, dall'altra quella gestionale e concessiva²⁹⁷.

Ed è proprio in questo contesto che prendono il via gli accordi variamente definiti “ablativi” o di “concessione”²⁹⁸, o anche “gestionali”²⁹⁹ che si distinguono non tanto per le materie sulle quali opera, quanto per il fatto che invece di acquisire miglioramenti di trattamento economico e normativo e di dettare una regola uniforme per tutti i rapporti di lavoro, risolvono “*un conflitto di interessi tra gli stessi lavoratori*”³⁰⁰.

Ed è proprio con l'attribuzione di queste “nuove funzioni” al contratto collettivo che il processo di “sdrammatizzazione”³⁰¹ del problema *dell'erga omnes* si arrestò bruscamente ponendo alla giurisprudenza e agli interpreti nuovi interrogativi.

In particolare, proprio nel momento in cui la contrattazione collettiva opera nel senso di distribuire sacrifici, anziché ripartire vantaggi, la questione dell'efficacia soggettiva si pone per la prima volta sul versante dei lavoratori³⁰².

Ed infatti, se in precedenza la dilatazione della sfera di efficacia del contratto collettivo era considerata strumentale all'attribuzione di diritti al lavoratore che, se non iscritto al sindacato, restava escluso dai benefici della contrattazione, con l'avvento della contrattazione c.d. gestionale o in

²⁹⁷ Cfr. PESSI, *Innovazione tecnologica e sistema di relazioni industriali: “la contrattazione della trasformazione” e il “protocollo Iri”*, in *Riv. It. dir. lav.*, 1986, I, p. 732 ss.

²⁹⁸ Cfr. SCIARRA, *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo*, in *Lav. Dir.*, 1987, p. 465 ss.

²⁹⁹ Cfr. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti*, *op. cit.*, p. 25 ss.

³⁰⁰ Così, PERSIANI, *Diritto sindacale*, *op. cit.* p. 118. Lo stesso A. sottolinea, però che “*anche in questi casi, tuttavia, il contratto collettivo persegue un interesse collettivo (...) che corrisponde alla preoccupazione comune a tutti i lavoratori che l'impresa possa superare la crisi che la affligge onde possa tornare a garantire, di nuovo, l'occupazione di tutti*”. Sulle nuove funzioni del contratto collettivo cfr. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione*, *op. ult. cit.*, e, più di recente M.C. CATAUDELLA, *Contratto collettivo (nuove funzioni del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, IX, 2002, p. 3 ss.

³⁰¹ L'espressione è di LUNARDON, *L'efficacia soggettiva*, *op. cit.* p. 132.

³⁰² Cfr. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in PERSIANI-CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol I, *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, 2010, p. 494 e ss.

perdita le operazioni di estensione dell'efficacia diventano strumento per la distribuzione, tra i lavoratori, di obblighi e sacrifici. Da strumento di fondazione di obblighi in capo al datore di lavoro, l'*erga omnes* diventa strumento di costituzione di obblighi in capo ai lavoratori.³⁰³

Tuttavia, le soluzioni accolte sulla questione dell'efficacia soggettiva non sono state univoche³⁰⁴.

Ed infatti, soprattutto negli anni '80 l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione era stato ambivalente: da un lato, era stata sostenuta un'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale³⁰⁵; dall'altro lato, altre pronunce si ponevano in senso contrario negando tale efficacia "*nei confronti dei lavoratori dissenzienti*"³⁰⁶, nonostante si trattasse di lavoratori iscritti al sindacato stipulante, argomentando sulla base della "*teorica della rappresentanza di diritto comune*"³⁰⁷.

³⁰³ Cfr. LUNARDON, *L'efficacia soggettiva*, op. cit., p. 132 ss. Secondo l'A. il contratto gestionale è semplicemente il luogo in cui si combinano più funzioni e sicuramente, tra di esse, quelle che lo qualificano maggiormente sono le due funzioni deregolativa e dispositiva. Spesso, infatti, il contratto gestionale si occupa di derogare disposizioni normative preesistenti e di contenuto garantistico su esplicito rinvio legislativo, oppure si trova a "disporre" di diritti individuali del prestatore di lavoro di origine collettiva o legislativa; queste due funzioni possono essere presenti entrambe all'interno di un unico contratto gestionale.

³⁰⁴ Per un approfondimento della questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale cfr. PROIA, *Questioni sulla contrattazione*, op. cit., p. 17 ss.

³⁰⁵ Cfr. Cass. 9 dicembre 1988, n. 6695, in *Rep. Foro It.*, 1989, voce "Lavoro (contratto)", n. 53; Id., 2 marzo 1988, n. 2228, *ivi*, 1988, voce cit., n.55; Id., 8 febbraio 1986, n. 829, *ivi*, 1986, voce cit. n. 75. In dottrina cfr. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione*, op. cit., p. 35 ss; LUCIFREDI, *In tema di efficacia dei contratti collettivi aziendali*, in *Mass. Giur. lav.*, 1990, p. 384; NOGLER, *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto aziendale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, p. 61 ss.

³⁰⁶ Cfr. Cass. 5 marzo 1992, n. 2664, in *Sett. giur.*, 1992, p. 740.

³⁰⁷ Così CARUSO, *L'efficacia del contratto aziendale e il dissenso: la Cassazione naviga "a vista"?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 84. Tra le sentenza che negano questa efficacia generalizzata cfr. Cass. 11 novembre 1988, n. 6114, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, p. 663 ss; Id., 11 marzo 1987, n. 2525 in *Rep. Foro it.*, voce "Lavoro(contratto)", n. 36; Id., 8 febbraio 1986, n. 829, *ivi*, voce cit., n. 84; Cass., 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Foro it.*, 1991, p. 877 ss con nota di ROMEI; in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2074, con nota di LAMBERTUCCI, *La Corte di Cassazione in materia di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali: in particolare la vincolatività dei contratti collettivi aventi ad oggetto la riduzione dell'orario di lavoro*; in *Mass. Giur. lav.*, 1990, 384 con nota di LUCIFREDI; Id., 13 gennaio 1992, n. 289, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 74 con commento di CARUSO e nota di PANDOLFO, *Deliberazione dell'assemblea dei lavoratori ed efficacia del contratto aziendale "sindacale"*; in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 335, con nota di PROSPERETTI, *Libertà sindacale ed efficacia soggettiva dei contratti collettivi disomogenei*". Più di recente la Suprema Corte (cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10358, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 312 con nota di BOLLANI) ha ribadito che l'estensione generalizzata dell'efficacia

Fondamentale, in tale ricostruzione, è stato il dibattito che si è instaurato sulla rimozione del divieto di lavoro notturno per le donne (già riconosciuto dall'art. 5 della legge n. 903 del 1977).

Ed infatti, in tale circostanza, la Suprema Corte era giunta alla conclusione per cui il contratto in questione doveva ritenersi applicabile anche alle lavoratrici dissenzienti sul presupposto che le stesse erano iscritte alle associazioni contraenti e tali erano rimaste anche dopo la stipula del contratto³⁰⁸.

In ogni caso, con riferimento alla contrattazione investita dal legislatore di funzioni derogatorie rispetto a discipline preesistenti, non sembra si possa parlare di un problema insormontabile³⁰⁹, specie se si tratta di quelle disposizioni che contengono divieti o limiti al potere imprenditoriale, nei cui confronti il contratto collettivo non si pone come fonte produttiva di innovazioni, ma semplicemente come strumento atto a regolare le modalità di esercizio di quel potere o come elemento necessario per il sorgere del potere³¹⁰.

soggettiva dei contratti collettivi aziendali costituisce una regola generale in ragione degli interessi collettivi inscindibili che perseguono; ma ha anche ribadito che il principio di libertà sindacale impone di non estendere l'efficacia del contratto aziendale (nel solo caso in cui preveda deroghe *in pejus* al contratto nazionale) ai lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato il contratto collettivo, ne condividono l'esplicito dissenso.

³⁰⁸ Cfr. Cass. 24 aprile 1993, n. 4802, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 749 con nota di LASSANDARI, *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale: il caso della rimozione del divieto di lavoro notturno*. In particolare, argomentando sulla logica dell'interesse collettivo, la Corte ritiene che “*in presenza e nella persistenza di un fatto di adesione (iscrizione) che costituisce l'essenza del sindacato, la legittimazione della sua azione, la prova della sua effettività della sua rappresentanza, le opposizioni, i dissensi, le diffide di volontà di volta in volta espresse dai singoli lavoratori iscritti senza dimettersi, come è stato accertato per le lavoratrici in causa, tale loro qualità, assumono giuridica rilevanza sul piano della democrazia interna. Sul piano invece dell'efficacia del negozio tra le (contrapposte) parti stipulanti, tali dissensi, tali dinamiche, tali anche rilevanti fenomeni sono destinati a rimanere privi di effetto ove il contratto collettivo sia stato posto in essere dai soggetti che ne avevano il potere e abbia generato negli altri stipulanti corrette aspettative di adempimenti*”.

³⁰⁹ È di tale avviso LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit. p. 46.

³¹⁰ Esempi di questo genere possono essere: gli artt. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori relativi al divieto di installazione di apparecchiature di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e divieto di visite personali di controllo; gli artt. 1, 4° comma e 5, 2° comma della l. n. 903 del 1977, relativi al divieto di discriminazione per lavori particolarmente pesanti e divieto di lavoro notturno femminile; l'art. 5, 5° comma della l. n. 863 del 1984, relativo al divieto di lavoro supplementare nel part-time; l'art. 23, 1° comma della l. n. 56 del 1987, relativo al divieto di

In questi casi per trovare il fondamento dell' *erga omnes* possono essere adottate due soluzioni.

La prima è quella suggerita da un illustre dottrina che equipara la contrattazione derogativa alla contrattazione integrativa, affermando che in queste norme “*la contrattazione non è utilizzata come fonte regolativa di natura negoziale, ma come elemento di integrazione di una fattispecie alternativa alla norma legale*”³¹¹. In altre parole, in questi casi, il precetto legale viene lasciato parzialmente in bianco e il contratto collettivo, su autorizzazione dello stesso legislatore, viene chiamato a riempirlo. In tal modo il contratto, grazie all'investitura legislativa, acquista efficacia *erga omnes* poiché si pone sullo stesso piano della norma che lo ha richiamato³¹².

La seconda soluzione che può essere adottata per fondare l'efficacia *erga omnes* di questi contratti è quella della c.d. procedimentalizzazione seguita anche dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 268 del 1994³¹³.

Nelle ipotesi sopra citate il contratto collettivo è rivolto “*a manipolare in via diretta non il contenuto dei singoli rapporti individuali, bensì direttamente la norma legale*” ; tutti i lavoratori non possono perciò che trovarsi “*naturalmente esposti all'esercizio dei poteri imprenditoriali che hanno riacquisito una latitudine maggiore in conseguenza della modifica dell'assetto normativo avvenuta sullo stesso piano della legge*”³¹⁴.

assumere a termine fuori dai casi previsti dalla l. n. 230 del 1962; l'art. 47, 5° comma della l. n. 428 del 1990 relativo al limite costituito dal principio della continuità nel trasferimento d'azienda; l'art. 4, 11° comma della l. n. 223 relativo al divieto di spostamento del lavoratore a mansioni inferiori.

³¹¹ Così MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 697.

³¹² Conclude in tal senso anche R. PESSI, *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1985, p. 347.

³¹³ Corte Costituzionale n. 268 del 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 310.

³¹⁴ Cfr. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, p. 42, nota 69.

Lo schema della procedimentalizzazione è stato originariamente elaborato dalla dottrina in riferimento agli artt. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori³¹⁵, i quali hanno ad oggetto non la predeterminazione delle condizioni economiche e normative di trattamento della prestazione, ma il potere organizzativo del datore di lavoro.

Gli accordi in tal caso vengono dotati di efficacia *erga omnes*, non tanto in forza dell'accordo, ma grazie al potere stesso del datore: se infatti il potere del datore produce di regola effetti su tutti i lavoratori, non si vede perché, a seguito della procedimentalizzazione, non debba produrre effetti analoghi.

In questi casi, non si verrebbe nemmeno a creare un problema dell'*erga omnes*, in quanto tale schema opera negando la presenza di quelli che sono i presupposti costitutivi del problema dell'efficacia: manca, infatti, quella sfasatura tra l'area dei rappresentanti e quella dei rappresentati che costituisce il nucleo del problema dell'estensione del contratto collettivo ai non iscritti³¹⁶.

La dottrina si è anche occupata di individuare le condizioni tecniche necessarie affinché si possa fare ricorso a tale schema: in primo luogo è necessario che il potere del datore di lavoro sia unilaterale e riconosciuto in capo a lui dall'ordinamento, deve essere, quindi, del tutto indipendente dall'accordo che lo andrà a limitare o "complicare"³¹⁷; in altre parole questo potere deve preesistere all'accordo³¹⁸.

³¹⁵ Lo schema è stato fondato da LISO *La mobilità del lavoratore in azienda : il quadro legale*, Angeli, Milano, 1982, p.137 ss.; Il termine risale però a ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 Cod. Civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1049 ss., con il quale intende indicare una "complicazione" del processo decisionale dell'imprenditore che resta vincolato a determinate regole poste dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

³¹⁶ Cfr. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Angeli, Milano, 1992, p. 139.

³¹⁷ Cfr. CARUSO, *op. ult. cit.* p. 184.

³¹⁸ Restano quindi tagliati fuori, ad esempio, i contratti di solidarietà del primo tipo (che prevedono l'intervento della cig) e quelli del secondo tipo (che non prevedono l'intervento della cig, dato che l'effetto pregiudizievole sul rapporto di lavoro trae fonte direttamente dal contratto collettivo ed inoltre, in questi casi, il datore di lavoro non ha alcun potere unilaterale di modificare le condizioni contrattuali sull'orario di lavoro; sul punto v. ICHINO, *Il tempo della*

Inoltre si è aggiunto che il contratto deve pur sempre intendersi deputato a svolgere una funzione di tutela del lavoratore, poiché attenua, anche quando è strumento di distribuzione di sacrifici, le conseguenze dell'esercizio di un potere in origine libero e illimitato³¹⁹. Tali presupposti applicativi, cioè la preesistenza e l'unilateralità del potere del datore, nonché la funzione di tutela dell'accordo, non vanno però interpretati in maniera rigida.

Riguardo al primo presupposto (unilateralità e preesistenza), non è sempre necessario che si tratti di una posizione di potere, ma è sufficiente la sussistenza di una situazione soggettiva che investe unilateralmente il datore, tanto in positivo (potere di licenziare, collocare in cig e in mobilità ed altro) quanto in negativo (divieto di installazione di impianti audiovisivi di controllo, di visite personali, di affidamento di lavoro notturno femminile non dirigente ed altro)³²⁰.

Riguardo al secondo presupposto (funzione di tutela), appare difficile fare distinzione tra uno schema di procedimentalizzazione puro come quello relativo agli artt. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori, che non è dismissivo di diritti individuali, e uno schema di procedimentalizzazione spurio, tale cioè da prevedere, tra l'altro, anche una dismissione di tali diritti³²¹.

In realtà l'aspetto fondamentale e caratterizzante di tale schema, sul quale è necessario porre l'attenzione, è la sua capacità di porsi come filtro tra una fonte di potere, quella del datore, che in ogni caso raggiungerebbe tutti, e i destinatari. Come altrimenti è stato detto, “*la contrattazione*

prestazione di lavoro. II, Estensione temporale della prestazione lavorativa subordinata e relative forme speciali di organizzazione, Milano, 1985, p. 351.

³¹⁹ In tal senso TOSI, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 449ss.

³²⁰ Sul punto v. LUNARDON, *L'efficacia soggettiva*, *op. cit.*, p. 263.

³²¹ La distinzione è di SCIARRA, *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 487; L'autore separa la procedimentalizzazione integrativa da quella dismissiva. Come esempio di procedimentalizzazione dismissiva viene richiamato l'accordo stipulato nel contesto della mobilità che, ai sensi dell' 11° comma dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991, dispone uno spostamento del lavoratore a mansioni inferiori o non equivalenti.

collettiva (...) è una tecnica di condizionamento dei poteri imprenditoriali, (...) non una tecnica proiettiva sul piano collettivo degli interessi individuali del lavoratore". E se " è così, il contratto collettivo aziendale è sempre efficace erga omnes (...), cioè è sempre vincolante nei confronti di tutti i lavoratori, poiché il suo compito è quello di vincolare, a favore di tutti, l'unica controparte datoriale"³²².

Lo schema della procedimentalizzazione è stato sposato anche dalla Corte costituzionale che, nel salvare l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 in materia di determinazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare collettivamente o da collocare in mobilità, lo ha adottato per la prima volta. La Corte più che spiegare come opera tale schema, si è preoccupata di distinguere tipologicamente i contratti stipulati ai sensi del citato art. 5 della legge n. 223 del 1991 (contratti di procedimentalizzazione) dai contratti normativi. E, in tal senso, è stato insegnato che *"gli accordi sindacali che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese. Si tratta di un tipo diverso di contratto, la cui efficacia diretta - in termini di limiti e modalità di esercizio del potere di licenziamento finalizzato alla riorganizzazione del lavoro nell'impresa - 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."*

³²² Cfr. NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, Intervento in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, 1998, p. 165 ss. in part. p.186.

Più complessa è, invece, la vicenda dell'efficacia soggettiva dei contratti in perdita che incidono su posizioni del lavoratore “*già dotate di una propria disciplina*”³²³, come ad esempio l'orario di lavoro.

In assenza di un esplicito rinvio legislativo, in questi casi può realizzarsi o un conflitto con una norma imperativa di legge, nel caso in cui il diritto inciso sia di fonte legislativa, oppure un contrasto fra contratti collettivi di diverso livello.

Nel primo caso, il problema dell' *erga omnes* resterà chiaramente subordinato a quello della legittimità delle clausole contrattuali che dispongono il diritto³²⁴.

Nel secondo caso, invece, il problema della legittimità delle clausole appare diversamente risolvibile³²⁵. Per ciò che a noi interessa è importante sottolineare come non vada fatta confusione tra la problematica dell' *erga omnes* e quella della legittimità dell'atto di disposizione dei diritti dei lavoratori, anzi “*una volta superato il problema della legittimità, il problema dell' erga omnes non sembrerà neppure qui insormontabile*”³²⁶.

Emblematico è il caso dei contratti di solidarietà c.d. difensivi o del primo tipo: nei confronti di questi non possiamo, infatti, ricorrere allo schema della procedimentalizzazione poiché il contratto collettivo non interviene a “liberare” o regolamentare un potere datoriale altrimenti non

³²³ Cfr. LISO, *Il mercato del lavoro*, *op. cit.*

³²⁴ Sul punto cfr. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1985, p. 685 ss.

³²⁵ Per approfondimenti relativi a questa ampia tematica si rimanda a GIUGNI, *Diritto sindacale*, 2010, *op. cit.*, p. 177 ss.

³²⁶ Cfr. LUNARDON, *op. cit.*, p. 140; l'A., all'interno della stessa opera (p.271), sottolinea come le due problematiche vadano tenute distinte poiché operano su due differenti piani. La problematica dell'*erga omnes* si sviluppa, infatti, sul piano orizzontale e come limiti incontra solo ed esclusivamente quello della non iscrizione del lavoratore oppure quello del dissenso manifestato, nei confronti della pattuizione collettiva, dal non iscritto o dal non aderente. La seconda problematica, relativa alla legittimità dell'atto di disposizione dei diritti del lavoratore, si sviluppa invece sul piano verticale, lungo l'asse del rapporto tra rappresentante e rappresentato, e trova come suo limite non solo il dissenso dell'iscritto, ma addirittura l'assenza della manifestazione di un suo previo consenso.

esercitabile (come nelle norme precedentemente richiamate), o esercitabile con altri limiti (art. 5 l. n. 223 del 1991, sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare collettivamente o da collocare in mobilità), bensì crea esso stesso quel potere, come ad esempio il potere di ridurre l'orario di lavoro e la retribuzione. Il legislatore in tali casi è stato molto attento a non attribuire direttamente ad essi un'efficacia normativa generale. L'effetto giuridico generalizzato si produrrà inserendo l'accordo o il contratto all'interno di una fattispecie complessa di cui esso costituisce un elemento e sarà necessario il concorso di ulteriori elementi di carattere amministrativo-pubblicistico³²⁷.

