

Il contratto aziendale in deroga*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'evoluzione della contrattazione collettiva: dalla contrattazione articolata alla contrattazione non vincolata. 508
2. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nella dottrina e nella giurisprudenza. 510
3. L'accordo interconfederale del 1993 e la nuova regolazione dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'accordo interconfederale del 2011 e nel Testo Unico del 2014. 511
4. Legge e contratto collettivo aziendale in deroga nell'art. 8 e diverso spirito della disciplina legale rispetto a quella confederale. 514
5. Osservazioni sul superamento e sull'abrogazione formale dell'art. 8 da parte del Jobs Act. 517

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 254/2015

Nell'attuale periodo di crisi economica e di globalizzazione dei mercati, la concorrenza crescente ha imposto alle imprese di ridurre i costi di produzione e tra questi, in particolare, i costi del lavoro. In questo contesto, da un lato le parti sociali hanno rivisto responsabilmente i rapporti tra livelli contrattuali, tradizionalmente contrassegnati dalla funzione migliorativa del contratto di livello inferiore rispetto a quello di livello superiore e dall'altro lato il legislatore ha rivisto il rapporto tra legge e contratto collettivo perché ha affidato al contratto collettivo una serie di funzioni diverse e ulteriori rispetto a quella migliorativa, funzioni che determinano un'integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo e non di tipo gerarchico.

In questi casi il rapporto tra legge e contratto collettivo segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare tutt'al più in senso migliorativo, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

Pertanto, il tema del contratto aziendale in deroga deve essere inquadrato ed esaminato nell'ambito:

- 1) dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello e
- 2) e nel rapporto tra legge e contratto collettivo.

1. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'evoluzione della contrattazione collettiva: dalla contrattazione articolata alla contrattazione non vincolata.

In relazione al rapporto tra contratti collettivi di diverso livello è opportuno subito ricordare che l'ordinamento sindacale italiano è stato contrassegnato sin dagli anni '60 da un doppio livello di contrattazione che ha subito alterne vicende perché, diversamente dai sistemi di altri Paesi, in quello italiano non esiste una norma di legge che sancisce la sovraordinazione del contratto nazionale a quello aziendale.

È stata infatti la contrattazione collettiva, a partire dagli anni '60, a prevedere un coordinamento tra livelli contrattuali, ma questo coordinamento è stato regolato da una fonte negoziale e non normativa e ha subito alterne vicende dovute ovviamente alle diverse fasi della contrattazione collettiva, fasi che registrano i diversi rapporti di forza tra sindacati e imprenditori.

È appena il caso di ricordare l'esperienza della contrattazione articolata dovuta prevalentemente alla Cisl, finalizzata ad affiancare alla contrattazione nazionale la contrattazione decentrata al livello aziendale¹³⁶⁷.

¹³⁶⁷ Nel luglio del 1962 le federazioni di categoria dei sindacati metalmeccanici firmarono con l'Intersind e l'Asap, le associazioni delle imprese a partecipazione statale, un accordo che stabiliva i principi del nuovo sistema contrattuale articolato su due livelli denominato di "contrattazione articolata", poi recepito dai diversi contratti nazionali di categoria.

La contrattazione aziendale, in quel periodo di *boom* economico, fu essenzialmente acquisitiva, volta cioè ad introdurre trattamenti ulteriori o migliorativi rispetto a quelli già previsti dal contratto nazionale.

Essa assolse un'importante funzione di volano per l'evoluzione della stessa contrattazione nazionale successiva.

I miglioramenti introdotti dalla contrattazione aziendale, infatti, venivano poi generalmente riproposti nei successivi rinnovi dei contratti nazionali e finivano, quindi, per essere estesi ad una più ampia cerchia di lavoratori.

Il contratto nazionale determinava, attraverso clausole di rinvio, le materie e gli istituti regolati dagli altri livelli contrattuali. Gli agenti contrattuali del livello territoriale erano di regola i sindacati provinciali, ossia sindacati esterni all'azienda, per l'inesistenza all'epoca di strutture sindacali interne e perché la commissione interna non aveva competenza contrattuale.

La contrattazione articolata fu più importante dal punto di vista del principio del decentramento, introdotto nel nostro sistema di relazioni sindacali, che non dal punto di vista operativo.

Infatti il contratto nazionale continuava ad essere il perno del sistema contrattuale e ad esso spettava determinare le competenze ed i soggetti della contrattazione aziendale, competenze per altro ancora poco rilevanti, come per esempio la disciplina della distribuzione dell'orario di lavoro, dei ritmi di lavoro, del cottimo, dei sistemi di valutazione delle mansioni, ecc.