Si può infatti constatare che gli effetti modificativi dei rapporti di lavoro nell'ipotesi del contratto di solidarietà del primo tipo³²⁸, teso ad “*evitare in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esuberanza del personale anche attraverso un suo più razionale impiego*” (art. 1 l. n. 863 del 1984), non vengono prodotti dal contratto, ma dal provvedimento ministeriale di ammissione all'integrazione salariale³²⁹.

In casi del genere si può quindi sostenere che “*l'intervento dell'organismo amministrativo copra o in qualche modo compensi la situazione di carenza di mandato specifico in capo al sindacato, comunemente ritenuta necessaria per la disposizione di diritti individuali in sede collettiva (ai sensi dell'art. 2113)*”³³⁰.

³²⁷ Sul punto cfr. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 226 ss.

³²⁸ Dall'esempio viene escluso il contratto di solidarietà del secondo tipo in quanto non prevede l'intervento della Cassa integrazione.

³²⁹ Il provvedimento di concessione dell'integrazione non è infatti configurabile come atto dovuto, perché l'Ufficio regionale del lavoro (oggi Direzione regionale del lavoro) è tenuto ad accertare la finalizzazione della riduzione concordata di orario al riassorbimento della esuberanza del personale, nonché ad esprimere parere motivato; ed il Ministro “concede” l'integrazione dopo aver acquisito la relazione dall'ufficio, ovvero, anche in mancanza di essa, ma dopo aver compiuto in via sostitutiva l'anzidetto accertamento. Sul punto cfr. MAGNANI, *Commento all'art 1 del d.l. n. 726/1984, convertito in l.19 dicembre 1984, n. 863*, in *I contratti di solidarietà (misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali. Legge 19 dicembre 1984, n. 863)*. *Commentario* a cura di M. NAPOLI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, p.819 ss.

³³⁰ Cfr. LUNARDON, *L'efficacia soggettiva*, *op. cit.* p. 256.

In ogni caso, la *vis expansiva* dei contratti gestionali è stata affermata dalla Corte Costituzionale in quanto ponendo vincoli al datore di lavoro determina una limitazione dei poteri di quest'ultimo che non può non avere efficacia nei confronti di tutti i prestatori di lavoro³³¹.

Ed infatti la limitazione volontaria dell'esercizio dei propri poteri posta in essere dall'imprenditore in occasione di accordi di ristrutturazione o riorganizzazione dell'azienda ha la stessa efficacia generalizzata che hanno i provvedimenti adottati dal datore di lavoro nell'esercizio unilaterale dei propri poteri³³².

³³¹ Cfr. Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2307.

³³² Cfr. PROIA, *Questioni sulla contrattazione*, *op. cit.*, p. 22.

CAPITOLO IV

“Le questioni sul dissenso”

4.1 Conflitto intersindacale, dissenso individuale e accordi separati

La costruzione teorica del contratto collettivo di diritto comune alla quale era pervenuta la dottrina degli anni '90³³³ era stata condizionata soprattutto dall'unità di azione sindacale che aveva garantito di supplire all'anomia legislativa mediante la creazione di un sistema sindacale “di fatto”³³⁴.

Pertanto, il venir meno del presupposto dell'unità sindacale, “*dato necessario, o, addirittura ontologicamente preesistente*”³³⁵, ha determinato anche la crisi della teorica del contratto collettivo che proprio dal quel presupposto muoveva.

La rottura dell'unità sindacale e l'apertura della stagione della contrattazione separata hanno riaperto il dibattito sul problema del dissenso, tanto collettivo quanto individuale. E, proprio con riferimento al problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, è opportuno operare una distinzione tra il dissenso collettivo, una delle espressioni più significative del conflitto intersindacale, e il dissenso individuale³³⁶.

Ed infatti, nel caso di dissenso individuale siamo in presenza di un conflitto che attiene a manifestazioni di volontà diverse, ossia quella dell'autonomia individuale e quella dell'autonomia collettiva.

³³³ Sulla ricostruzione storica della teorica del contratto collettivo di diritto comune cfr. *amplius* A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, 2007, in particolare cap. II e cap. III. Cfr. anche D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn.dir. lav. Rel. Ind.*, 1998, 4, p. 668.

³³⁴ Cfr., a in particolare, par. 1.3 del presente lavoro.

³³⁵ PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva, op. cit.*, p. 75.

³³⁶ La distinzione tra dissenso individuale, singolo o plurimo, e dissenso collettivo è ben spiegata da PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva, op. cit.*, p. 13 e ss.

Ed invece, il dissenso collettivo³³⁷ esprime un conflitto di manifestazioni di volontà della stessa natura, entrambe espressione dell'autonomia collettiva e dell'organizzazione sindacale.

Proprio per questa ragione, è necessario trattare separatamente il dissenso individuale da quello collettivo, in quanto implicanti questioni diverse che non possono essere risolte con gli stessi criteri.

In particolare, quanto al dissenso del singolo lavoratore occorre sempre tener a mente il principio generale in base al quale, a seguito della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., deve essere riconosciuto un diritto del lavoratore al dissenso³³⁸ a meno che il lavoratore non si sia obbligato, mediante altre forme, quali l'iscrizione al sindacato³³⁹, ovvero la clausola di rinvio³⁴⁰ contenuta nel contratto individuale, ad osservare l'accordo collettivo³⁴¹.

E' bene sottolineare, come si avrà modo di approfondire in seguito³⁴², che il diritto al dissenso se pur meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, non può, però, essere ritenuto incondizionato. Sarà, infatti, ritenuto meritevole di tutela soltanto quel dissenso che ha ad oggetto l'intero assetto contrattuale, ossia la "fonte" collettiva, ma non i singoli atti che ne derivano³⁴³.

Ed invece, diverso è il caso in cui l'organizzazione sindacale che pure sarebbe legittimata a stipulare³⁴⁴ un contratto collettivo decide, dopo

³³⁷ Sul dissenso collettivo oltre a PROIA, *Questioni sulla contrattazione*, op. cit., p. 119 ss. e 167 ss., cfr. anche CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, 1992; TURSI, *Autonomia contrattuale*, op. cit.; A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, op. cit., NAPOLI, *Il sindacato*, Vita e Pensiero, 2009, p. 50.

³³⁸ Sui limiti di questa affermazione in caso di accordi aziendali gestionali, cfr. *retro* par.3.6

³³⁹ Cfr. *retro* par. 2.1.

³⁴⁰ Cfr. *retro* par. 2.4. Sulla possibilità di recesso dalla clausola di rinvio cfr. par. 2.7.

³⁴¹ Cfr. PROIA- GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

³⁴² Cfr. par. 4.8

³⁴³ Cfr. PROIA-GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo*, op. cit..

³⁴⁴ Sulla rappresentatività quale criterio selettivo utilizzato dall'ordinamento per riconoscere il potere di stipulare contratti collettivo soltanto ad alcuni sindacati cfr. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, 2000, p. 80 ss. Sul punto cfr. anche A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, op. cit., in particolare cfr. cap. II. Sull'adozione del principio maggioritario per la soluzione dei conflitti intersindacali, e sull'adozione di tale

aver preso parte alle trattative, di manifestare il proprio dissenso non sottoscrivendo quel contratto collettivo.

In tale situazione ci troviamo, infatti, di fronte al fenomeno dei cosiddetti accordi separati ossia quei “*contratti collettivi firmati non da tutte le organizzazioni sindacali che, secondo la prassi formatasi nel tempo, identificano le parti del sistema di relazioni negoziali operante nell’ambito di applicazione – cioè la categoria contrattuale, il territorio, l’azienda – ove l’ AS è destinato ad operare*”³⁴⁵.

Ai fini dell’inquadramento del fenomeno va specificato che gli accordi separati vanno tenuti distinti dagli accordi c.d. pirata, i quali sono firmati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività e sostenuti da alcune associazioni imprenditoriali compiacenti, ed hanno come unico fine quello di porsi come alternativa al contratto nazionale di lavoro, in modo tale che il datore di lavoro possa assumere la posizione giuridica di chi applica un contratto collettivo. Naturalmente, dal punto di vista dei contenuti, contratti di questo genere offrono tutele economiche e normative scarse per il lavoratore e vengono pertanto considerati degli elementi inquinanti del sistema di contrattazione sindacale.

L’accordo separato non costituisce, invece, un’ alternativa rispetto ad un altro contratto collettivo, ma si propone come fonte esclusiva della regolamentazione collettiva della categoria e, dal punto di vista del contenuto, realizza pur sempre un miglioramento delle condizioni di lavoro preesistenti, anche se in una misura non ritenuta idonea da parte del sindacato non firmatario.

criterio da parte della legge n. 30 del 2003 e del successivo d. lgs. n. 276 del 2003 dove si fa riferimento ai contratti collettivi delegato i regolamento stipulati “*da*” e non “*dalle*” associazioni di datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative cfr. CARINCI, *Dal libro bianco alla legge delega, Introduzione a Il diritto del lavoro dal “Libro Bianco” al disegno di legge delega 2002*, a cura di CARINCI-MISCIONE, Ipsoa, Milano, 2002.

³⁴⁵ Così MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, *Riv. it. dir. lav.*, I, 2009, p. 29 ss.

Orbene, il tema degli accordi separati presenta molteplici implicazioni sia dal punto di vista giuridico³⁴⁶ (di cui ci si occuperà nei paragrafi successivi), sia dal punto di vista delle relazioni industriali.

Nei confronti di queste ultime, infatti, il fenomeno degli accordi separati è stato definito il “*termometro dello stato attuale delle relazioni sindacali*”³⁴⁷ considerate nel loro insieme (dal livello confederale, passando per quello di categoria³⁴⁸, fino a quello aziendale). Gli accordi separati sono infatti il risultato della crisi dell’unità di azione sindacale che per lungo tempo si è sostanziata nella gestione congiunta della rappresentanza in sede negoziale.

E, un esempio vistoso della crisi dell’unità sindacale che sta interessando oggi giorno le relazioni sindacali è dato proprio dalla mancata sottoscrizione da parte della CGIL del patto di riforma degli assetti contrattuali del gennaio 2009 e del successivo accordo di attuazione dello stesso anno³⁴⁹. A ciò si aggiunga che nel settore metalmeccanico la crisi è particolarmente evidente laddove la FIOM privilegia la tenuta del contratto nazionale, mentre la FIM e la UILM, attraverso l’inclusione dell’art. 4bis³⁵⁰ al contratto metalmeccanico del 2009 (non firmato anch’esso dalla

³⁴⁶ Sui problemi giuridici della contrattazione separata cfr. anche SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *Riv. Giur. lav.*, 2010, 1, p. 3 ss.

³⁴⁷ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 38.

³⁴⁸ Ne è un esempio, nel settore metalmeccanico, il ccnl stipulato in data 15 ottobre 2009 non sottoscritto dalla FIOM-CGIL, quando ancora era vigente il precedente contratto collettivo del 20 gennaio 2008, unitario.

³⁴⁹ Su cui cfr. *infra* par. 4.4. Su questi accordi, vedi, soprattutto, CARINCI, *Una dichiarazione d’intenti: l’accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 177 ss.; R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 326 ss.; MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l’accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 1278 ss.; RICCI, *L’accordo quadro e l’accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 353 ss.; BELLARDI, *L’attuazione dell’accordo quadro: pluralità dei sistemi contrattuali ed eterogeneità dei fini. Alcune note di sintesi*, in *Dir. lav. rel ind.*, 2010, p. 387 ss.

³⁵⁰ Aggiunto in data 29 settembre 2010 al contratto metalmeccanico siglato il 15 ottobre 2009 e non firmato dalla FIOM.

FIOM) hanno accettato lo spostamento del baricentro del sistema contrattuale verso la contrattazione aziendale

Per quanto frequenti, in ogni caso, gli accordi separati possono essere considerati un'anomalia del nostro sistema di contrattazione collettiva ma, se anomalie di questo genere dovessero presentarsi con maggior frequenza, si temono forti ripercussioni sull'intero sistema di relazioni industriali, in particolare all'interno delle aziende³⁵¹.

Emblematica è, a tal proposito, la vicenda che sta interessando in questi giorni il settore metalmeccanico e, in particolare, alcuni degli stabilimenti FIAT (Giambattista Vico di Pomigliano e Mirafiori)³⁵² in cui è stato stipulato un ccnl del 2009 separato, perché non sottoscritto dalla FIOM-CGIL e, a livello aziendale, sono stati stipulati i contratti aziendali separati per i due stabilimenti, anch'essi non sottoscritti dalla FIOM-CGIL.

In queste situazioni, si pone il problema di sapere, stante la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., come possano trovare soluzione i conflitti individuali e intersindacali e, in particolare, quale rilievo attribuire al

³⁵¹ All'interno delle aziende si potrebbero creare una molteplicità di problemi: ad esempio per la ripartizione, tra sindacati aventi diritto, del c.d. terzo riservato dei componenti delle RSU; alle modalità di formazione ed esternazione della volontà delle RSU nell'esercizio dei diritti sindacali e nelle decisioni da assumere in sede di contrattazione aziendale. Su tali problemi, non affrontati nel presente lavoro, cfr. MARESCA, *Accordi collettivi separati*, op. cit., p. 61 ss.; SCARPELLI, *Una riflessione a più voci*, op. cit., p. 16 ss.; BAVARO, *Dall'archetipo al prototipo nella vicenda FIAT: nuove questioni giuridico sindacali*, in www.ildiaridellavoro.it, 2011; GIASANTI, *Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro: gli effetti del conflitto intersindacale*, in *Riv. Giur. lav.*, I, p. 77 ss.

³⁵² Su cui *infra* par. 4.8. In particolare, per lo stabilimento di Pomigliano sono stati sottoscritti gli accordi aziendali «separati» del 15 giugno 2009 e del 29 dicembre 2010, mentre per lo stabilimento di Mirafiori, l'accordo del 23 dicembre 2010. Su tali accordi cfr. i contributi pubblicati sull'ultimo numero del 2010 di *Arg. dir. lav.* di DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana* (p. 1081 ss.), TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo* (p. 1089 ss.), BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale* (p. 1095 ss.), PESSI, *La contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano* (p. 1119 ss.), nonché, tra gli altri, i diversi punti di vista di CARINCI, *Se quarant'anni vi sembrano pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 581 ss.; DEL PUNTA, *Note su Pomigliano*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 505 ss.; TIRABOSCHI, *L'accordo Fiat di Pomigliano nel quadro delle nuove relazioni industriali*, in *Guida lav.*, 2010, p. 14 ss.; SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 505 ss.

dissenso manifestato dal singolo (non iscritto ad alcun sindacato, o iscritto al sindacato dissenziente), ovvero da un'organizzazione sindacale nei confronti di un contratto collettivo stipulato da altre sigle.

In altri termini, si tratta di capire come interagisce l'elemento posto al centro di questa indagine, ossia quello della volontà, che in tale mutato contesto si esprime nella forma del dissenso, con quello dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo.

Ciò che sicuramente può essere affermato è che ci troviamo di fronte ad un ribaltamento della questione dell'efficacia soggettiva in quanto, fino ad oggi, i tentativi della dottrina e della giurisprudenza per conferire efficacia generalizzata al contratto collettivo, ed esaminati nei precedenti capitoli³⁵³, sono stati tutti operati per condizionare la volontà del datore al fine di dare applicazione a quel contratto collettivo nei confronti di tutti i lavoratori impiegati in quel settore o in quell'azienda al fine di assicurare *standards* minimi di tutela³⁵⁴.

E tali problematiche dovranno necessariamente essere affrontate con cautela non soltanto a causa del rapido evolversi degli eventi, ma soprattutto a causa della mancanza di risposte certe per le tante questioni che si pongono³⁵⁵.

4.2 Libertà e pluralismo sindacale: la validità degli accordi separati

³⁵³ Cfr. *retro* cap. II e cap. III.

³⁵⁴ In tale contesto sarebbe, dunque, più corretto parlare di “nuovi problemi dell'efficacia soggettiva”. E, a riprova della “novità” dei problemi, valga il fatto che si sta assistendo anche ad un nuovo e diverso utilizzo dello strumento approntato dal legislatore nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori al fine di reprimere la condotta antisindacale del datore di lavoro in azienda. Ed infatti, ormai diversi sono stati i tentativi di ricorso a quello strumento non tanto per reprimere una condotta antisindacale, quanto per risolvere un conflitto intersindacale. In particolare, nel momento in cui si scrive sono i decreti emanati ex art. 28 della legge n. 300 del 1970, ossia Torino 18 aprile 2011, Modena 22 aprile 2011, Torino 26 aprile 2011, Torino 2 maggio 2011, Tolmezzo, 19 maggio, Ivrea 1 giugno; Reggio Emilia, 3 giugno 2011, Bologna 3 giugno 2011.

Prima di approfondire il tema dell'efficacia soggettiva dell'accordo collettivo separato occorre, anzitutto, interrogarsi sul diverso, ma preliminare, problema della validità degli accordi separati.

A tal proposito, le mosse devono essere prese da ciò che la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. ha consentito che si realizzasse pienamente la libertà sindacale di cui al primo comma della stessa disposizione, che garantisce sia la libertà di contrattazione collettiva quanto il pluralismo sindacale³⁵⁶.

Ed infatti, proprio la mancanza di meccanismi atti a selezionare i soggetti titolari dell'autonomia collettiva, comporta che qualsiasi sindacato, a prescindere dal grado di rappresentatività o dal numero di iscritti, può negoziare e sottoscrivere un contratto collettivo poiché titolare della capacità negoziale collettiva³⁵⁷.

Peraltro, è noto come la libertà sindacale fa sì che il sindacato quando stipula un contratto collettivo lo fa perché esercita un potere che gli è proprio, a titolo originario, e non in forza di un potere conferito dai singoli lavoratori³⁵⁸.

In tal modo vengono a coincidere l'attribuzione dell'autonomia collettiva che l'ordinamento statale accorda ad ogni sindacato (artt. 39 Cost. e 1322 Cod. Civ.) con l'abilitazione all'esercizio di essa che si manifesta con la libertà dell'agire contrattuale.

Libertà nell'agire contrattuale non significa che ogni sindacato può vantare un diritto a partecipare ad una trattativa ed a firmare il contratto collettivo che la conclude; infatti, si applica il criterio selettivo che si fonda sulla libertà di ogni soggetto di individuare il contraente con il quale

³⁵⁶ Cfr. *retro* par. 1.3.

³⁵⁷ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 40; v. anche SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, *op. cit.*, p. 156 ss.; CAUTADELLA, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *Diritto e libertà, Studi in memoria di Matteo dell'Olio*, Torino, 2008, p.ag. 230 ss.

³⁵⁸ Cfr. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, *op. cit.*; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, *op. cit.*, p. 156 ss.

stipulare il contratto in base ad una scelta discrezionale, finalizzata alla migliore tutela degli interessi che con il contratto si intende soddisfare³⁵⁹.

In questi termini si può comprendere il collegamento esistente tra i profili civilistici e sindacali dell'autonomia collettiva: in riferimento ai primi, autonomia, significa facoltà di autoregolamentare i propri interessi, potendo decidere sul *se* e sul *come* perseguire e raggiungere un determinato scopo; facoltà che si esplica nella libertà di concludere o meno il contratto, di fissarne il contenuto e di scegliere la persona del contraente.

Quanto ai profili sindacali, la libertà di scelta del sindacato con il quale contrarre identifica la “*capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale*” e ciò “*valorizza l'effettività dell'azione sindacale, desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva*”³⁶⁰.

Proprio perché il sindacato esercita un potere che gli è proprio, ogni contratto collettivo nel momento in cui viene stipulato da un'organizzazione sindacale è già di per sé valido, essendo invece rimessa ad un momento successivo la verifica sulla sua efficacia³⁶¹.

Il pluralismo sindacale, anch'esso garantito dalla libertà sindacale, comporta, invece, che ogni organizzazione sindacale può individuare e perseguire un interesse collettivo mediante la stipula, con la controparte datoriale, del contratto collettivo idoneo a soddisfarlo.

In tale contesto, non può essere dimenticato che proprio perché non esiste un diritto alla contrattazione³⁶² e il contratto collettivo è frutto di un

³⁵⁹ Sul tema v. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1989, p. 125 ss.

³⁶⁰ Corte Cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

³⁶¹ Cfr. PROIA, *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, in corso di pubblicazione sul *Mass. Giur. lav.*, 5, 2011.

³⁶² Sull'inesistenza di un obbligo del datore di lavoro a contrarre cfr. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992; in giurisprudenza cfr. Cass. 3 marzo 1990, n. 1667, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 271; Cass. S.U. 26 luglio 1984, n. 4390, in *Giust. civ.*, 1984, p. 2371; Pret. Milano 2 giugno 1992, in *Not. giur. lav.*, 1992, p. 739; Pret.

incontro di volontà, anche il datore di lavoro, o la controparte imprenditoriale, è libero di contrattare con il sindacato che gli garantisce il raggiungimento dell'equilibrio degli opposti interessi.

Ciò significa che il datore di lavoro si può rifiutare di stipulare il contratto collettivo anche quando quel contratto sarebbe gradito alla maggioranza dei lavoratori.

Questa libertà sarebbe stata garantita anche con l'attuazione dell'art. 39, secondo comma, perché il datore di lavoro sarebbe stato comunque libero di non contrattare con la rappresentanza unitaria dei sindacati registrati nel caso in cui giudicasse tale contratto non idoneo a realizzare anche il proprio interesse, ovvero di contrattare con un sindacato non registrato³⁶³.

Pertanto, se il datore di lavoro è libero di non stipulare con il sindacato maggioritario, allora è altrettanto libero di cercare l'equilibrio degli opposti interessi anche con un'organizzazione che sia minoritaria.

Ciò in quanto, “*la stipulazione del contratto collettivo*” quand'anche separato “*costituisce atto idoneo ad individuare l'interesse collettivo che trova riconoscimento e tutela nell'ordinamento giuridico statale, anche in presenza di esplicite manifestazioni di dissenso da parte delle organizzazioni sindacali che non l'hanno stipulato*”³⁶⁴.

In tale contesto, è importante sottolineare che gli accordi sindacali ottengono comunque una *validazione* da parte dei lavoratori e delle imprese ai quali essi sono destinati che si riscontra nell'applicazione del contenuto dell'accordo a cui, in tal modo, si riconosce l'autorità di fonte di regolazione dei rapporti di lavoro. La *validazione* si sostanzia, quindi,

Roma 9 ottobre 1991, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 696; Pret. Napoli 4 luglio 1991, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 552.

³⁶³ Cfr. PROIA, *Il contratto collettivo comune di lavoro*, op. cit.

³⁶⁴ Così PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, op. cit., p. 167.

nell'effettività oggettiva dell'accordo separato che riesce ad assolvere alla funzione normativa che gli è propria³⁶⁵.

In altre parole, l'accordo separato raggiunge tale risultato sul campo, riuscendo a superare l'opposizione di quei sindacati non firmatari che tentano, in maniera assolutamente legittima, di contrastarlo poiché non lo ritengono idoneo ad operare come strumento di composizione del conflitto sociale.

Si può quindi concludere affermando che la regola applicabile agli accordi separati è quella della libertà di scelta del contraente che caratterizza nella sua essenza l'autonomia contrattuale ed anche quella collettiva, e l'insindacabilità dell'interesse che le parti intendono soddisfare con la stipula del contratto³⁶⁶.

Con l'accordo separato si pone, infatti, una questione attinente al contrasto tra le organizzazioni sindacali che prendono parte al negoziato in ordine a come autoregolamentare gli interessi collettivi. Tale decisione è però rimessa all'esclusiva valutazione delle parti stipulanti il contratto, cioè quelle che scelgono di concludere il contratto e che, nel caso degli accordi separati, non corrispondono interamente a quelle che hanno preso parte alle trattative.

La valutazione in esame, in ogni caso, si sottrae al sindacato tanto delle organizzazioni non firmatarie degli accordi sindacali, le quali risulteranno terze rispetto ad esso, tanto dei singoli lavoratori, poiché essi non sono titolari né dell'interesse collettivo né dell'autonomia sindacale.

³⁶⁵ Sul principio di effettività cfr. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia sindacale*, op. cit.,; G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 971 ss.; l'Autore afferma " non si può negare che il contratto collettivo, sulla base del principio di effettività dell'attività sindacale, abbia un'efficacia generalizzata, ossia un'efficacia di fatto anche nei confronti dei lavoratori non iscritti ad alcun sindacato. E il fondamento costituzionale di tale principio va ovviamente ricercato nell'art. 39, primo comma, e non nel quarto comma". Per una posizione critica nei confronti del principio di effettività v. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 15ss.

³⁶⁶ Vedi SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993, pp. 307 ss. Sull'adeguatezza di tale regola cfr. MARESCA, *Accordi separati*, op. cit., p. 44 e ss.

In questo ambito opera infatti l'autoregolamentazione degli interessi collettivi e così sarà fino a che il legislatore non deciderà di intervenire attribuendo l'esercizio dell'autonomia collettiva alle organizzazioni sindacali selezionate in base alla rappresentatività predeterminata dalla legge³⁶⁷.

4.3 *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009*

L'applicazione del sistema contrattuale delineato dal Protocollo del 23 luglio 1993³⁶⁸ sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno del sistema produttivo ha dimostrato, con gli anni, che la contrattazione di secondo livello è stata “*insoddisfacente*”³⁶⁹.

Ad esempio nel settore industriale (dove è stato adottato quasi esclusivamente il livello aziendale di decentramento) la contrattazione ha coinvolto solo le imprese di dimensioni medio-grandi, lasciando escluse quelle di dimensioni piccole o piccolissime che rappresentano gran parte della nostra struttura produttiva. La ragione dell'assenza della contrattazione di secondo livello si può motivare con la debolezza sindacale nelle imprese di dimensioni minori, derivante dal fatto che, in esse, non si applica né il titolo III dello Statuto dei lavoratori, né l'accordo interconfederale delle RSU; oltre a ciò la scarsa estensione della

³⁶⁷ Su tale ultimo punto cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p.48; secondo il quale “*la legge (...) è l'unica fonte abilitata a realizzare con la necessaria effettività, una simile trasformazione che vede l'autonomia collettiva nella posizione di destinataria e non di generatrice della riforma, in quanto essa riguarda le modalità della produzione normativa collettiva. Altrimenti, la riforma sarebbe destinata a rimanere in balia delle volubili determinazioni dei soggetti collettivi che (...) potrebbero infrangerle senza incorrere in alcuna sanzione*”.

³⁶⁸ Definito da GIUGNI, *Diritto sindacale, op. cit.*, la “carta costituzionale” del sistema delle relazioni sindacali.

³⁶⁹ Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale, op. cit.*, p. 212. Sul ruolo svolto dall'autonomia collettiva nella disciplina della retribuzione cfr. CIUCCIOVINO, *Autonomia collettiva e funzioni della retribuzione*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 2, p. 207 ss.

contrattazione a livello aziendale non è stata compensata da quella di livello territoriale, che è idonea a garantire copertura contrattuale a tutte le aziende a prescindere dalle dimensioni. Quest'ultima tipologia di contrattazione ha trovato applicazione solo all'interno di settori in cui veniva già praticata in precedenza : agricoltura, artigianato ed edilizia.

La mancata diffusione della contrattazione decentrata ha favorito l'applicazione della disciplina contenuta nel contratto nazionale di categoria e di conseguenza la centralizzazione del sistema contrattuale; ulteriore conseguenza è data dal fatto che, mancando la contrattazione relativa a premi e obiettivi raggiunti, la crescita delle retribuzioni risultava inferiore a quella della produttività³⁷⁰.

Il metodo di determinazione dei tassi di inflazione, la durata dei contratti, la limitata diffusione della contrattazione decentrata ed il conseguente contenimento della dinamica retributiva sono stati tra i principali punti di sofferenza degli assetti contrattuali delineati dal Protocollo del 1993 e, proprio per tale motivo, sono stati oggetto di un nuovo negoziato sulle regole della contrattazione collettiva che ha portato

³⁷⁰ Va sottolineato che il Protocollo del 31 luglio 1992 e il Protocollo del 23 luglio 1993 segnano il ritorno del metodo concertativo che era stato abbandonato con l'accordo di San Valentino. Il Protocollo del 1993 si occupava, nel primo capitolo, di definire gli obiettivi della politica dei redditi. Questa era orientata, attraverso il contenimento dell'inflazione a "*conseguire una crescente equità nella distribuzione del reddito*" e a "*favorire lo sviluppo economico e la crescita occupazionale mediante l'allargamento della base produttiva e una maggiore competitività del sistema delle imprese*". Lo strumento adottato a tal fine era la determinazione consensuale del tasso entro il quale contenere l'inflazione (tasso di inflazione programmato). Venivano poi definite le procedure del confronto sulla politica economica, le quali dovevano precedere la presentazione della stessa in Parlamento da parte del Governo. "*Queste procedure non intaccavano l'autonomia del Governo, perché il confronto con le parti sociali era preventivo rispetto ai processi decisionali in materia di politica economica e consentiva allo stesso Governo di tenere conto dell'esito del confronto nel formulare le proposte che avanzava al Parlamento*" v. GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 212. In caso di conclusione dell'accordo, questo vincolava le parti a tenere un comportamento coerente "*nell'ambito dell'autonomo esercizio delle relative responsabilità*". L'adempimento di questi impegni restava quindi legato alla volontà politica dell'Esecutivo e delle parti sociali e non vincolava in alcun modo il Parlamento. Si può quindi affermare che il Protocollo del 1993 ha realizzato un coinvolgimento delle parti sociali nel processo di assunzione delle decisioni di politica economica sulla base degli obiettivi condivisi. Cfr. anche REGINI, *Le implicazioni teoriche della concertazione italiana*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 72, 1996, p. 719 ss.

alla stipula, dopo lunghe negoziazioni³⁷¹, dall' Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009³⁷².

L'accordo non è stato firmato dalla Cgil³⁷³ pertanto si tratta di un accordo c.d. separato e, dunque, le sue clausole non vincolano questa organizzazione. Questo accordo è definito “quadro” in quanto detta in via sperimentale, per la durata di quattro anni, i principi cardine del nuovo modello contrattuale. E rinvia la definizione di specifiche regole a successivi accordi di livello interconfederale o di categoria.

Con l'accordo del 2009 la durata dei contratti torna ad essere triennale e vengono confermati i due livelli di contrattazione, nazionale di categoria e decentrato.

Sul fronte delle competenze dei due livelli e in particolare quelle in materia di retribuzione, l'accordo modifica radicalmente il sistema di adeguamento al potere di acquisto delineato dal Protocollo del 1993; come indicatore della crescita dei prezzi al consumo viene sostituito il vecchio indice del tasso di inflazione programmata con uno nuovo: questo viene costruito sulla base dell' IPCA (indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia), depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati, e affida l'elaborazione della previsione ad un soggetto “terzo”, estraneo alle parti sociali.

³⁷¹ In realtà il negoziato sulla riforma del sistema contrattuale è iniziato nell'autunno 2007 con il governo Prodi, anche per ottenere provvedimenti in materia fiscale, tariffaria e dei prezzi sulla base di un documento unitario (Cgil, Cisl, Uil, *Per valorizzare il lavoro e far crescere il paese*, novembre 2007), oltre a misure di decontribuzione e detassazione per la contrattazione decentrata. Con la caduta del governo Prodi, la trattativa è ripresa con la Confindustria. Dopo lo stallo della trattativa bilaterale, su impulso della Cgil, è iniziato il confronto triangolare. Sul punto v. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, III, pp.353- 378.

³⁷² Cfr. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, , p. 447ss.

³⁷³ L'accordo quadro non è stato sottoscritto dalla Cgil secondo ACCORNERO, *Il nuovo modello contrattuale. La Cgil e il mondo del lavoro*, in www.ildiariodellavoro.it, 23 gennaio 2009, per non modificare gli equilibri tra i livelli contrattuali in virtù della dispersione degli occupati nella struttura delle imprese, temendo che “*lo spostamento del baricentro non alimentasse bensì ostacolasse l'allargamento della contrattazione aziendale*”; sul punto vedi anche MEGALE, *Accordo separato del 22 gennaio 2009. Un grave errore*, nelmerito.com, 26 febbraio 2009.

In questo quadro, il contratto nazionale di categoria ha la funzione di adeguare le retribuzioni all'andamento dell'inflazione sulla base del nuovo indice previsionale e di recuperare le eventuali differenza tra inflazione prevista ed inflazione reale³⁷⁴.

Il contratto nazionale perde, invece, la funzione di aumentare le retribuzioni reali, come previsto dal Protocollo del 1993; di contro acquista la possibilità di definire il c.d. elemento economico di garanzia: si tratta di una somma che le aziende sono chiamate ad erogare ai propri dipendenti nel caso in cui non sia stato contrattato il premio di risultato. Questo istituto nasce con il fine di incentivare le imprese a negoziare il premio stesso, infatti, in assenza di esso, le imprese saranno lo stesso costrette ad erogare una voce retributiva aggiuntiva ai minimi e, per giunta, slegata da qualsiasi parametro di produttività.

Sempre sul fronte delle competenze retributive, al contratto decentrato viene confermata quella relativa ai premi di risultato o per obiettivi, prevista per la prima volta con il Protocollo del 1993.

Il contratto nazionale mantiene la sua funzione originaria di determinare le competenze del contratto decentrato: quest'ultimo, infatti, regola solo materie delegate dal contratto nazionale o dalla legge e, in ogni caso, solo materie e istituti che non siano stati oggetto di negoziazione ad altri livelli contrattuali. Viene dunque confermata la clausola di non ripetibilità, anche se il suo raggio di azione risulta essere più ampio rispetto a quello previsto dal Protocollo del 1993: se prima si esprimeva solo sugli istituti retributivi, ora opera sulla totalità degli stessi.

³⁷⁴ Per quanto riguarda il settore pubblico, il sistema si presenta parzialmente differente. Deve infatti operare “ *nel rispetto e nei limiti della necessaria programmazione prevista dalla legge finanziaria*”; l'indice IPCA viene assunto quale mero “ *parametro di riferimento per l'individuazione dell'indice previsionale*”; la verifica degli scostamenti tra inflazione prevista e inflazione programmata avviene alla scadenza del triennio contrattuale ed il loro eventuale recupero è spostato al triennio contrattuale successivo. Sul punto vedi GIUGNI, *op. ult.cit.*, p.169.

Un'ulteriore novità è data dalle c.d. clausole di uscita o di apertura che possono essere inserite nel ccnl e permettono, al contratto decentrato, di derogare *in pejus* la disciplina dettata dal contratto nazionale di categoria relativamente a certi istituti, ove ciò sia funzionale a governare una situazione di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale di un territorio o di singole aziende³⁷⁵.

Per garantire la corretta applicazione delle regole contenute nell'accordo quadro relative alle competenze tra i livelli, è prevista, in caso di controversie, che queste siano disciplinate dall'autonomia collettiva tramite gli strumenti della conciliazione e dell'arbitrato.

All'accordo quadro del 22 gennaio 2009 ha fatto seguito il 15 aprile dello stesso anno, per il settore industriale, l'accordo interconfederale firmato da Confindustria, dalla Cisl, dalla Uil e, in sede separata, dall'Ugl., che presenta delle differenze rispetto al primo.

Nella premessa dell'accordo interconfederale, tra le finalità da esso perseguite, vi è una parte nuova assente nell'accordo quadro, in cui si afferma che *“un sistema di relazioni industriali che persegue condizioni di competitività e di produttività”*, rafforzerà *“il sistema produttivo, lo sviluppo dei fattori per l'occupabilità e il miglioramento delle retribuzioni reali di tutti i lavoratori”*³⁷⁶. Quest'ultimo inciso sembra rispondere alle critiche mosse dalla Cgil, secondo la quale l'accordo quadro non avrebbe tutelato il salario reale³⁷⁷.

³⁷⁵ Sul punto cfr., CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, op. cit. p. 177 ss.; R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, op. cit. p. 326 ss.; MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, op. cit., p. 1278 ss.; RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità* op. cit., p. 353 ss.

³⁷⁶ Periodo 2 della premessa all'accordo.

³⁷⁷ Cfr. RICCI, op.cit., p. 355, è questa una delle principali motivazioni della Cgil, espressa dal Segretario Generale della Confederazione Giovanni Epifani, nella lettera inviata alla Presidente di Confindustria Emma Marcegaglia il 15 aprile 2009, prima della sottoscrizione dell'AI.

L'accordo interconfederale ha carattere sperimentale, con durata di quattro anni, e sostituisce le regole dettate dal Protocollo del 1993³⁷⁸.

Al fine di verificarne la corretta applicazione, viene istituito un Comitato paritetico interconfederale³⁷⁹ per il “*monitoraggio, l'analisi e il raccordo*”.

Viene dunque confermato un assetto gerarchico nel rapporto tra i vari livelli contrattuali, con un accentramento del potere decisionale nella mani del livello interconfederale. Per comprendere meglio quest'ultimo profilo, possono essere evidenziati alcuni aspetti del Regolamento di funzionamento del Comitato paritetico³⁸⁰.

L'oggetto dell'analisi e del confronto tra le parti si incentra su due tematiche: le relazioni industriali (ad esempio il costo del lavoro, la produttività, la gestione delle risorse umane) e lo sviluppo della contrattazione collettiva, anche alla luce delle informazioni fornite dalle strutture categoriali e territoriali.

Tra le ulteriori funzioni del Comitato, è importante segnalare che le deliberazioni sono assunte all'unanimità nei casi di ritardata conclusione di un contratto collettivo nazionale e dell'accordo interconfederale, nonché dell'approvazione di “*linee di orientamento per i comportamenti dei rispettivi organismi e dei loro rappresentanti ai vari livelli*”.

Nel complesso, quindi, “*le funzioni attribuite al Comitato paritetico indicano un forte accentramento del potere decisionale e negoziale con un processo a cascata (dal livello di vertice fino all'istanza organizzativa di base), il che appare in controtendenza rispetto alle esigenze di flessibilità aziendale e allo sviluppo della contrattazione collettiva di secondo livello, ritenuta uno degli elementi critici del protocollo del 1993 e, nelle*

³⁷⁸ Paragrafo 2 “*assetto contrattuali*”

³⁷⁹ Periodi 5 e 6 della premessa

³⁸⁰ Questo Comitato si riunisce, di regola, quattro volte l'anno e “*in ogni altra occasione ritenuta opportuna*” per realizzare lo stato dell'industria, dell'occupazione e del sistema di relazioni industriali ed anche per verificare la funzionalità delle regole dell'AI.

*intenzioni delle parti contraenti, da superare proprio con le intese in esame*³⁸¹.

Ulteriori differenze tra i due accordi si possono riscontrare nelle posizioni assunte nei confronti della contrattazione collettiva di secondo livello, con particolare riferimento a quella territoriale.

Nell'accordo quadro si può registrare un rafforzamento del ruolo della negoziazione di secondo livello, questo infatti, afferma l'intenzione di introdurre specifiche soluzioni di salvaguardia *“ai fini dell'effettività della diffusione della contrattazione di secondo livello”*, anche se in realtà non è mai stato sancito il principio della necessarietà³⁸².