Bisogna anche aggiungere che gli imprenditori non accettarono passivamente la contrattazione articolata, ma ottennero quale "contropartita" la sottoscrizione da parte dei sindacati delle clausole di pace sindacale, finalizzate a non promuovere azioni o rivendicazioni intese a modificare, integrare, innovare quanto già concordato ai vari livelli di contrattazione nel periodo che intercorreva tra un rinnovo e l'altro.

La funzione delle clausole di pace sindacale era, principalmente, quella di consentire agli imprenditori, al riparo da ulteriori rivendicazioni, di quantificare preventivamente il costo del lavoro per l'intero periodo di vigenza del contratto.

Già sul finire degli anni '60 proliferarono iniziative spontanee di lotta sindacale dei lavoratori attraverso la costituzione dei Cub, comitati unitari di base, ossia di organizzazioni di lavoratori che, senza la mediazione delle strutture sindacali tradizionali, avanzavano nuove rivendicazioni (ad esempio aumenti uguali per tutti, riduzione dell'orario di lavoro e dello straordinario, parificazione normativa tra impiegati e operai), espressione di un egualitarismo in contrasto con i vincoli e la riserva di materie della contrattazione articolata.

La protesta dei lavoratori era diretta non solo contro la controparte imprenditoriale, ma anche contro il burocratismo e il verticismo delle organizzazioni sindacali.

La forte conflittualità dell'autunno caldo sindacale degli anni '68-'69 e il conseguente rifiuto di sottoscrivere le clausole di pace sindacale travolsero inevitabilmente la contrattazione articolata.

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

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

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

Conseguentemente, il contratto aziendale finì per reregolare tutte le materie già disciplinate dal contratto nazionale.

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

Successivamente, però, il contratto aziendale, a causa del periodo di recessione economica determinato anche dalla prima crisi petrolifera, fino ad allora sempre acquisitivo, cominciò anche ad introdurre clausole peggiorative rispetto a quelle del contratto nazionale.

2. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nella dottrina e nella giurisprudenza.

Come si è già rilevato, tra contratto nazionale e contratto aziendale non esiste un rapporto gerarchico, come tra contratto collettivo e contratto individuale, ma un rapporto di pari-ordinazione perché non esiste una norma di legge che regola i rapporti tra i due livelli contrattuali.

Per questa ragione la dottrina¹³⁶⁸ si pose il problema del concorso-conflitto tra fonti di diverso livello nella regolamentazione di un medesimo istituto, accogliendo nel tempo una serie di criteri per dirimere tale conflitto.

Così la giurisprudenza di gran lunga prevalente stabilì che, in caso di conflitto tra contratti di diverso livello, non fosse applicabile l'art. 2077 c.c.¹³⁶⁹ e neppure il criterio della gerarchia tra contratti collettivi¹³⁷⁰, ossia la prevalenza del contratto collettivo ad ambito più esteso.

Solo per un certo periodo di tempo la giurisprudenza accolse il criterio cronologico¹³⁷¹, cioè la prevalenza dell'ultimo contratto, sia esso nazionale o aziendale, in base al rilievo che l'ultimo contratto è l'ultima e, conseguentemente, la più attendibile manifestazione di volontà delle parti interessate.

Successivamente la giurisprudenza ha accolto il criterio della specialità, ossia la prevalenza del contratto aziendale, anche se peggiorativo, perché più vicino agli interessi da regolare¹³⁷², criterio

¹³⁶⁸ V. in particolare tra i primi G. SANTORO-PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980, pag. 617 e, successivamente, M. GRANDI, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello* in *Atti del Convegno Aidlass Arezzo*, 1981. Per un efficace riepilogo dei vari orientamenti si veda, da ultimo, F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto sindacale*, Torino, 2013, pag. 242 e ss.

¹³⁶⁹ Cass. 26 giugno 2004, n. 11939, in *Not. giur. lav.*, 2004, pag. 715.

¹³⁷⁰ Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1614, in *Giust. civ.*, 1989, I, pag. 1560. Si veda, però, più recentemente, in senso contrario, Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, che tenta di ricostruire un principio di gerarchia tra contratto nazionale e contratto decentrato.

¹³⁷¹ Cass. 2 Aprile 2001, n. 4839.

¹³⁷² Cass. 19 aprile 2006, n. 9052, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (contratto)*, n. 3.

temperato da quello della competenza e dell'autonomia, nel senso che l'accordo aziendale *in peius* è legittimo se la clausola interviene su materie sulle quali il contratto è competente a disporre interpretando la volontà delle parti¹³⁷³, senza perdere di vista l'intero sistema contrattuale in cui inserire il patto derogatorio¹³⁷⁴.