Nell'accordo interconfederale invece, si fa riferimento al secondo livello negoziale, ma con precisi paletti per la diffusione di quella territoriale, ciò avviene con l'aggiunta dell'espressione: *“laddove previsto, secondo l'attuale prassi, nell'ambito di specifici settori”*, ripresa letteralmente dal Protocollo del 1993. Fare riferimento all'attuale prassi *“non solo è contraddittorio rispetto all'effettivo sviluppo, pur dichiarato negli stessi AI e AQ, ma è anche un ossimoro, perché con il riferimento all'attuale prassi di fatto si limita la contrattazione territoriale a quei limitati settori dove è già disciplinata”*³⁸³. A conferma della contraddizione sulla contrattazione di secondo livello, si può menzionare un'ulteriore disposizione secondo cui il contratto collettivo nazionale definisce modalità ed ambiti di applicazione della negoziazione decentrata, facendo uso di un'espressione fortemente limitativa (*“nello spirito dell'attuale prassi negoziale con particolare riguardo alle piccole imprese”*).

Per quanto riguarda il ruolo del contratto collettivo nazionale, nell'accordo interconfederale, si conferma la sua funzione regolamentare

³⁸¹ Così RICCI, *op. cit.*, p.356.

³⁸² Così BELLARDI, *Regole del conflitto e conflitto sulle regole. L'accordo separato sulla revisione del modello contrattuale*, in D. CARRIERI, V. NASTASI, *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Bologna, 2009.

³⁸³ M. RICCI, *op. cit.*, p.357.

del sistema di relazioni industriali a livello nazionale, territoriale ed aziendale³⁸⁴.

Sempre nel contratto collettivo nazionale vengono disciplinati i diritti di informazione/consultazione in attuazione delle direttive comunitarie; le regole e le procedure di funzionamento di eventuali organismi paritetici per approfondire gli andamenti economico-sociali, nonché lo sviluppo di forme di bilateralità per incentivare il funzionamento dei servizi integrativi di Welfare³⁸⁵.

Circa quest'ultimo profilo, viene segnalato che lo sviluppo della bilateralità attraverso le modalità realizzate sul piano legale³⁸⁶, “*può porre delicati problemi al sindacato rispetto alla sua funzione*”³⁸⁷. Se infatti l'erogazione dell' indennità di disoccupazione viene subordinata all'intervento integrativo degli enti bilaterali, può realizzarsi una violazione dell'art. 39 Cost., in quanto i sindacati diventano “*soggetti diretti e/o consociati di erogazione dei sussidi pubblici, a discapito della loro funzione di rappresentanza autonoma del mondo del lavoro*”³⁸⁸. In altre parole l'accesso ad un diritto pubblico verrebbe subordinato ad un intervento privato.

Tra le novità introdotte dall'accordo interconfederale nei confronti della contrattazione di secondo livello, va segnalata, invece, l'integrazione di un punto già affrontato dall'accordo quadro che concerne la possibilità di derogare la normativa del contratto collettivo nazionale.

L'accordo interconfederale introduce condizioni e limiti per il ricorso a tale disciplina. La prima condizione è che la derogabilità della

³⁸⁴ Paragrafo 2.3. Va segnalata una differenza rispetto al contenuto dell'accordo quadro, nel quale si attribuiva indifferentemente tale funzione sia a livello interconfederale, sia categoriale, il che avrebbe introdotto un ulteriore accentramento del potere decisionale e negoziale in ambito interconfederale.

³⁸⁵ Paragrafo 2.3.

³⁸⁶ Art. 19, l. n. 133 del 2008.

³⁸⁷ Cfr. RICCI, *op. cit.*, p.359

³⁸⁸ Cfr. MARIUCCI, *L'accordo separato sul sistema contrattuale: una scatola vuota o un progetto reale?*, in Cgil.it

disciplina contrattuale è consentita in due fattispecie: la crisi aziendale e lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area³⁸⁹; l'altra condizione per l'esercizio della derogabilità è che le intese sottoscritte a livello decentrato siano preventivamente approvate dalle parti stipulanti il ccnl della categoria interessata. Questo consente alle federazioni nazionali di categoria di esercitare un controllo diretto sul loro contenuto e conferma ancora una volta l'importanza del livello nazionale rispetto a quelli sotto ordinati³⁹⁰.

Quanto al merito della disciplina in esame, è importante sottolineare che possono essere sottoscritte, in via sperimentale, intese a livello territoriale tra le strutture orizzontali delle parti contraenti il ccnl, aventi ad oggetto la modifica, totale o parziale, “*di singoli istituti economici e normativi*” dello stesso ccnl³⁹¹: viene così attribuita alle parti una ampia facoltà discrezionale in ordine al *quantum* di derogabilità che si desidera introdurre. Circa la durata, nell'accordo interconfederale si utilizza la locuzione “*anche in via temporanea*”, che è poco chiara e potrebbe indicare anche l'esatto contrario³⁹², arrivando a giustificare una derogabilità definitiva.

Questa ampia libertà lasciata alle parti, porta alcuni ad ipotizzare che “*la derogabilità della disciplina contrattuale nazionale possa diventare la condicio sine qua non per consentire la stipulazione di accordi territoriali*”³⁹³. Inoltre, in senso contrario a quanto dichiarato sulla specializzazione dei due livelli negoziali, viene intaccato “*il principio di*

³⁸⁹ Secondo RICCI, *op. ult. cit.*, la seconda è molto generica tanto è vero che nell'accordo interconfederale sono stati introdotti alcuni parametri oggettivi per definirla. Tra questi, secondo l'autore, alcuni possono essere considerati effettivamente oggettivi, come ad esempio l'andamento del mercato del lavoro o il tasso di produttività, mentre altri è difficile ritenerli tali, come ad esempio i livelli di competenze e professionalità disponibili e la necessità di determinare le condizioni di attrattività per i nuovi investimenti.

³⁹⁰ Cfr. BAVARO, *Alcune questioni sull'Accordo Quadro di riforma degli assetti contrattuali*, in *ildiariodellavoro.it*, 28 febbraio 2009.

³⁹¹ Sul punto cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2010, pp. 515 e ss.

³⁹² Cfr. RICCI, *op.ult. cit.*, p. 368.

³⁹³ Cfr. RICCI, *op. ult. cit.*, p.369.

non duplicità di intervento regolativo sulle stesse materie”, oltre a svincolare tale effetto “da qualunque filtro o soglia di rappresentatività minimale”³⁹⁴.

4.4 L’efficacia soggettiva del contratto collettivo nazionale lavoro separato

Se la validità degli accordi separati non sembra possa essere messa in discussione³⁹⁵, problemi maggiori sorgono sul piano della loro efficacia soggettiva³⁹⁶. E occorre, anzitutto, precisare che la questione è molto complessa registrandosi diversità di vedute da parte della dottrina e soluzioni non del tutto soddisfacenti da parte della giurisprudenza di merito che già ha avuto modo di confrontarsi con il tema³⁹⁷.

Oltre a ciò deve essere anche inquadrato il contesto in cui, la tematica dell’efficacia soggettiva degli accordi separati, prende vita: è un contesto questo, dove né il datore di lavoro, né i sindacati, né i dipendenti mettono in discussione la generale applicazione della contrattazione collettiva di diritto comune, ma solo dell’accordo separato. Prima della stipula di quest’ultimo, infatti, per la regolamentazione del rapporto di lavoro le parti si sono sempre avvalse di un determinato contratto collettivo, di primo o secondo livello, e ad esso si sono adeguate in occasione di ogni rinnovo contrattuale.

³⁹⁴ Cfr. PIZZOFERRATO, *Accordo separato del 22 gennaio 2009: quali ulteriori prove di dialogo?*, lavoce.info.it, 5 marzo 2009.

³⁹⁵ Cfr. par. 4.2

³⁹⁶ Per una panoramica dei diversi problemi cfr. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci*, op. cit., p. 11 ss.; cfr. anche LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva*, op. cit., p. 45.

³⁹⁷ Come già anticipato, nel momento della stesura del presente lavoro sono sei i decreti ex art. 28 della legge n. 300 del 1970 emanati, ossia Torino 18 aprile 2011, Modena 22 aprile 2011, Torino 26 aprile 2011, Torino 2 maggio 2011, Tolmezzo, 19 maggio, Ivrea 1 giugno; Reggio Emilia 3 giugno 2011; Bologna 3 giugno 2011.

Quindi, in tale contesto, il datore di lavoro non ha alcun desiderio di sottrarsi alla contrattazione collettiva; chi se ne vuole discostare sono i sindacati dissenzienti ed i lavoratori legati ad essi.

Ciò posto, occorre capire se la questione può essere risolta, o quantomeno affrontata, facendo ricorso a quei meccanismi di estensione dell'efficacia del contratto collettivo che si basano sulla volontà dei soggetti a cui si applica il contratto collettivo, già analizzati nei precedenti capitoli³⁹⁸, per verificare se tali meccanismi risultano insufficienti, ovvero, ancora idonei a costituire una base su cui costruire un ragionamento.

E, secondo una parte della dottrina, la problematica dell'efficacia, per essere risolta, richiede un approccio inverso rispetto a quello utilizzato normalmente per gli accordi collettivi di diritto comune; bisogna, infatti, partire “ *dal decisivo rilievo che deve essere riconosciuto all'autonomia individuale nell'abilitazione dell'AS ad operare quale fonte eteronoma di regolazione del rapporto di lavoro, alla stregua di ogni altro contratto collettivo* ”³⁹⁹.

In tale prospettiva, è stato già esaminato come l'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva di diritto comune consegue ad un atto di volontà da parte dei soggetti del rapporto di lavoro⁴⁰⁰ che può consistere nell'iscrizione al sindacato stipulante⁴⁰¹, ovvero, data la difficoltà di riscontrare fin dal momento dell'assunzione, la sussistenza del requisito dell'iscrizione del lavoratore al sindacato firmatario del contratto collettivo da applicare, l'efficacia è garantita dalla clausola di rinvio contenuta nella lettera di assunzione⁴⁰².

³⁹⁸ Cfr. *retro* cap. II del presente lavoro, in particolare cfr. par. 2.2., 2.3 e 2.4.

³⁹⁹ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 53. Il ricorso ai meccanismi propri dell'autonomia privata, per spiegare il problema dell'efficacia soggettiva degli accordi separati è, invece, criticata da G. SANTORO-PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale, op. cit.*, p. 224.

⁴⁰⁰ Cfr. *retro* par. 4.4.

⁴⁰¹ Cfr. *retro* par. 2.2.

⁴⁰² Cfr. *retro* par. 2.4.

Come è stato già esaminato, con la clausola di rinvio (formale) le parti manifestano la volontà di adeguare il rapporto di lavoro, anche al mutevole equilibrio raggiunto dai sindacati in sede di contrattazione collettiva e, quindi, anche ai successivi contratti collettivi che saranno sottoscritti in materia.

E, nel caso in cui manchi una lettera di assunzione e, quindi, un rinvio alla contrattazione collettiva, il contratto collettivo può ritenersi applicato grazie al comportamento concludente posto in essere dal datore e dal lavoratore i quali applicano, di rinnovo in rinnovo, il contratto collettivo e, in tal modo, identificano in esso la fonte di regolamentazione del rapporto di lavoro⁴⁰³.

In tale contesto, il problema dell'efficacia soggettiva degli accordi separati deve necessariamente confrontarsi con il problema del dissenso del lavoratore iscritto ad un sindacato non firmatario dell'accordo, ovvero non iscritto ad alcun sindacato. E' necessario, quindi, verificare se e come, in presenza di un momento di collegamento con il contratto o la "rete" contrattuale, l'ordinamento riconosce e tutela la libertà del singolo al dissenso.

Ciò posto, al fine di affrontare la tematica dell'efficacia soggettiva degli accordi separati⁴⁰⁴, occorre considerare che i problemi ad essa connessi si manifestano nel momento in cui l'accordo separato interferisce con le vicende che caratterizzano l'estinzione per risoluzione consensuale o la successione temporale tra contratti collettivi dello stesso livello o i rapporti tra contratti collettivi di diverso livello⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Cfr. *retro* par. 2.3.

⁴⁰⁴ Fino a qui si è parlato dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo con riferimento alla parte c.d. normativa; per quanto riguarda la parte c.d. obbligatoria è sufficiente richiamare il principio generale che opera in materia di contratti, secondo il quale : il contratto (anche quello collettivo) ha forza di legge tra le parti che lo sottoscrivono, mentre non produce alcun effetto nei confronti di terzi; l'accordo separato naturalmente, dal punto di vista degli effetti, segue questo principio legale.

⁴⁰⁵ Sull'argomento cfr. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, p.193 ss.

In altre parole *“quando il problema si sovrappone a quelli che riguardano le vicende modificative o estintive di precedenti accordi sindacali che si intendono sostituire o integrare con un nuovo accordo che si definisce separato perché non viene concluso tra gli stessi soggetti sindacali che avevano firmato quello precedente”*⁴⁰⁶.

Per fare luce sulle problematiche in esame è necessario partire da una considerazione semplice ma allo stesso tempo efficace: se il contratto collettivo preesistente (cioè quello che si intende modificare) si fosse estinto, per il nuovo accordo separato sostitutivo non si verificherebbero i problemi che ora verranno esaminati. Tale considerazione si regge su di un’opinione ormai consolidata, la quale afferma che il contratto collettivo non si incorpora nel contratto individuale, ma opera come fonte eteronoma di regolazione del rapporto di lavoro e, nel momento in cui si verifica l’estinzione del contratto collettivo, ciò avviene senza che possa residuare alcun effetto normativo derivante dal contratto estinto. Si viene quindi a creare un vuoto che viene riempito dalla regolamentazione contenuta nell’accordo separato, la cui validità *“risulta (.....) comprovata dall’osservazione che la reiterazione del contratto collettivo, stipulato con riferimento allo stesso ambito di applicazione di quello precedente ed ormai estinto, non necessita dell’intervento delle stesse parti che avevano sottoscritto tale contratto”*⁴⁰⁷.

Questa situazione di *riempimento* si viene a creare in tutti i casi di estinzione del contratto collettivo e cioè: per i contratti collettivi non sottoposti a termine in caso di recesso; mentre, per quelli sottoposti ad un termine, si può fare riferimento all’assenza di una previsione legale che comporti l’ultrattività del contratto oltre la scadenza del termine. Va, inoltre, aggiunta la facoltà delle parti stipulanti di provocare l’effetto

⁴⁰⁶ Cfr. MARESCA, *op. ult.cit.*, p.50.

⁴⁰⁷ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p.50.

estintivo tramite la risoluzione consensuale del contratto collettivo, a prescindere dall'esistenza o meno di un termine temporale⁴⁰⁸.

Tale fenomeno si realizza, infine, anche nel caso di ultrattività convenzionale che comporta la trasformazione a tempo indeterminato del contratto collettivo inizialmente soggetto ad un termine finale. In questa ipotesi, infatti, con l'accordo di rinnovo si dovrebbe produrre un duplice effetto, quello di estinguere la regolamentazione anteriore e, in secondo luogo, di dettare quella nuova, sostitutiva della precedente⁴⁰⁹.

Alla luce di tali considerazioni è necessario, quindi, affrontare il problema dell'efficacia soggettiva degli accordi separati distinguendo gli accordi "sostitutivi" della precedente disciplina con gli accordi "modificativi".

Al fine di inquadrare e contestualizzare meglio le complesse questioni oggetto di analisi non può essere presa in considerazione la vicenda che sta interessando il settore metalmeccanico⁴¹⁰ caratterizzato

⁴⁰⁸ Su tali questioni cfr. *retro* par. 4.6

⁴⁰⁹ Secondo la giurisprudenza di legittimità (tra le tante, Cass. 9 maggio 2008, n. 11602, in *Rep. Foro.it.*, 2008, v. *Contratto di lavoro*, n.25) "alla scadenza prevista del contratto collettivo regolarmente disdetto secondo quanto previsto dalle parti stipulanti, non è applicabile la disciplina di cui all'art. 2074 Cod. Civ. o comunque una regola di ultrattività del contratto medesimo, ed il rapporto di lavoro da questo in precedenza regolato resta disciplinato dalle norme di legge (in particolare, quanto alla retribuzione, dall'art. 36 Cost.) e da quelle convenzionali eventualmente esistenti, le quali ultime possono manifestarsi anche per facta concludentia, con la prosecuzione dell'applicazione delle norme precedenti". Con l'ulteriore precisazione che (Cass. 10 novembre 2000, n.14613, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, 2, nota di GRAMICCIA) "il contratto integrativo aziendale che venga applicato – nell'esecuzione del rapporto di lavoro subordinato – dopo lo spirare del termine finale (nella specie, triennale) spontaneamente da entrambe le parti contraenti (datore di lavoro e lavoratori) senza che esse abbiano manifestato esplicitamente o implicitamente il loro intento di ritenerlo vincolante per altro termine di eguale durata, si trasforma in contratto (integrativo aziendale) a tempo indeterminato, risolvibile a seguito di recesso unilaterale di ciascuna delle parti".

⁴¹⁰ Ed infatti, in altri settori, anche dopo la stipulazione dell'accordo quadro e dell'accordo interconfederale, sono stati stipulati "unitariamente" i successivi ccnl. Si tratta dei contratti stipulati in data 22 settembre 2009 per i lavoratori dell'industria alimentare, il contratto del 23 ottobre 2009 per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di telecomunicazione, e il contratto del 18 dicembre 2009 per i prestatori del settore chimico-farmaceutico. Sul collegamento di tali accordi con le intese quadro, cfr. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva*, *op. cit.*, p. 45 e 46. Con riferimento al settore metalmeccanico, non è la prima volta che si assiste alla stipulazione di un ccnl "separato". Ed infatti, già il contratto del 7 maggio 2003 non era stato sottoscritto dalla FIOM-CGIL. Sul punto cfr. *amplius* A. PESSI, *Unità sindacale*, *op. cit.*, in particolare, cap. III; LASSANDARI, *Considerazioni a margine della*

allo stato attuale dalla “coesistenza” di due contratti collettivi nazionali di lavoro⁴¹¹.

In particolare, in data 20 gennaio 2008 era stato firmato da parte delle maggiori sigle sindacali del settore (FIOM, FIM e UILM) e da Federmeccanica, e per questo definito “unitario”, il contratto collettivo nazionale di lavoro che prevedeva, secondo i vecchi canoni dettati dal Protocollo del 1993, una durata quadriennale per la parte normativa (con scadenza al 31 dicembre 2011) e una durata biennale per parte economica.

Successivamente alla sottoscrizione, nel gennaio 2009, dell’accordo quadro e nell’aprile dello stesso anno dell’accordo interconfederale, entrambi, come specificato⁴¹², non sottoscritti dalla CGIL, è stato stipulato, in data 15 ottobre 2009, un “nuovo” contratto collettivo rispettoso dei nuovi canoni dettati dall’accordo interconfederale, anch’esso non firmato dalla FIOM-CGIL⁴¹³.

E va anche fatto presente che, in data 29 settembre 2010, successivamente al recesso di Federmeccanica dal ccnl del 2008 (avvenuto in data 22 settembre 2010), è stato raggiunto un accordo tra Federmeccanica, Fim e Uilm e successivamente UGL e Fismic, che ha aggiunto un articolo 4 bis al testo del CCNL del 2009⁴¹⁴. Questo articolo, in linea con la disciplina dettata dall’Accordo interconfederale del 2009,

“*firma separata*” del contratto collettivo nazionale per i lavoratori metalmeccanici, in *Riv. Giur. lav.*, 2003, I, p. 709 ss. Per ragioni di completezza, si fa presente che anche nel settore terziario, distribuzione e servizi nel 2008 è stata sottoscritta, con il dissenso di FILCAMS-CGIL, l’intesa di rinnovo, su cui cfr. BAVARO, *L’intesa “separata” di rinnovo nel settore terziario-distribuzione-servizi*, 2008, in <http://www.cgil.it/giuridico>. Rottura, poi, ricomposta nel 2009.

⁴¹¹ Cfr. *infra* par. 4.7.

⁴¹² Cfr. *retro* par. 4.4.

⁴¹³ E va subito specificato che i due contratti collettivi sono sostanzialmente uguali differenziandosi solo per alcuni istituti tra i quali: aumenti salariali, maggiore apertura al ricorso al contratto a tempo determinato, la disciplina del part-time, e la maggiorazione della quota c.d. contratto (innalzata ad € 30). Peraltro, il contratto del 2009 si limita a fissare la decorrenza immediata degli aumenti retributivi, mentre per le altre modifiche, normative o della parte obbligatoria, la decorrenza viene differita alla data del 1 gennaio 2012 (successiva rispetto a quella di estinzione del ccnl del 2008), oppure dovrà essere stabilita in fase di stesura dell’articolato contrattuale o, infine, potrà essere convenuta a livello aziendale.

⁴¹⁴ È importante ricordare che questo è un CCNL separato in quanto non c’è stata adesione da parte di Fiom che, pertanto, resta legata al precedente CCNL del 2008.

individua le situazioni in presenza delle quali è possibile giungere, anche in via temporanea, ad intese atte a modificare (anche in peius) uno o più istituti disciplinati dal CCNL⁴¹⁵. L'art. 4 bis, conferisce inoltre la legittimazione derogatoria al livello aziendale assistito dalle strutture territoriali; individua le materie sottratte alle intese modificative del CCNL⁴¹⁶; vincola le intese modificative alla formale indicazione degli obiettivi che si intendono conseguire, della durata (sperimentale o temporanea), degli articoli del CCNL oggetto di modifica; postula, infine, pattuizioni a garanzia dell'esigibilità dell'accordo in deroga con provvedimenti a carico di entrambe le parti.

4.5 (Segue) *Gli accordi sostitutivi*

La sostituzione di un precedente contratto collettivo con un nuovo accordo collettivo, ancorchè separato, non presenta, in linea di principio, particolari problemi, in tema di efficacia soggettiva dei contratti collettivi.

Ed infatti, fermo restando la validità dell'accordo separato, la sua efficacia sarà determinata dalla manifestazione di uno dei comportamenti dai quali desumere la volontà delle parti di far regolare il proprio rapporto da un determinato contratto collettivo⁴¹⁷.

In particolare, l'iscrizione del datore di lavoro al sindacato stipulante comporterà l'obbligo, secondo i principi in tema di rappresentanza, di applicare il contratto collettivo a tutti i lavoratori in

⁴¹⁵ Ossia, "al fine di favorire lo sviluppo economici ed occupazionale mediante la creazione di condizioni utili a nuovi investimenti ovvero per contenere gli effetti economici e occupazionali derivanti da situazioni di crisi aziendale"

⁴¹⁶ Ossia "minimi tabellari, aumenti periodici di anzianità, elemento perequativo oltre ai diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge".

⁴¹⁷ Cfr. *retro* cap. II.

forza presso la sua azienda e, quindi, anche ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente e ai lavoratori non iscritti⁴¹⁸.

Tuttavia, l'obbligo del datore di lavoro potrebbe, comunque, essere superato dal dissenso del singolo lavoratore che non vuole l'applicazione di quel contratto collettivo, giudicandolo peggiorativo, perché non iscritto al sindacato stipulante o iscritto al sindacato dissenziente.

In tale circostanza si tratta, quindi, di capire se, in presenza di una clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale, può essere fatto salvo il dissenso di quei lavoratori, ovvero se quella clausola preclude loro una manifestazione di volontà contraria⁴¹⁹ all'applicazione dell'accordo separato⁴²⁰.

In realtà, non sembra che, in presenza di un accordo separato sostitutivo del precedente contratto collettivo, vi possano essere reali alternative utili per quel lavoratore che intende discostarsi da esso.

Ed infatti, in tali casi, l'accordo separato non integra la propria regolamentazione a quella dell'accordo precedente, ma la sostituisce *in toto*, in ragione del fatto che il vecchio contratto è ormai estinto per scadenza del termine o per recesso del datore di lavoro.

Pertanto, si potrebbe sostenere che in presenza di un nuovo contratto collettivo stipulato soltanto da alcuni sindacati i lavoratori non

⁴¹⁸ Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, op. cit. p. 496-497.

⁴¹⁹ E' stato, infatti, già detto che la clausola di rinvio non può servire a manifestare una volontà di tipo diverso quando entrambi i soggetti del rapporto di lavoro sono iscritti ai sindacati stipulanti, in quanto, con l'iscrizione, le parti hanno già manifestato la volontà di assoggettarsi ad una determinata disciplina disponendo della loro libertà sindacale, tanto che in questo caso la clausola di rinvio potrebbe ritenersi nulla. A tal proposito cfr., *retro* par. 2.4. Nella situazione in cui si tratta in questo paragrafo si prende, invece, in considerazione la situazione in cui ad essere iscritto all'organizzazione stipulante è il solo datore di lavoro, mentre una parte dei lavoratori non sono iscritti ad alcun sindacato, ovvero sono iscritti ad un sindacato non firmatario. Sul tema cfr. anche BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, op. cit., p. 266.

⁴²⁰ Su cui si interroga MARESCA, *Accordi collettivi separati*, op. cit., p. 56 il quale ritiene che la clausola in questione viene, soventemente, formulata in termini generici " *che non consentono di inibire la funzionalità del meccanismo di rinvio a seconda delle parti sindacali che hanno sottoscritto l'AS, non essendo questo un elemento condizionante l'applicazione del contratto collettivo, poiché il rinvio dinamico opera in connessione con la conclusione di tale contratto e non già in relazione all'identità delle parti che lo hanno firmato*".

iscritti al sindacato stipulante potrebbero rifiutare l'applicazione della nuova disciplina collettiva e accontentarsi dei minimi di legge⁴²¹, di certo non potrebbero richiedere l'applicazione del precedente contratto collettivo "unitario" perché non più operante.

Tuttavia, anche nel caso in cui si ritenesse che la clausola di rinvio realizza interessi diversi ed ulteriori rispetto a quelli che si manifestano con l'iscrizione al sindacato, si potrebbe giungere, comunque, alla medesima conclusione, ritenendo applicabile quel contratto separato anche nei confronti dei non iscritti ad alcun sindacato⁴²² e agli iscritti al sindacato dissenziente⁴²³. In quest'ultima ipotesi, secondo tale dottrina, non potrebbe essere sostenuto che sussiste un insanabile conflitto tra il vincolo associativo che lega il lavoratore al sindacato non firmatario e la clausola individuale di rinvio contenuta nel contratto individuale.

E ciò in quanto, secondo tale posizione, la clausola di rinvio si è perfezionata tra le parti quando il lavoratore, probabilmente, non era iscritto ad alcuna organizzazione sindacale e che l'iscrizione, intervenuta a posteriori, non può inficiare sulla validità della clausola. In secondo luogo, se l'iscrizione del lavoratore al sindacato fosse preclusiva all'applicazione del contratto collettivo non firmato da tale sindacato, si dovrebbe concludere che la tutela collettiva opererebbe solo a favore dei lavoratori aderenti ai sindacati stipulanti o non iscritti ad alcun sindacato, mentre resterebbe inibita la possibilità di applicarlo nei confronti di quelli appartenenti alle organizzazioni dissenzienti per "*un'inverosimile esigenza di tutela della loro libertà sindacale*"⁴²⁴.

⁴²¹ Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *L'efficacia soggettiva*, op. cit., p. 498, che parla di "*ipotesi assai improbabile*".

⁴²² Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *L'efficacia soggettiva*, op. cit., p. 498, il quale ritiene che in questo caso la clausola di rinvio può operare nei confronti dei non iscritti perché avente un oggetto "determinato".

⁴²³ Cfr. MARESCA, *Accordi collettivi*, op. cit., p. 57.

⁴²⁴ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 57. Tale A. conclude affermando, p. 58, che l'efficacia soggettiva dell'accordo separato sostitutivo si manifesterà, infatti, "*nello stesso modo e con la medesima ampiezza che caratterizzava l'applicazione del contratto collettivo previgente, in*

In realtà, il vero problema è quello di capire quando è che si verifica un'ipotesi di sostituzione del precedente contratto collettivo unitario ad opera del contratto separato.

In particolare, occorre chiedersi se il contratto collettivo separato che viene stipulato durante la vigenza di un precedente contratto unitario, disdettato dalle organizzazioni sindacali e datoriali firmatarie del nuovo contratto separato, possa considerarsi, oppure no, un contratto sostitutivo del precedente accordo.

A tal proposito, è stato sostenuto che l'accordo separato dei metalmeccanici del 2009 non ha tolto efficacia al CCNL firmato unitariamente nel 2008 perché il contratto collettivo con termine prefissato è immodificabile prima della scadenza, salvo mutuo consenso. Dato che una delle parti firmatarie non ha acconsentito, la disdetta inoltrata in occasione dell'accordo separato del 2009 è inefficace⁴²⁵.

E tale conclusione è stata accolta dalla giurisprudenza di merito che è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione della "coesistenza" di due contratti nel settore metalmeccanico, sulla loro vigenza ed efficacia⁴²⁶.

quanto tale applicazione consegue ad un meccanismo – la clausola individuale di rinvio – sulla cui operatività non interferisce la mancata sottoscrizione unitaria dell'accordo collettivo che, infatti, non assume alcun rilievo nella manifestazione di volontà delle parti del contratto individuale di lavoro"

⁴²⁵ Cfr. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali*, op. cit.

⁴²⁶ Va fatto presente che dinanzi a tutti i Tribunali che si sono pronunciati fino ad ora sulla questione, la FIOM, mediante lo strumento di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, ha chiesto all'autorità giudiziaria di accertare l'antisindacalità della condotta tenuta dalle società convenute, nonché di ordinare l'immediata cessazione del comportamento lesivo e la rimozione degli effetti, intimando loro l'applicazione *tout court* del contratto collettivo 2008, quale "unico ed esclusivo" contratto valido fino alla sua naturale scadenza (31 dicembre 2011).

In particolare, un profilo di antisindacalità veniva, inoltre, rinvenuto dalla Fiom nell'affissione nelle bacheche aziendali del comunicato volto a sollecitare il versamento della quota associativa straordinaria (c.d. "quota contratto") a favore di Fim e Uilm, al fine di finanziarne l'attività che aveva portato alla sottoscrizione del nuovo accordo di settore nel 2009. Questo comportamento avrebbe, infatti, indotto i lavoratori stessi a ritenere, erroneamente, che il Ccnl 2008 non fosse più operativo. In conclusione la Fiom si dichiarava lesa da suddetti comportamenti, in quanto pregiudizievoli della propria immagine e del proprio ruolo negoziale, e chiedeva, pertanto, la pubblicazione del decreto emesso dal giudice nelle bacheche aziendali e su alcuni quotidiani nazionali.

E, fino ad oggi, si registrano due orientamenti opposti: il primo ha, parzialmente, accolto i ricorsi della Fiom, ravvisando profili di antisindacalità nelle condotte aziendali oggetto di accusa,

E quella giurisprudenza ha unanimemente affermato la disdetta *ante tempus* del Ccnl 2008 da parte di Fim e Uilm è non idonea a risolvere integralmente il regolamento contrattuale del 2008, non avendo acconsentito anche il terzo dei sindacati stipulanti (Fiom)⁴²⁷. In caso contrario, infatti, si sarebbe configurato un comportamento in grado di cagionare, pur in assenza di un intento lesivo in capo al datore di lavoro, un evidente discredito nei confronti del sindacato che in esso continua a riconoscersi e che ne vede vanificata prima della scadenza prestabilita l'operatività.

Pertanto, l'accordo separato del 2009 sarà sostitutivo del precedente contratto del 2008 soltanto quando cesserà di avere efficacia il contratto del 2008, ossia dal 1 gennaio 2012, e, da quel momento, il contratto separato del 2009 sarà considerato l'unico contratto applicabile con tutte le conseguenze esaminate in ordine alla sua efficacia soggettiva.

mentre il secondo li ha respinti in toto, con l'effetto di una profonda instabilità e incertezza delle relazioni industriali italiane. Ciononostante, tutti i decreti hanno riconosciuto la piena validità ed efficacia dell'accordo di rinnovo del 2009, sebbene non firmato da tutte le sigle sindacali che avevano originariamente sottoscritto il Ccnl del 2008, e ciò principalmente in virtù del principio di libertà e attività sindacale di cui all'art. 39 Cost.

⁴²⁷ Già era stato affermato da Trib. Monza 6 ottobre 2009, in *Riv. Giur. lav.*, 2010, p. 188 con nota di AIELLO. Per un commento alla giurisprudenza di merito pronunciatasi sui ricorsi presentati da Fiom ex art. 28, cfr. LISO, *Un primo commento ai decreti ex art. 28 dello statuto dei lavoratori sull'applicazione del ccnl separato dei metalmeccanici del 2009*, su www.isril.it nonché i contributi pubblicati su *Bollettino speciale Adapt*, 20 giugno 2011, n. 32, in www.adapt.it, di TUTTOBENE, *Il contratto separato metalmeccanici 2009 è valido: lo dicono i giudici italiani*; VALCAVI, *Spunti di riflessione alla luce dei recenti provvedimenti del Tribunale di Torino, Tolmezzo e Ivrea*; ROSSI BARATTINI E TUTTOBENE, *La recente giurisprudenza sugli accordi separati: una rassegna ragionata*; TIRABOSCHI, (in DRI, Giuffrè, Milano, 2011, n. 2/XXI), *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*; TREU (in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2011, n. 5), *Metalmeccanici: prime sentenze sul contratto separato*.

4.6 (Segue) Gli accordi modificativi

Alcuni problemi possono sorgere, invece, nel caso in cui l'AS dia luogo ad un patto modificativo di un contratto collettivo preesistente la cui estinzione, per il momento, risulta preclusa.

E' stato già detto come, accedendo alla teoria in base alla quale, nel contratto collettivo, i sindacati stipulanti costituiscono una pluralità di parti e non un'unica parte plurisoggettiva, si riconosce che “ *la modifica di un contratto collettivo, nel corso della sua vigenza, o l'accordo risolutivo può legittimamente avvenire anche attraverso un AS, cioè stipulato soltanto da alcune delle organizzazioni sindacali che lo avevano originariamente sottoscritto*”⁴²⁸.

In tali casi, però, se il patto modificato non venisse sottoscritto da tutte le organizzazioni sindacali che in precedenza avevano stipulato il contratto collettivo, l'accordo separato avrebbe effetto solo per le parti che lo hanno sottoscritto, mentre le altre resterebbero legate al precedente accordo ancora in vigore. Con la conseguenza che si avrebbe la coesistenza di due differenti regolamentazioni collettive: la prima avente ad oggetto il contratto originario e la seconda le integrazioni apportate dall'accordo separato⁴²⁹.

In questo caso, il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo risulta molto sentito. Ed infatti, stante la coesistenza di due diverse regolamentazioni si tratta di stabilire quali siano i soggetti vincolati all'applicazione dell'uno o dell'altro contratto collettivo.

E, secondo l'opinione della dottrina prevalente, la clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale non è di alcun aiuto visto che, al suo

⁴²⁸ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p.53.

⁴²⁹ Cfr. ancora MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 59.

interno, non si rinviene alcun criterio selettivo che permetta di orientarsi tra le due regolamentazioni⁴³⁰

Pertanto, l'unica alternativa è quella di ripiegare sulle regole generali che governano l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi.

Essendo tale efficacia limitata, ne consegue che l'accordo separato risulterà vincolante solo per le organizzazioni sindacali che lo hanno sottoscritto e per i lavoratori aderenti ad esse e per quelli che manifesteranno, anche tramite comportamenti concludenti, la volontà di uniformarsi al nuovo accordo. Per i lavoratori iscritti al sindacato non firmatario, continuerà invece ad applicarsi il contratto originario⁴³¹.

Ciò è quanto è stato affermato da quella giurisprudenza di merito che, chiamata a pronunciarsi sulla questione della compresenza nel settore metalmeccanico di due contratti collettivi, ha rilevato una situazione di "coesistenza" di due contratti collettivi, quello del 2008, valido per i lavoratori Fiom e per quelli che vi prestino adesione (anche implicita), e quello del 2009, destinato a vincolare i dipendenti rappresentati da Fim e Uilm nonché tutti i dipendenti che ne rivendichino l'applicabilità.

Senonchè l'affermazione della coesistenza, in quel settore, di due contratti collettivi non può non sollevare più di un dubbio circa il fatto che i decreti hanno ritenuto applicabile a tutti i dipendenti dei trattamenti retributivi migliorativi previsti nella parte economica dell'accordo separato

⁴³⁰ In questo senso MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 58, il quale afferma che la "bussola (costituita dalla clausola di rinvio)" è "almeno temporaneamente impazzita, e quindi non più di ausilio per l'individuazione del contratto collettivo applicabile". E' dello stesso avviso G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva, op. cit.*, p. 500 il quale afferma che "la clausola di rinvio può funzionare come mezzo per estendere erga omnes l'efficacia soggettiva del contratto collettivo quando sussista l'unità di azione sindacale sulla quale si regge il sistema di fatto, ma non può servire (...) allo stesso scopo in caso di dissenso sindacale, perché altrimenti funzionerebbe come mezzo per individuare la disciplina applicabile". Cfr. anche A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva, op. cit.*, p. 281 ss.

⁴³¹ Fino a qui si è parlato dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo con riferimento alla parte c.d. normativa; per quanto riguarda la parte c.d. obbligatoria è sufficiente richiamare il principio generale che opera in materia di contratti, secondo il quale: il contratto (anche quello collettivo) ha forza di legge tra le parti che lo sottoscrivono, mentre non produce alcun effetto nei confronti di terzi; l'AS naturalmente, dal punto di vista degli effetti, segue questo principio legale.

del 2009. A tal proposito si è evidenziato come siffatta circostanza non può ritenersi rilevante ai fini dell'accertamento dell'applicazione esclusiva del contratto separato 2009 e, quindi, dell'antisindacalità del contegno tenuto dalle aziende accusate.

Fermo restando la condivisione di tale ultima affermazione⁴³², uno dei Tribunali ha ritenuto di poter affermare che *“i miglioramenti salariali erogati ai dipendenti della convenuta in conseguenza dell'entrata in vigore del C.C.N.L. 2009 costituiscono per i lavoratori iscritti alle organizzazioni stipulanti o che comunque vi si riconoscono o aderiscono a tale contratto, un effetto consequenziale al rinnovo contrattuale; viceversa per coloro che, come gli iscritti Fiom-Cgil, non si riconoscono in tale C.C.N.L., ritenendo operativo quello del 2008, tali miglioramenti costituiscono meramente un trattamento di miglior favore, giuridicamente intangibile sia con riferimento alla porzione erogata che a quella da erogare, in forza dell'obbligo di non discriminazione, sancito dall'art. 16 Statuto Lavoratori”*⁴³³.

In tale contesto sembra, infatti, del tutto inidoneo richiamare il principio di non discriminazione proprio perché tale principio opera a fronte di situazioni uguali che vengono trattate in maniera diversa dal datore di lavoro, ma non può essere richiamato quando siamo in presenza di situazioni diverse generate da contratti collettivi diversi⁴³⁴.

⁴³² Ed infatti, al riguardo è del tutto condivisibile la posizione assunta da A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, op. cit., p. 284-285 in base alla quale *“gli stessi lavoratori affiliati al sindacato non stipulante pongono in essere un comportamento concludente, recependo i miglioramenti retributivi derivanti dal rinnovo del contratto collettivo, seppur qualificandoli quali acconti su di una futura contrattazione collettiva. Ne consegue che, richiamando il disposto degli artt. 1193-1195 cod. civ. e l'interpretazione datane dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale è «la facoltà accordata al solo debitore dell'art. 1193, 1° comma, Cod. Civ., di indicare a quale debito debba essere imputato il pagamento», la dichiarazione di imputazione di somme ricevute operata dal creditore-lavoratore sarebbe del tutto inefficace. Così che sarebbe sufficiente rilevare l'esistenza di un comportamento concludente dei lavoratori appartenenti all'organizzazione dissenziente per ritenere applicabile agli stessi l'intera disciplina derivante dal rinnovo contrattuale operato dal datore di lavoro con la Fim-CISL e la Uilm-UIL”*.

⁴³³ Così Tribunale di Torino, 26 aprile 2011, cit.

⁴³⁴ Sul punto cfr. anche LISO, *Un primo commento ai decreti*, op. cit..

In ogni caso, la conclusione a cui giungono i Tribunali si pone anche in contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza in base al quale “*il lavoratore, che abbia beneficiato della parte di un contratto collettivo in virtù di adesione alla relativa disciplina, non può contestare l’applicabilità, nei suoi confronti, della rimanente parte dello stesso contratto, assumendone il carattere meno favorevole rispetto a quello di un precedente, atteso che l’adesione comporta necessariamente l’accettazione del nuovo regolamento contrattuale nella sua interezza*”⁴³⁵.

In ogni caso, il richiamo al principio di non discriminazione non può servire a risolvere il diverso problema di capire come regolare il “cumulo” dei due contratti. E il nostro ordinamento sindacale, a ben vedere, ha già conosciuto una situazione di coesistenza di due diverse discipline contrattuali nel momento in cui l’art. 7 della legge n. 741 del 1959 aveva previsto che la sostituzione del contratto collettivo esteso *erga omnes* sarebbe potuta avvenire soltanto se il successivo contratto collettivo avesse avuto una medesima efficacia⁴³⁶. E posto che, con la mancata attuazione dell’art. 39 Cost., non sono stati emanati contratti collettivi aventi “la medesima efficacia” la Suprema Corte di Cassazione ha dovuto risolvere il problema della coesistenza delle regolamentazioni mediante il criterio del *conglobamento*⁴³⁷.

Con l’affermazione della coesistenza di due contratti collettivi e, quindi, con l’applicazione dei miglioramenti retributivi previsti da uno anche ai lavoratori vincolati dall’altro si crea, quindi, una situazione di conflitto contrattuale in cui c’è un cumulo di contratti ma non è stato indicato il criterio per risolverlo.

⁴³⁵ Cfr. Cass., 29 marzo 1982, n. 1965, n. in *Foro it.*, 1984, I, 553. Cfr. anche PROIA, *Il contratto collettivo comune dopo Mirafiori*, *op. cit.*.

⁴³⁶ Cfr. *retro* cap. 3.2.

⁴³⁷ Cfr. tra le ultime Cass. 2 dicembre 1991, n. 12913 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 883 con nota di GRAGNOLI.

4.7 *L'efficacia soggettiva del contratto aziendale separato*

E' stato detto come, secondo l'orientamento prevalente, è stata riconosciuta efficacia soggettiva generalizzata del contratto aziendale, anche derogatorio, nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti dal datore che ha stipulato il contratto collettivo⁴³⁸.

La Suprema Corte ha, però, avuto modo di specificare che la regola dell'efficacia *erga omnes* trova eccezione quando si è in presenza di un accordo aziendale che deroga *in pejus* al contratto nazionale applicato all'impresa quando gli svantaggi non vengono compensati dai vantaggi. In tal caso, infatti, tornano ad avere efficacia le regole sulla rappresentanza associativa che portano ad escludere dall'applicazione del contratto aziendale i lavoratori non rappresentati nella stipulazione dello stesso⁴³⁹.

E la regola dettata dalla Corte di Cassazione è sicuramente applicabile in caso di contratto aziendale derogatorio *in pejus* al contratto nazionale laddove l'accordo aziendale sia stato sottoscritto oltre che dalle strutture sindacali aziendali, dagli stessi sindacati firmatari del contratto nazionale (sempre che la deroga rientri nell'ambito di tale competenza)⁴⁴⁰.

Occorre però chiedersi se tale regola possa essere applicata anche quando non vi sia coincidenza tra i soggetti stipulanti e, soprattutto quando i lavoratori non rappresentati ne rifiutino l'applicazione.

A tal proposito, va, anzitutto ricordato che quando, con le nuove tornate contrattuali, entreranno pienamente in vigore le nuove regole dettate dall'accordo quadro e da quello interconfederale, sarà la

⁴³⁸ Cfr. *retro* par. 3.5

⁴³⁹ Cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10358 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 312 con nota di BOLLANI.

⁴⁴⁰ Cfr. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, 2011, p. 283.

contrattazione nazionale attraverso le clausole di uscita ad attribuire ai soggetti aziendali la competenza a stipulare su determinate materie.

Anche quando entreranno a pieno regime le nuove regole potrebbe, comunque, verificarsi che il contratto nazionale venga stipulato unitariamente e, invece, potrebbe essere separato l'accordo aziendale, con la conseguenza che potrebbe porsi nuovamente il problema dell'efficacia soggettiva di tale accordo.

Ed è stato sostenuto che anche in questa circostanza occorre far riferimento ai principi della rappresentanza negoziale con la conseguenza che l'accordo sarà vincolante soltanto per coloro che sono iscritti ai sindacati stipulanti e per quelli che decideranno di farvi adesione⁴⁴¹.

I lavoratori iscritti al sindacato dissenziente possono rifiutare, in forza del loro vincolo associativo, l'applicazione di tale contratto e chiedere che venga applicato loro il trattamento previsto dal contratto nazionale.

Né, secondo tale impostazione, potrebbe giungersi a conclusioni diverse facendo ricorso alla clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale. Secondo tale impostazione, infatti, il rinvio contenuto nel contratto individuale ha la funzione di vincolare il lavoratore ad osservare una determinata disciplina collettiva, e, pertanto, dovrà avere un oggetto determinato o determinabile affinché il lavoratore ne sia messo a conoscenza. Ciò in quanto il lavoratore *“potrà ritenersi vincolato a quest'ultimo solo se il rinvio ha un oggetto determinato o determinabile ma non può ritenersi vincolato alle successive modificazioni se queste non*

⁴⁴¹ Cfr. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, op. cit., p. 283. In assenza di una regola analoga all'art. 40, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001, che nel settore pubblico sancisce espressamente la nullità del contratto decentrato difforme, l'autonomia collettiva non è in grado di produrre alcun effetto invalidante sulla disciplina negoziale posta in essere da soggetti diversi. Ciò è stato affermato da Cass. 18 giugno 2003, n. 9784, MGL, 2003, p. 829, che, partendo dalla premessa del carattere paritetico dei contratti di livello nazionale e aziendale, conclude che il divieto di occuparsi di determinate materie non comporta inefficacia del contratto collettivo incompetente; in tal senso anche Cass. 19 marzo 1987 n. 4758, q. Riv, 1988, II, p. 107, nota di Gottardi, che ha escluso la nullità della determinazione a livello provinciale di un elemento della retribuzione che il ccnl rinviava invece a livello aziendale.

sono determinate o determinabili e cioè non conosciute o conoscibili dal lavoratore”⁴⁴².

A tali rilievi è stato aggiunto che la clausola di rinvio non opera come meccanismo di imputazione degli effetti del contratto al singolo nel caso in cui mutino, in tutto o anche solo parzialmente, i soggetti del contratto aziendale rispetto ai soggetti del contratto nazionale.

In tali casi al lavoratore sarà lasciata la scelta di accettare o rifiutare (espressamente o per comportamento concludente o tacitamente) l'applicazione del contratto aziendale peggiorativo; ed infine, proprio perché non iscritto al sindacato che ha sottoscritto il contratto aziendale peggiorativo, avrà la possibilità di pretendere l'applicazione dell'unico contratto collettivo nei confronti del quale è vincolato e cioè quello nazionale⁴⁴³.

Come già è stato detto, la preoccupazione di tale dottrina è condivisibile e può essere soddisfatta anche attraverso il recesso dalla clausola di rinvio⁴⁴⁴.

Per quanto riguarda invece i lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti il contratto peggiorativo, si ritiene che essi non possono evitare l'applicazione del contratto in forza della clausola di rinvio, invocando individualmente, la rottura del sistema contrattuale e cioè la non

⁴⁴² Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva*, op. cit., p. 518. A detta dell'A., quindi, deve essere segnalata “la scarsa idoneità della clausola di rinvio ad individuare la disciplina collettiva applicabile in caso di dissenso intersindacale perché affida al contratto individuale tra datore di lavoro e lavoratore in posizione di debolezza contrattuale al momento dell'assunzione la individuazione di siffatta disciplina contrattuale ; (...) la clausola di rinvio riesce ad assolvere la funzione di estendere l'efficacia soggettiva del contratto collettivo in deroga rispetto ai lavoratori in via di assunzione quando non vi sia dissenso sindacale e l'oggetto del rinvio sia determinato e determinabile ; (...) ma laddove la clausola contenga un rinvio dinamico a contratti non ancora esistenti o a contratti collettivi che a loro volta contengano rinvii alla contrattazione di secondo livello non determinati o determinabili nell'oggetto, tale clausola è invalida per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto”. Cfr. anche G. SANTORO-PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale*, op. cit., p. 22 e ss.

⁴⁴³ Nel caso in cui il datore di lavoro richieda la sottoscrizione di una dichiarazione espressa di accettazione della nuova disciplina collettiva, il lavoratore potrà rifiutarsi di sottoscriverla e, in caso di eventuali ritorsioni del datore di lavoro, invocare la tutela dell'art. 15 lett. B) dello statuto. Si tratta in tali casi di un comportamento antisindacale posto in essere dal datore di lavoro.

⁴⁴⁴ Cfr. *retro* par. 2.7.

coincidenza dei soggetti sindacali ai diversi livelli di contrattazione; nei loro confronti, infatti, gli effetti del contratto derivano dall'iscrizione al sindacato e non dall'adesione, anche tacita, al contratto collettivo. In altre parole, questi lavoratori, hanno assoggettato la loro volontà a quella del sindacato tramite il vincolo associativo, pertanto sono tenuti a rispettare quel contratto finché permanga tale vincolo⁴⁴⁵.

Va, comunque, segnalato che le problematiche inerenti l'efficacia soggettiva del contratto aziendale separato non sembrano interessare gli accordi "di primo livello" FIAT di Pomigliano d'Arco e Mirafiori.

Ed infatti, ferma restando la denominazione "insincera"⁴⁴⁶ di accordo di primo livello, in quanto trattasi di contratti tipicamente aziendali, tali accordi si sottraggono alla disciplina del contratto collettivo del 2009, e, in particolare dell'art. 4 *bis* aggiunto in data 29 settembre 2010 perché la new.co. non aderisce al sistema di Federmeccanica⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Sul punto cfr. CAUTADELLA, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, Aa. Vv., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, pp. 230 ss.

⁴⁴⁶ Così G. SANTORO-PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale*, op. cit., p. 226

⁴⁴⁷ L'accordo Fiat di Pomigliano d'Arco (sottoscritto da Fiat e Fim-Uilm-Fismic il 15 giugno 2010, e successivamente ratificato dal 63% dei lavoratori) fa seguito ad un piano illustrato da Fiat alle organizzazioni sindacali nella riunione del 30 marzo 2010 presso il Ministero dello sviluppo economico; con esso si pone l'obiettivo di rafforzare la posizione strategica produttiva di automobili in Italia attraverso l'avvio della produzione della futura Panda presso lo stabilimento Giambattista Vico di Pomigliano d'Arco, dove sono occupati circa 5.200 lavoratori, e il conseguente rafforzamento delle quote di produzione realizzate nel nostro paese. Ciò attraverso la saturazione della attuale manodopera dello stabilimento e una rivisitazione del modello organizzativo del lavoro, tale da compensare le attuali inefficienze dell'impianto campano, caratterizzato da elevati tassi di assenteismo e da una bassa produttività del lavoro (sul nuovo modello di organizzazione del lavoro delineato dall'Accordo di Pomigliano fondato su di una ipotesi di razionalizzazione dell'ambiente di lavoro secondo i criteri, di matrice giapponese, dalla *World class Manufacturing* cfr. BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 6, 2010 pp. 1095-1118). In un primo momento si ritenne che l'unica possibilità per rendere efficaci ed operanti le previsioni derogatorie di clausole del CCNL, poste dall'accordo di Pomigliano, fosse, secondo la Fiat, la dissociazione da Federmeccanica e Confindustria al fine di far cessare l'operatività del CCNL dei metalmeccanici a partire dalla sua scadenza (31 dicembre 2012), rendendo così le clausole dell'accordo di Pomigliano non più derogatorie.

La particolarità di tale situazione, l'opposizione di Fim e Uilm e la piena disponibilità di Confindustria, aperta a trovare soluzioni più adeguate, hanno fatto, in un primo momento, desistere la società dall'intento dissociativo e l'hanno portata ad accettare il più complesso percorso delineato dall'accordo interconfederale quadro del 22 gennaio 2009 e dal successivo AI del 15 aprile 2009, per la legittimazione delle deroghe pattuite a livello aziendale.

Pertanto, anche i problemi di efficacia soggettiva sono alquanto limitati poiché la new.co. non essendo vincolata da alcun altro contratto, se non quello “di primo livello” non potrà essere soggetta a rivendicazione alcuna da parte dei lavoratori posto che per quei lavoratori non esiste altro contratto applicabile⁴⁴⁸.

Ciò posto, collegato al problema dell’efficacia soggettiva è anche quello della scadenza dei contratti aziendali in caso di sopravvenienza del contratto nazionale, che, generalmente viene risolto attraverso le clausole di inscindibilità.

E, in tal caso, la abrogazione del contratto aziendale potrà verificarsi soltanto ove le parti manifestino l’intenzione di sostituire con la nuova regolamentazione tutte le preesistenti discipline. Ed è inoltre necessario che tra il contratto nazionale e quello aziendale esista un rapporto di sistema nel senso che, come già previsto dal Protocollo del 1993 e dall’accordo quadro del 2009, devono esistere norme giuridicamente vincolanti in ordine alla ripartizione delle competenze tra i due livelli.

In tale prospettiva, il 29 settembre 2010 è stato raggiunto un accordo tra Federmeccanica, Fim e Uilm e successivamente UGL e Fismic, che ha aggiunto un articolo 4 bis al testo del CCNL del 2009. Questo articolo, in linea con la disciplina dettata dall’Accordo interconfederale del 2009, individua le situazioni in presenza delle quali è possibile giungere, anche in via temporanea, ad intese atte a modificare (anche in peius) uno o più istituti disciplinati dal CCNL.

Senonchè, per garantire l’effettiva applicazione del contratto di Pomigliano è stata scelta una strada più “hard”, ossia si è ritenuto necessario “disinnescare” il CCNL del 2008 mediante il recesso da parte di Federmeccanica (comunicato il 22 settembre 2010), da quel contratto, con effetto dal momento (1 gennaio 2012) in cui, operando l’ultrattività, il CCNL del 2008 diviene a tempo indeterminato e, pertanto, risulta unilateralmente risolvibile. Dall’1 gennaio 2012 quindi, le clausole dell’accordo di Pomigliano non saranno più derogatorie di un CCNL operante per gli iscritti alla Fiom, ma costituiranno l’unica disciplina collettiva cui questi potranno fare riferimento. Sulla vicenda di Pomigliano e Mirafiori cfr. gli A. citati nella nota 343.

⁴⁴⁸ A diverse conclusioni si giunge nel caso in cui si afferma che la new.co. in realtà non è una nuova società ma tale costruzione è stata attuata per aggirare il problema del trasferimento di ramo d’azienda. Se si accettasse tale conclusione si dovrebbe ritenere in tal caso applicabile la disciplina di cui all’art. 2112 Cod. Civ. con la conseguenza che il contratto nazionale del 2008 potrebbe essere rivendicato dai lavoratori “assunti” dalla new.co almeno fino alla scadenza dello stesso, a meno che non accettino individualmente il contratto specifico di primo livello. Sul punto cfr. *amplius* G. SANTORO-PASSARELLI, *L’impatto del conflitto*, op. cit., p. 228 ss.

4.8 *Accordi collettivi separati e volontà individuale del lavoratore*

Alla luce delle considerazioni esposte nei paragrafi precedenti si può affermare che il problema dell'efficacia soggettiva degli accordi separati si complica nel momento in cui l'ordinamento riconosce e tutela la volontà individuale del lavoratore di dissentire dall'applicazione di quella disciplina, in quanto ritenuta peggiorativa di altra e diversa disciplina che potrebbe essere ritenuta applicabile nella stessa azienda in cui il lavoratore è impiegato.

In particolare, la questione del dissenso si interseca con quella della clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale del lavoratore.

In tale prospettiva, potrebbe essere sostenuto che la volontà individuale rimane soccombente di fronte alla clausola di rinvio contenuta nel suo contratto individuale, posto che quella clausola rende obbligatoria l'applicazione di quel contratto⁴⁴⁹. Onde, l'insegnamento della Suprema Corte in tema di accordi aziendali derogatori *in pejus* non potrebbe essere richiamata per dare una soluzione diversa.

Tuttavia, a tale tesi può essere risposto che, in omaggio al principio della libertà sindacale, in un contesto caratterizzato da un forte dissenso intersindacale, la clausola di rinvio si rivela inadatta ad individuare la disciplina applicabile soprattutto laddove l'oggetto del rinvio non sia determinato o determinabile⁴⁵⁰.

Diversa è, invece, la posizione di un lavoratore non iscritto al sindacato, che abbia sottoscritto un contratto individuale privo della

⁴⁴⁹ In tale circostanza sembra improbabile che la giurisprudenza possa essere chiamata a discutere dell'eventuale invalidità e inefficacia del recesso dei singoli lavoratori dalla clausola di rinvio contenuta nei contratti individuali, in quanto l'ipotesi di tale rinvio deve ritenersi, in assenza di una disciplina alternativa da applicare, assolutamente remota e, quindi, non concreta.

⁴⁵⁰ Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *L'efficacia soggettiva, op. cit.*; *L'impatto del conflitto intersindacale*, nonché le considerazioni svolte nel par. 4.7.

clausola di rinvio. In tale circostanza l'insegnamento del 2004 è sicuramente utile per tutelare il dissenso del singolo.

Con la precisazione che, nel considerare e tutelare il dissenso di tale lavoratore dovrà sempre essere ricordato che all'interno del contratto collettivo non si può distinguere tra clausole favorevoli e sfavorevoli in quanto esso è sempre il frutto della mediazione e dell'equilibrio di diversi interessi e, come tale, inscindibile⁴⁵¹.

Pertanto, il lavoratore non potrà manifestare il proprio dissenso chiedendo soltanto l'applicazione della clausole gradite e rifiutando quelle sgradite. E ciò in ossequio a quell'orientamento della giurisprudenza in base al quale *“il lavoratore, che abbia beneficiato della parte di un contratto collettivo in virtù di adesione alla relativa disciplina, non può contestare l'applicabilità, nei suoi confronti, della rimanente parte dello stesso contratto, assumendone il carattere meno favorevole rispetto a quello di un precedente, atteso che l'adesione comporta necessariamente l'accettazione del nuovo regolamento contrattuale nella sua interezza”*⁴⁵².

4.9 Ipotesi di “ricomposizione” del problema

Il determinarsi della situazione di rottura sindacale e il timore che, sempre più di frequente, il nostro sistema sindacale si troverà di fronte alla stipulazione di accordi separati, con tutti i problemi a questi connessi, hanno fatto riaccendere tra gli interpreti il dibattito circa la necessità, o meno, di un intervento legislativo, soprattutto in tema di regolamentazione della rappresentanza sindacale ai fini della contrattazione collettiva⁴⁵³.

⁴⁵¹ Cfr. PROIA, *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, op. cit..

Sull'inscindibilità cfr. anche MARESCA, *Accordi separati*, op. cit., p. 58.

⁴⁵² Cfr. Cass., 29 marzo 1982, n. 1965, n. in *Foro it.*, 1984, I, 553. Cfr. anche PROIA, *Il contratto collettivo comune dopo Mirafiori*, op. cit..

⁴⁵³ Intervento definito da LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, su www.aidlass.it, op. cit., come “improcrastinabile”. Sui recenti progetti di legge d.d.l. n.

Il tema della rappresentanza sindacale è sempre stato oggetto di grande interesse da parte degli interpreti⁴⁵⁴, ma in epoca odierna viene rivalutato come possibile strumento di soluzione delle problematiche sollevate dagli accordi separati.

Ciò in quanto, la regolamentazione della rappresentanza sindacale consentirebbe di misurare oggettivamente la rappresentatività delle organizzazioni sindacali (firmatarie o contrarie) e, oltre a ciò, permetterebbe ai lavoratori, tramite referendum⁴⁵⁵, di prendere la decisione finale riguardo l'approvazione dell'accordo separato.

Si tratta in questo caso di possibili alternative volte al raggiungimento di un medesimo risultato finale, ossia *“il passaggio dalle forme inclusive, quali sono quelle oggi praticate, a forme escludenti dell'autonomia collettiva il cui esercizio, infatti, verrebbe attribuito soltanto ad alcune organizzazioni sindacali – appunto quelle rappresentative – e/o sottoposto al controllo referendario rimesso direttamente ai lavoratori”*⁴⁵⁶.

Ciò posto, è necessario sottolineare che, secondo alcuni⁴⁵⁷, la proposta di scegliere i sindacati abilitati a negoziare il contratto collettivo in base alla loro rappresentatività si pone in contrasto, da un lato, con la soluzione individuata dell'art. 39, 4° comma, che affida a tutti i sindacati (purché registrati e all'interno dell'organismo unitario) la stipula del contratto collettivo di categoria e, dall'altro, con i principi dell'autonomia

1337/2009 e n. 1872/2009, sul progetto Fiom e quello a firma di Magistratura Democratica, nonché su una panoramica della questione, anche per quanto concerne, più in particolare, l'organismo di rappresentanza aziendale, cfr. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale*, op. cit., in particolare par. 15, 16, 17.

⁴⁵⁴ Sul tema si rimanda a PROIA, *Questioni sulla contrattazione*, op. cit., in part. Cap. IV; GIUGNI, *Diritto sindacale*, op. cit., p. 67 e ss.

⁴⁵⁵ Sul rapporto tra efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia diretta cfr. LUNARDON, *L'efficacia soggettiva*, op. cit., p. 301 ss.; A. PESSI, *Unità sindacale*, op. cit., p. 300 ss.

⁴⁵⁶ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 34.

⁴⁵⁷ Cfr. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 35.

privata collettiva che si contraddistingue per il riconoscimento della libertà contrattuale.

Una soluzione del genere inciderebbe, in maniera diretta, sulla capacità negoziale del sindacato non rappresentativo al quale sarebbe precluso l'esercizio dell'autonomia collettiva, garantita dall'art. 39 Cost. a tutti i sindacati, senza limiti di sorta. In altre parole, tale proposta comporterebbe il passaggio da un sistema di contrattazione libero ad uno vincolato dalle scelte del legislatore il quale, misurando il grado di rappresentatività di ciascuna organizzazione sindacale, permetterebbe ad alcune e negherebbe ad altre la facoltà di esercitare l'autonomia negoziale.

Se oltre a ciò, le proposte dovessero spingersi sino ad incidere sulla sfera dell'efficacia del contratto collettivo, attribuendo, ad esempio, efficacia *erga omnes* a quello stipulato dalle organizzazioni sindacali individuate dal legislatore, allora si dovrà verificare se tale risultato sarà considerato, o meno, come alternativo a quello previsto dell'art. 39 Cost., poiché potrebbe, come già avvenuto con il tentativo di proroga della legge Vigorelli, risultare illegittimo sul piano costituzionale⁴⁵⁸.

La soluzione in esame potrebbe essere completata, come anticipato, sottoponendo il contratto alla convalida del referendum, rendendo, così, più incisiva la volontà dei lavoratori ed il peso di essa sull'azione sindacale.

Il risultato in questo caso sarebbe quello di rimettere la valutazione degli equilibri che consentono la composizione dei contrapposti interessi collettivi non al sindacato, che ne ha la titolarità, ma ai lavoratori⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Sulla circostanza che ogni intervento legislativo in materia debba confrontarsi necessariamente con l'art. 39 Cost. cfr. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale, op. cit.*, p. 62 ss. Si ricorda, a tal proposito, la proposta di revisione costituzionale dell'art. 39 Cost. presentata il 28 luglio 2010, primo firmatario Cazzola, la quale prevede l'efficacia obbligatoria degli accordi e contratti collettivi recepiti in decreti legislativi.

⁴⁵⁹ Sul fragile equilibrio tra l'azione sindacale e la posizione dei singoli v. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Napoli, 1986, p.197 ss.

In altre parole, se fosse attribuito ai lavoratori, che si esprimono individualmente e con voto segreto nel referendum, il potere di approvare o disapprovare il contratto negoziato dal sindacato ciò significherebbe che quest'ultimo, sebbene titolare dell'autonomia collettiva, verrebbe a subire una forte limitazione nell'esercizio di essa. Infatti al sindacato spetterebbe la gestione e la definizione della trattativa, ed ai lavoratori la facoltà di concludere il contratto collettivo⁴⁶⁰.

In tal modo, quindi, la conclusione del contratto sarebbe quindi rimessa alla sommatoria dei consensi espressi dai lavoratori tramite il referendum⁴⁶¹.

E' stato, inoltre, proposto di realizzare una revisione del 39, quarto comma, Cost., che non lo stravolga poiché *“a ben vedere la norma realizza un equilibrio tra il principio della libertà sindacale e quello della maggioranza come mezzo per risolvere i conflitti intersindacali e per estendere l'efficacia soggettiva del contratto collettivo”*⁴⁶².

La norma dovrebbe quindi indicare i requisiti della rappresentatività dei sindacati a livello nazionale e tra questi il dato associativo e il dato elettorale e conservare il principio che i contratti nazionali hanno efficacia generale solo se firmati dalla maggioranza dei sindacati in possesso di tutti i requisiti indicati dalla disposizione costituzionale.

⁴⁶⁰ Cfr. CARUSO, *Rappresentanza e consenso*, Milano, 1992, p.161 ss.

⁴⁶¹ Si interroga sulla bontà e opportunità di tale soluzione MARESCA, *Accordi collettivi separati op. cit.* pag. 36., il quale, ritiene che un sindacato che opera a rimorchio della volontà dei lavoratori in omaggio alla democrazia sindacale c.d. diretta potrebbe rischiare di fare la fine di quella politica, che si muove seguendo gli impulsi ondivaghi dei sondaggi. In particolare, secondo l'A. tale soluzione rischia di tradursi in una fuga dalle responsabilità sociali di cui il sindacatosi deve fare carico; quest'ultimo dovrebbe agire *“non eludendo il confronto con la base dei lavoratori, ma senza che la ricerca del consenso ad ogni costo inibisca allo stesso sindacato scelte impopolari, come quella di non firmare un accordo seppur gradito alla maggioranza dei lavoratori, oppure di firmarne uno che riscuote un indice di gradimento minoritario”*.

⁴⁶² Così G. SANTORO PASSARELLI, *L'efficacia soggettiva*, op. cit., p. 520

In tal modo il contratto nazionale otterrebbe efficacia generale e di conseguenza, l'eventuale contratto aziendale che non si uniformasse ad esso, verrebbe considerato nullo⁴⁶³.

In un'ottica diversa, è stato invece ritenuto che un intervento legislativo sulle regole della rappresentanza non solo non è necessario, ma risulterebbe addirittura controproducente, in quanto, *“l'attuale sistema contrattuale di fatto contiene già i criteri di soluzione dei conflitti intersindacali e l'intromissione della legge risulterebbe invasivo di una materia tradizionalmente riservata all'autonomia contrattuale delle parti, causando effetti imprevedibili anche nelle libere dinamiche delle relazioni tra le parti”*⁴⁶⁴.

Ciò in quanto, nell'affrontare anche la delicata tematica degli accordi separati, non può essere dimenticato che *“se la Costituzione tutela il pluralismo organizzativo dei sindacati, e se anzi il pluralismo è il fondamento stesso della libertà sindacale, è inevitabile e giusto che i diversi sindacati possano esprimere valutazioni diverse circa l'interesse*

⁴⁶³ L'A. propone altre tre soluzioni: la prima è quella di ricomporre l'unità di azione tra i tre sindacati confederali dato che l'attuale situazione di rottura non giova a nessuno, non a Cisl e Uil che rischiano di apparire come soggetti sindacali deboli e arrendevoli rispetto alla Cgil, né a quest'ultima che con il tempo potrebbe risultare penalizzata dalla perdurante astensione nella firma dei documenti contrattuali e dei contratti, poiché dimostra di non avere la forza di imporre le proprie pretese.

La seconda soluzione è quella di estendere il sistema previsto per il lavoro pubblico dove il contratto siglato dai sindacati che raggiungono il 51% come media tra dato elettorale e dato associativo vincola tutti gli appartenenti al comparto. Nell'applicarlo al settore privato resterebbe però il problema di determinare il collegio elettorale che, invece, nel settore pubblico è determinato dai comparti.

La terza soluzione è quella di istituire una procedura di referendum di approvazione del contratto collettivo da parte di una maggioranza di lavoratori, nel caso in cui vi sia il dissenso di un sindacato comparativamente più rappresentativo. Rispetto a tali ipotesi esistono già forti divergenze su quali siano i lavoratori legittimati ad esprimersi tramite referendum: si tratta, infatti, di stabilire se debbano essere tutti coloro ai quali si applica il contratto o solo quelli iscritti ai sindacati stipulanti, e, se sia rimessa a questi ultimi la decisione di sottoporre l'ipotesi di accordo soltanto agli iscritti o a tutti i lavoratori dell'ambito cui si riferisce il contratto, dal momento che, l'ipotesi di accordo costituisce, per le parti non firmatarie una *res inter alios acta*.

⁴⁶⁴ Così PROIA, *il diritto del lavoro*, op. cit..

*collettivo da perseguire, sempre ch  la minoranza (...) sappia accettare la volont  della maggioranza*⁴⁶⁵.

Pertanto, anche in tali situazioni, deve essere sempre salvaguardato il libero confronto ed la competizione tra le strategie e gli interessi collettivi di cui sono portatori i soggetti sindacali.

Ci  posto, indipendentemente dalla soluzione che si intende adottare, alla luce delle considerazioni esposte nei precedenti paragrafi si pu  affermare che la costruzione teorica del contratto collettivo cui era addivenuta la dottrina e la giurisprudenza all'inizio del presente secolo, con particolare riguardo ai meccanismi di estensione della sua efficacia soggettiva, possono essere sicuramente utilizzati per affrontare il tema degli accordi separati, ma non offrono una risposta che possa essere ritenuta valida in termini universali.

Ed infatti, quella teorica deve essere necessariamente utilizzata come punto di partenza, stante il dato univoco che si tratta delle uniche "categorie" con cui siamo chiamati a trattare e non esistendo un'alternativa che possa essere contrapposta a tali teorie (se non quella di considerare un'attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.), ma non risultano idonee a fornire una risposta esauriente per il fatto che quei concetti sono stati costruiti in un momento storico in cui era preponderante l'unit  sindacale che aveva permesso di non far "emergere" molti dei problemi con cui oggi l'interprete   chiamato a confrontarsi.

Ci , per , non significa che l'unica soluzione per dare una risposta ai temi odierni pu  essere individuata nella strada gi  trattata dai costituenti.

Ed infatti, proprio perch  i concetti giuridici sono costruiti e individuati "*tenendo conto delle caratteristiche sociali del fenomeno che*

⁴⁶⁵ Cos  PROIA, *Il diritto del lavoro e le relazioni industriali: cosa cambia dopo Mirafiori*, 18 gennaio 2011, in Cuore & Critica, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori*, (www.cuorecritica.it).

sono destinati a descrivere”⁴⁶⁶ e proprio perché il fenomeno delle relazioni industriali è particolarmente sensibile e condizionato dai mutamenti politico-economici, la soluzione prospettata dalla Costituzione non sembra del tutto soddisfacente.

Ed infatti, quella risposta potrebbe servire a risolvere i problemi generati dalla situazione di forte conflittualità sindacale che stiamo vivendo ma potrebbe non rivelarsi la soluzione “vincente” in caso di verificarsi di nuovi scenari che oggi la dottrina e la giurisprudenza non possono prevedere.

⁴⁶⁶ Così A. PESSI, *Unità sindacale, op. cit.*, pag. 241.

Conclusioni

Come è stato anticipato all'inizio del presente lavoro, la tematica dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo involge ed influenza la fondamentale questione del dualismo autonomia/eteronomia che caratterizza gli ordinamenti giuridici moderni.

Nel nostro ordinamento, la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. ha consentito che la dottrina e la giurisprudenza si impegnassero nella costruzione della teoria del contratto collettivo richiamandosi alle regole e principi dettati per il contratto dal codice civile, e cercando di adattarli ai problemi che di volta in volta si manifestavano.

E così, nel momento in cui viene a cadere l'ordinamento corporativo e si prende coscienza della prolungata inerzia del legislatore in ordine all'attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., si assiste ad un'opera di costruzione teorica del fondamento del potere del sindacato di sottoscrivere contratti che producano effetti nella sfera dei lavoratori.

Anche oggi, nel ripercorrere le tappe di quell'opera di costruzione teorica, deve essere sempre tenuta a mente la fondamentale regola di cui all'art. 1322, secondo comma, Cod. Civ., secondo il quale il legislatore attribuisce rilevanza giuridica soltanto a quei negozi che siano idonei a realizzare *“interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*.

Ciò premesso, la prima tappa di quel percorso è segnata dal ritorno allo schema della rappresentanza volontaria, attuata mediante l'iscrizione al sindacato, in quanto meccanismo che tutela la libertà di ogni individuo di tutelare *ex se* ai propri interessi. E tale schema, che presenta una

analogia strutturale con l'istituto della procura, si adattava bene a spiegare il fondamento del potere del sindacato di stipulare contratti collettivi.

In particolare, come nella procura è possibile individuare due momenti, anche cronologicamente distinti, quali il conferimento del potere di rappresentanza, in assenza del quale il procuratore non può agire in nome del rappresentato, e la capacità, attraverso tale conferimento, di produrre effetti nella sfera del rappresentato, anche nell'iscrizione al sindacato era possibile individuare la stessa cesura temporale. Ed infatti, era possibile individuare una distinzione tra il momento dell'iscrizione, attraverso il quale avveniva il conferimento del potere al sindacato e il successivo momento di produzione degli effetti del contratto collettivo stipulato dal sindacato sulla base del conferimento di poteri, nella sfera giuridica del lavoratore.

Senonchè, allorquando la dottrina più autorevole afferma che l'autonomia collettiva appartiene al sindacato come potere suo proprio *ab origine* e non perché viene conferito dai singoli con l'iscrizione al sindacato, allora viene a mancare il primo momento proprio dello schema della rappresentanza, rimanendo soltanto il secondo.

Conseguentemente, si deve individuare nell'iscrizione al sindacato, un interesse meritevole di tutela, e lo si riconosce nell'interesse a ricevere nella propria sfera giuridica gli effetti di un contratto collettivo quale fonte eteronoma del rapporto, derogando, quindi all'art. 1372 Cod. Civ..

Riconosciuta meritevolezza a tale interesse, è venuta in rilievo un'altra e diversa questione.

In particolare, è stato necessario capire se era possibile individuare nel nostro ordinamento altre forme negoziali che fossero idonee a realizzare l'interesse del singolo alla tutela. E queste diverse forme negoziali, tutte basate sulla volontà delle parti, sono state rinvenute nell'adesione al contratto, ovvero nella clausola di rinvio contenuta nel

contratto individuale di lavoro, ossia forme negoziali che hanno come nucleo essenziale quello di realizzare un interesse meritevole di tutela *ex art. 1322 Cod. Civ.*⁴⁶⁷.

Alla luce di tali considerazioni, è stato analizzato il negozio giuridico costituito dalla clausola di rinvio (formale) contenuta nel contratto individuale di lavoro (ipotesi assai molto frequente nella prassi) per verificare se quella clausola realizza interessi diversi ed ulteriori tutelati dall'ordinamento, nel momento in cui si riscontra anche l'iscrizione al sindacato.

In tale contesto, si è affermato che se ad essere iscritto al sindacato è soltanto il datore di lavoro, allora quella clausola soddisfa anche un interesse ulteriore, ossia l'obbligo del lavoratore di vincolarsi e sottostare alla disciplina dettata dal contratto collettivo.

Ed invece, nel caso in cui ad essere iscritte sono entrambe le parti del rapporto di lavoro, sembra di poter dire che la clausola di rinvio contenuta nel contratto individuale non è idonea a realizzare alcun interesse ulteriore per le parti meritevole di tutela per il nostro ordinamento.

Ed infatti, posto che mediante la clausola di rinvio formale le parti manifestano la volontà di adeguare la disciplina del proprio rapporto di lavoro alle regole future che verranno emanate nell'interesse individuale di ciascun lavoratore e insieme di tutti gli altri, quello stesso interesse è stato già raggiunto mediante l'iscrizione al sindacato con le quali le parti hanno già manifestato la stessa identica volontà.

Tant'è che, in tale circostanza, potrebbe essere sostenuto che il patto individuale è privo di causa e, quindi, nullo essendo diretto a

⁴⁶⁷ Ciò, ovviamente, non esclude che quei negozi possano realizzare interessi meritevoli di tutela diversi e ulteriori quali ad esempio, la partecipazione alla vita associativa che si ottiene mediante l'iscrizione al sindacato.

realizzare lo stesso interesse che è stato già soddisfatto con l'iscrizione al sindacato.

In conclusione, si potrebbe quindi sostenere l'esistenza di una nuova categoria di negozi giuridici che hanno come fine quello di assoggettare il rapporto di lavoro ad una fonte eteronoma. Tali negozi si potrebbero configurare come negozi di collegamento eteronomo, il cui effetto è quello di rendere il contratto collettivo fonte eteronoma del rapporto di lavoro.

Ed infatti, l'effetto di quei negozi non può essere quello di trasformare il contratto collettivo in contratto individuale, o come regola autonoma del rapporto di lavoro perché, come affermato da autorevole dottrina, il potere di stipulare il contratto collettivo appartiene al sindacato e non al singolo lavoratore.

Conseguentemente, nei confronti del singolo, il contratto collettivo è sempre frutto di eteronomia e non può essere frutto di autonomia.

In altre parole, rispetto al singolo, il contratto collettivo potrà agire sempre come fonte eteronoma e mai come fonte autonoma del rapporto di lavoro.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998.
- ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro. Appunto critico*, in *Arch. Giur.*, 1928, ora, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 181 ss.
- ASCOLI, *Sul contratto collettivo di lavoro (A proposito di recenti sentenze)*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 95 ss.
- ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella recente legislazione italiana*, Milano, 1967.
- ASSANTI, *Commento all'art. 36*, in ASSANTI – PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972.
- BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989, I, p. 357 ss.
- BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, terza edizione, 2010.
- BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, 1917.
- BARASSI, *Diritto corporativo e diritto del lavoro*, Milano, 1942.
- BAVARO, *Accordi separati ed enti bilaterali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, I, p. 109 ss.
- BAVARO, *Dall'archetipo al prototipo nella vicenda FIAT: nuove questioni giuridico sindacali*, in www.ildiariodellavoro.it, 2011.
- BELLARDI, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva*, Franco Angeli, 1989.
- BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998.
- BELLOMO, *Applicazione limitata del contratto collettivo e comportamento antisindacale*, in *Giur. It.*, 1992, I, p. 2160.
- BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002.

BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.

BORTONE, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Bari, 1992.

BORTONE, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo e le sue forme di estensione*, in BORTONE – CURZIO, *Il contratto collettivo*, Torino, 1984.

BORTONE, *Commento all'art. 36*, in GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, p. 648 ss.

BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 6, p. 1095 ss.

BRUNETTI, *Contratti collettivi vecchi e nuovi*, in *Mass. Giur. lav.*, 1949, pag. 251.

CAPURRO, *Profili di efficacia soggettiva e temporale del contratto collettivo*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, p. 294 ss.

CARINCI, *Il diritto del lavoro tra neo-corporativismo e neo-istituzionalismo*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 335 ss.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, Torino, Utet, 1987

CARINCI, *Una dichiarazione di intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, pag. 177.

CARINCI, *Presentazione. Il posto delle fragole*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 6, p. 1059 ss.

CARINCI, *Se quarant'anni vi sembrano pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, p. 581 ss.

CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1930, p. 116 ss.

CARULLO, *Si può efficacemente ovviare alla carenza di una legislazione sindacale?*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1990, p. 291 ss.

CARUSO, *Accordi aziendali e lavoratori dissenzienti: il sindacato tra crisi aziendale e crisi della rappresentanza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1980, II, p. 157 ss.

CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992.

CARUSO, *L'efficacia del contratto aziendale e il dissenso: la Cassazione "naviga a vista"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 82.

CASTELVETRI, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 847 ss.

CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 559 ss.

CATAUDELLA, *Vincolatività del contratto collettivo e permanenza del vincolo associativo con la parte stipulante*, in *Dir. Lav.*, 1978, II, pag. 44.

CATAUDELLA, *Contratto collettivo (nuove funzioni del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2002, IX, p. 3 ss.

CATAUDELLA, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, pag. 230.

CATAUDELLA, *Le origini della scuola bolognese di diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 6, p. 1067 ss.

CESSARI, *Sui limiti temporali di efficacia delle norme corporative*, in *Foro Pad.*, 1951, I, c. 347 ss.

CESSARI, *La forza obbligatoria del contratto collettivo di diritto comune*, in *Studi parmensi*, 1952, p. 185.

CESSARI, *Pluralismo, neocorporativismo, neocontrattualismo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, p. 167.

CHIARELLI, *Efficacia erga omnes dei contratti collettivi di lavoro*, in *Rass. Parl.*, 1959, p. 50 ss.

CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno (1907)*, in *Saggi di diritto processuale civile 1900-1930*, vol. I, Roma, 1930, vol. I, p. 389.

- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1932.
- CIUCCIOVINO, *Autonomia collettiva e funzioni della retribuzione*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 2, p. 207 ss.
- CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, p. 616 ss.
- CORRADO, *L'efficacia normativa del c.d. contratto collettivo di diritto comune*, in *Dir. Enc.*, 1964, p. 20.
- CRISAFULLI, *Su alcuni aspetti problematici della delega contenuta nella legge 14 luglio 1959, n. 741 e i relativi decreti delegati*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 1414.
- D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, p. 226 ss.
- D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n.4, p. 665 ss., ora anche in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, p. 314, nonché in CARUSO – SCIARRA (a cura di), *D'Antona, Opere, vol. II, Scritti sul diritto sindacale*, Milano, 2000, p. 399 ss.
- D'ANTONA, *Il comma quarto dell'art. 39 della Costituzione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 404.
- D'ATENA, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 3025.
- DE CRISTOFARO, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di contratti aziendali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1966, I, p. 413 ss.
- DELL'OLIO, (voce) *Sindacato, (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1990, p. 669 ss.
- DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 96, 2002, p. 518.
- DEL PUNTA, *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, 1998, p. 159 ss.
- DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1987, 468.

DE LUCA TAMAJO, *Su alcune proposte legislative in tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Mass. Giur. Lav.*, p. 300 ss.

DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 6, p. 1080 ss.

DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994.

DE SEMO, *Natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel diritto sindacale italiano*, Padova, 1931.

DE SIMONE, *Osservazioni in tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *Dir. Maritt.*, 1988, p. 91 ss.

DE TOMMASO, *In tema di derogabilità in pejus dei contratti collettivi corporativi da parte dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. Econ.*, 1960, II, p. 45.

DI BERNARDINO, *La vigenza dei contratti corporativi in relazione alla legge 14 luglio 1959, n. 741*, Napoli, 1966.

DI MARCANTONIO, *Ancora sull'applicabilità erga omnes dei contratti collettivi*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1960, I, p. 35 ss.

DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1723, Livre I, pag. 23.

EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo tra iscrizione al sindacato e adesione individuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, p. 725 ss.

FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p. 667.

FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981.

FERRARO, *Fiscalizzazione degli oneri sociali e sgravi contributivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989, p. 66.

FERRARO, *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, p. 693.

FONZO, *Fiscalizzazione degli oneri sociali e osservanza delle norme collettive*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1984, p. 5 ss.

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in SCHLESINGHER (diretto da), *Il codice civile commentato*, sub. Artt. 1372 e 1373, Giuffrè, Milano, 1998.

GABRIELLI-PADOVINI, *Recesso (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1988, p. 27.

GALGANO, *Persone giuridiche, Libro primo: Persone e famiglia, art. 11-35*, in ID. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2006, p. 361 ss.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, tomo I, Cedam, 1993.

GALIZIA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1907, p. 23 ss.

GAROFALO, *Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza*, in SANTORO-PASSARELLI G., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 39 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 1994.

GHERA, *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per l'estensione dei contratti collettivi*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1963, p. 1117 ss.

GHERA, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *Riv. It. dir. Lav.*, 2000, I, p. 115 ss.

GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1987, p. 41.

GIASANTI, *Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro: gli effetti del confitto intersindacale*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2010, p. 78 ss.

GIUGNI, *La disciplina legislativa del trattamento minimo di categoria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 863 ss.

GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano 1960.

GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, p. 379.

GIUGNI, *Prefazione*, in DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Il Mulino, Bologna, 1971.

GIUGNI, *Diritto Sindacale. Lezioni raccolte e rielaborate da Francesco Liso e Mario Giovanni Garafolo*, Cacucci, Bari, 1974.

GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA. VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, 1986, p. 30.

GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p. 317.

GIUGNI, *Una nuova legge per la rappresentatività e l'efficacia dei contratti*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato. Democrazia e rappresentatività, lavoro pubblico, lavoro privato*, Milano, Franco Angeli, 1989, p. 76 ss.

GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003.

GIUGNI, *Diritto Sindacale*, aggiornato da L. Bellardi, P. Curzio, M. G. Garofalo, Bari, 2010.

GIUGNI, *Art. 39*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1979.

ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni industriali nell'ordinamento statale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1975, I, p. 457 ss.

ICHINO, *Il tempo della prestazione di lavoro, II, Estensione temporale della prestazione lavorativa subordinata e relative forme speciali di organizzazione*, Milano, 1985.

IRTI, *Relazione di sintesi*, in *Convegno per il cinquantenario del Codice Civile, Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993.

LAMA, *Il rinnovo del Ccnl della piccola e media industria metalmeccanica nel quadro delle relazioni industriali dopo il Protocollo del 22 gennaio 209*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 4, p. 1200 ss.

LAMBERTUCCI, *La Corte di Cassazione in materia di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali: in particolare la vincolatività dei*

contratti aventi ad oggetto la riduzione del'orario di lavoro, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2074.

LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990.

LAMBERTUCCI, *Contratti di riallineamenti, contratti d'area, patti territoriali*, (voce) in *Enc. Giur. Treccani*, 1998.

LASSANDARI, *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale: il caso della rimozione del divieto di lavoro notturno*, in *Giust. It.*, 1994, I, 1, p. 749 ss.

LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2010, p. 45 ss.

LASSANDARI, *La "strana" disdetta del contratto nazionale di categoria dei metalmeccanici*, in *Lavoro e Diritto*, 2010, p. 353 ss.

LAVAGNA, *Efficacia erga omnes dei contratti collettivi di lavoro*, in *Rass. Parl.*, 1959, p. 61 ss.

LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, Milano, 1982, p. 137 ss.

LISO, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. I, p. 11 ss.

LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/1991*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, I, p. 42.

LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso Nazionale AIDLASS, Milano 23-25 maggio 1997, Milano, 1998.

LISO, *Un primo commento ai decreti ex art. 28 dello statuto dei lavoratori sull'applicazione del Ccnl separato dei metalmeccanici del 2009*, su www.isril.it

LOTMAR, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1984, pag. 313 ss..

LUCIFREDI, *In tema di efficacia dei contratti collettivi aziendali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, p. 384 ss.

LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999.

LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, 2011, in www.aidlass.it

MAGNANI, *Commento all'art. 1 del d.l. n. 726/1984, convertito in l. 19 dicembre 1984, n. 863*, in NAPOLI (a cura di) *I contratti di solidarietà (misure urgenti a sostegno ed incremento dei livelli occupazionali. Legge 19 dicembre 1984, n. 863)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1985, p. 819, ss.

MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *Arg. Dil. Lav.*, 2/2009, p. 1278.

MANCINI, *Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1963, p. 570 ss.

MANCINI, *Comm. all'art. 36*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972, p. 534.

MARESCA, *Diritti individuali dei lavoratori e poteri del sindacato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, p. 685.

MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 35.

MARESCA, *Dalla contrattazione alla concertazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, p. 197.

MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 49 ss., nonché in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, p. 52 ss.

MARINELLI, *Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di M. dell'Olio*, tomo I, Giappichelli, 2008, p. 934 ss.

MARTONE, *Concertazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2002, vol. VII.

MARTONE, *La fase corporativa*, in PERSIANI – CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. I, *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, 2010.

MASSART, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 518 ss.

MAZZOTTA, *Libertà sindacale, pluralismo e certezza del diritto*, in SANTORO-PASSARELLI G., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 75 ss.

MENGONI, *Legge ed autonomia collettiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1980, p. 697.

MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1904, I, pag. 458.

MESSINA, *Ufficio del lavoro, Atti del Consiglio Superiore del lavoro*, IX Sessione – Giugno 1907, Roma, Officina Poligrafica Italiana, 1907, p. 29 ss.

MICELI, *Efficacia dei nuovi contratti collettivi e modifica da parte di essi dei contratti di diritto corporativo*, in *Dir. Lav.*, 1950, II, p. 188 ss.

MISCIONE, *Il problema del contratto collettivo: il dissenso*, in *Giur. It.*, 1987, IV, p. 65 ss.

MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti?*, in SANTORO-PASSARELLI G., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 7 ss.

NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, in AA. VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, 1988, p. 165 ss.

NATOLI, *L'efficacia generale dei contratti collettivi secondo un recente progetto ministeriale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1956, I, p. 167 ss.

NOGLER, *Note in tema di schemi innominati di rinvio al contratto collettivo da parte del contratto individuale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, pag. 539 ss.

NOGLER, *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto collettivo aziendale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994 II, 61.

NOGLER, *L'adesione alla regolamentazione collettiva: privilegio o libertà?*, in *Lav. Giur.*, 1997, 9, p. 271 ss.

NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, 1997.

ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009.

PACCHIANA PARRAVICINI, *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, 2010.

PANDOLFO, *Deliberazione dell'assemblea dei lavoratori ed efficacia del contratto aziendale "asindacale"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 74.

PEDRAZZOLI, *Qualificazione dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, I parte, in *Lav. Dir.*, 1990, n. 3, p. 389.

PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. Lav.* 1953, I, p. 99 ss.

PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958.

PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960.

PERA, *Le norme transitorie per garantire i minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Foro It.*, 1963, I, p. 648.

PERA, *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, p. 927.

PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1988.

PERA, *Sulla teoria dell'ordinamento intersindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, p. 256 ss.

PERA, *La contrattazione collettiva di diritto comune e l'art. 2070 Cod. Civ.*, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 1199.

PERSIANI, *I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale*, in *Dir. Lav.*, 1958, I, n. 7, p. 97 ss.

PERSIANI, *Natura e interpretazione delle norme delegate sui minimi di trattamento ai lavoratori*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1963, I, p. 245 ss.

PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972.

PERSIANI, *Legge, giudice e contratto collettivo*, in *Dir. Lav.*, 1977, p. 13.

PERSIANI, *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neocorporativa*, in *Dir. Lav.*, 1984, I, pag. 3 ss.

PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 13.

PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, n.1, p.1 ss.

PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, n.1, p.1 ss., ora in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, nonché in PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Padova, 2004, p. 265 ss.

PERSIANI, *Autoregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.*, 1989, n. 1, I, p. 6 ss, ora in ID., *Diritto del lavoro*, Padova, 2004.

PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, p 1 ss.

PERSIANI, *Ancora sull'autonomia privata collettiva*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2008, pag. 759, ss.

PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2009.

PESSI A., *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, 2007.

PESSI R., *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, p. 347.

PESSI R., *Innovazione tecnologica e sistema di relazioni industriali: "la contrattazione della trasformazione" e il "protocollo Iri"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, p. 732 ss.

PESSI R., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 81 ss.

PESSI R., *La contrattazione in deroga: il caso Pomigliano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 6, p. 1119 ss.

POSO, *Sui limiti dell'efficacia del contratto collettivo nei confronti di un imprenditore non iscritto all'associazione stipulante*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, pag. 1971.

PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994.

PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le funzioni della contrattazione collettiva in Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti AIDLASS 2001, Milano, 2002, p.112 ss.

PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, in BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Tomo I, PROIA (coordinato da), *Il diritto sindacale*, Torino, 2007, p. 1 ss.

PROIA, *Riforma degli assetti contrattuali, accordo intersindacale, fonte fatto*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 89 ss.

PROIA – GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in corso di pubblicazione in PERSIANI – CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2011.

PROIA, *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, in corso di pubblicazione su *Mass. Giur. lav.* 6/2011.

PROSPERETTI, *La questione dell'ultrattività degli accordi economici collettivi corporativi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1963, p. 186 ss.

PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989.

PROSPERETTI, *Principi ermeneutici in tema di contratto collettivo applicabile*, in *Dir. lav.*, 1991, p. 117 ss.

PROSPERETTI, *Libertà sindacale ed efficacia soggettiva dei contratti collettivi disomogenei*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 74.

PROSPERETTI, *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 199 ss.

REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1905, I, pag. 356.

REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, 1906, ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, 1962, p. 618.

RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, p. 576 ss.

RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 353 ss.

RICCI, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002, p. 144 ss.

RIVA-SANSEVERINO, *Il contratto collettivo nella legislazione italiana*, in *Dir. Lav.*, 1946, I, pag. 3 ss.

RIVA-SANSEVERINO, *Contratto collettivo di lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1962, pag. 55 e ss.

RIVA-SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1960, pag. 123.

ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997.

ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 Cod. Civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, p. 1049 ss.

ROMAGNOLI, *Storia del diritto sindacale*, in *Digesto It. Disc. Prov. Sez. Com.*, Utet, Torino, 1989.

ROMEI, *Limiti di efficacia del contratto collettivo aziendale*, in *Foro It.*, 1991, I, p. 877.

ROSSI BURATTINI - TUTTOBENE, *La recente giurisprudenza sugli accordi separati: una rassegna ragionata*, in *Bollettino speciale Adapt*, www.adapt.it, 20 giugno 2011, n 32.

RUCCI, *In tema di recesso dal contratto collettivo (con cenni sulla disdetta dell'uso aziendale)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, p. 290.

RUSCIANO M., *In tema di efficacia del contratto collettivo e art. 36 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1970, I, p. 240.

RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1984.

RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, pag. 95 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Contratto collettivo e norma corporativa*, in *Foro It.*, 1949, I, p. 1069.

SANTORO-PASSARELLI F., *Durata transitoria delle norme corporative*, in *Foro It.*, 1951, I, p. 578 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. Giur.*, 1950, I, p. 299 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, p. 217 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, (Voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV. Milano, 1959, ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, p. 265 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *L'autonomia collettiva*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pag. 255 e ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *L'autonomia dei privati*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pag. 238.

SANTORO-PASSARELLI F., *Norme corporative, autonomia collettiva, autonomia individuale*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, p. 1187 ss., nonché in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961.

SANTORO-PASSARELLI F., *La disciplina transitoria dei rapporti di lavoro*, Roma, 1961.

SANTORO-PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pag. 177.

SANTORO-PASSARELLI F., *Contratto e rapporto collettivo*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 169 ss

SANTORO-PASSARELLI F., *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti fra i sindacati e lo Stato*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 139 ss

SANTORO-PASSARELLI G., *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione* in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1980, p. 626.

SANTORO-PASSARELLI G., *Verso l'istituzionalizzazione del contratto collettivo di diritto comune?*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2009, I, pag. 99 ss.

SANTORO-PASSARELLI G., *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, p. 970 ss.

SANTORO-PASSARELLI G., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. It. Dir. Lav.* I, 2010, pag. 487 e ss.

SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene Editore, Napoli, 2010.

SANTORO-PASSARELLI G., *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, p. 219 ss.

SANTUCCI, *L'art. 36 della Costituzione, la parità retributiva e l'autonomia negoziale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 2, p. 241.

SCARPELLI, *Il fondamento giuridico dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale*, in *NGCC*, 1994, 49.

SCARPELLI, *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 228 ss.

SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2010, p. 4 ss.

SCIARRA, *Pars pro totum, totum pro pars: diritti individuali e interesse collettivo*, in *Lav. Dir.*, 1987, pag. 465.

SCIARRA, *Contratto collettivo* (voce), in *Digesto IV, sez. comm.*, vol. IV, Utet, 1989, pag. 61.

SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 1971, I, p. 140 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, Cacucci, Bari, 1972.

SCOGNAMIGLIO, *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2070 Cod. Civ.: categoria e contratto collettivo*, in *Mass. Giur. Lav.* 1997, p. 739 ss.

SERMONTI, *Verso la nuova legislazione sindacale: una soluzione inaccettabile*, in *Dir. Lav.*, 1950, I, p. 14 ss.

SEVERINO, *Il principio dell'autonomia sindacale nella formazione di un diritto comune del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1951, I, p. 175.

SIMI, *I vecchi contratti collettivi e le loro successive modifiche*, in *Dir. Lav.*, 1950, II, p. 380.

SIMI, *Ancora l'efficacia livellatrice del contratto collettivo?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1954, II, p. 2 ss.

SIMI, *Il problema della recezione del contratto collettivo da parte dei non soci*, in *Dir. Lav.* II, 1957.

SIMI, *La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*, Milano, 1961, p. 58.

SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, Padova, 1980.

SUPPIEJ, *La contrattazione collettiva tra crisi economica e riforme istituzionali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, p. 215.

TARELLO, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, II ed., Milano, Comunità 1972.

TIRABOSCHI, *L'efficacia temporale del contratto collettivo di lavoro: atipicità dello schema negoziale, giuridicità del vincolo e cause di scioglimento*, in SENATORI (a cura di), *Teoria e prassi delle relazioni industriali. Letture di diritto delle relazioni industriali*, Giuffrè, 2008, p. 233-323.

TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, p. 346 ss.

TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *Bollettino speciale Adapt*, www.adapt.it, 20 giugno 2011, n 32.

TREU T., *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968, pag. 1643.

TREU, *Commento all'art. 36 Costituzione*, in Branca (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1979.

TREU, *Metalmecanici: prime sentenze sul contratto separato*, in *Bollettino speciale Adapt*, www.adapt.it, 20 giugno 2011, n 32.

TOSI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, p. 449 ss.

TOSI – MAZZAMUTO, *Il costo del lavoro tra legge e contratto*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977, I, p. 219 ss.

TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 6, p. 1089 ss.

TURSI, *Contratto collettivo a tempo indeterminato e recesso ad nutum*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, pag. 448.

TURSI, *Autonomia contrattuale. Contratto di lavoro*, Torino, 1996.

TURSI, *Autonomia contrattuale. Contratto di lavoro*, in AA. VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 214.

TURSI, *La pretesa ultrattività del contratto collettivo di lavoro e l'incerto statuto teorico dell'autonomia collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, p. 201.

TUTTOBENE, *Il contratto separato metalmecanici 2009 è valido: lo dicono i giudici italiani*, in *Bollettino speciale Adapt*, www.adapt.it, 20 giugno 2011, n 32.

VALCAVI, *Spunti di riflessione alla luce dei recenti provvedimenti del Tribunale di Torino, Tolmezzo e Ivrea*, in *Bollettino speciale Adapt*, www.adapt.it, 20 giugno 2011, n 32.

VALLEBONA, *Un'alternativa al "nuovo" erga omnes: il licenziamento dei dissenzienti*, in *Pol. Dir.*, 1985, p. 459 ss.

VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, p. 381 ss.

VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo. Relazione in "Atti delle giornate di studio AIDLASS, Milano 23-25 maggio 1997"*, Milano, 1998, p. 126.

VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 1979, pag. 537 ss.

ZANGARI, *Per una disciplina del contratto collettivo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1987, pag. 296 ss.

ZANOBINI, *La legge, il contratto collettivo e altre forme di regolamento professionale*, in *Dir. Lav.*, 1929, I, p. 233 ss.

ZILIO GRANDI, *La retribuzione*, Napoli, 1996.

ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di promozione di regole*, in PERSIANI - CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2010, pag. 490 ss.