Da quest'ultima precisazione si desume che il criterio dell'autonomia e della competenza, e quindi della prevalenza del contratto ad ambito più ristretto, trova applicazione soltanto nelle ipotesi in cui tale contratto sia stato siglato dalle articolazioni locali delle organizzazioni firmatarie del contratto collettivo di ambito più esteso.

In altri termini, i criteri di specialità e di competenza presuppongono l'unità e la razionalità del sistema contrattuale complessivo.

Il problema continuava a porsi, però, quando il contratto aziendale peggiorativo fosse sottoscritto da soggetti sindacali appartenenti a sigle diverse da quelle che hanno sottoscritto il contratto nazionale.

E sotto questo aspetto non si rivelano utili neppure le previsioni degli accordi interconfederali che dettano una ripartizione di competenze tra contratto nazionale e contratto decentrato (in questi termini già l'accordo interconfederale del 1993 e oggi quello del 28 giugno 2011, nonché il Testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014).

3. L'accordo interconfederale del 1993 e la nuova regolazione dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'accordo interconfederale del 2011 e nel Testo Unico del 2014.

L'Accordo interconfederale del 1993, dopo un periodo di ricentralizzazione contrattuale, delinea nuovamente un sistema di contrattazione collettiva articolato in due livelli, quello nazionale (centrale) e quello territoriale¹³⁷⁵ e/o aziendale (decentrato).

Il contratto collettivo aveva durata quadriennale per la parte economica e biennale per quella retributiva.

Il contratto decentrato doveva intervenire su materie ed istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli regolati dal contratto di primo livello, secondo le modalità e negli ambiti di applicazione definiti dallo stesso contratto nazionale. Come, pure, sempre il contratto nazionale stabiliva la tempistica e le materie della contrattazione decentrata.

Questo accordo ha retto per parecchi anni e anche l'impatto del referendum del 1995.

Dopo la parentesi costituita dall'Accordo interconfederale del 2009, non sottoscritto dalla Cgil e pertanto immediatamente rivelatosi altamente ineffettivo, a causa della crisi economica iniziata nel 2008 che incide fortemente sui costi delle imprese, intervengono tre accordi interconfederali sottoscritti unitariamente da CGIL, CISL e UIL: l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, con

¹³⁷³ Cass. 19 maggio 2003, n. 7847, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (contratto)*, n. 39.

¹³⁷⁴ Cfr., tra le sentenze più recenti, Cass. 18 maggio 2010, n. 12098.

¹³⁷⁵ La contrattazione territoriale, tuttavia, non è mai stata molto diffusa ed è tutt'ora presente solo in alcuni settori. Può essere provinciale (ad es. nei settori dell'edilizia e del commercio) o regionale (artigianato).

la postilla del 21 settembre dello stesso anno¹³⁷⁶, il Protocollo di intesa del 31 maggio 2013 e infine il Testo Unico del 10 gennaio 2014, che riassume i due precedenti accordi.

Si tratta di accordi molto importanti perché, almeno a livello interconfederale, segnano la riaffermazione del principio di unità di azione sindacale¹³⁷⁷, messo in crisi a partire dal 2009 anche su alcuni versanti nazionali ed aziendali. Non si possono non ricordare la stipula di due contratti collettivi nazionali nell'ambito della categoria dei metalmeccanici tra la CGIL da un lato e la CISL e la UIL dall'altro, e il recesso della Fiat dalla Federmeccanica e, quindi, dalla Confindustria.

Gli accordi sono stati stipulati per dettare regole certe e condivise finalizzate alla gestione del dissenso sindacale, rispettivamente in ambito aziendale e a livello nazionale¹³⁷⁸.

L'obiettivo è garantire una maggiore stabilità della disciplina contenuta nei contratti collettivi, senza che l'eventuale dissenso si traduca in una paralisi della contrattazione o nella stipulazione di accordi non unitari destinati a non "tenere" sul piano dell'effettività.

Punto centrale della nuova disciplina è che il contratto stipulato nel rispetto delle regole e delle procedure concordate unitariamente a livello interconfederale, vincoli poi tutti i soggetti che hanno accettato quelle regole, anche se dissenzienti rispetto ai contenuti del contratto¹³⁷⁹.

L'accordo del 2011 detta inoltre condizioni e procedure nel rispetto delle quali il contratto aziendale, anche se peggiorativo dei trattamenti stabiliti da quello nazionale¹³⁸⁰, è efficace nei confronti di tutte le associazioni sindacali espressione delle confederazioni firmatarie e di "tutto il personale in forza"¹³⁸¹.

Proprio sotto questo aspetto emerge una importante differenza rispetto all'accordo del 1993. Quest'ultimo guarda al secondo livello di contrattazione ancora in funzione tendenzialmente acquisitiva; l'accordo del 2011, invece, pone drasticamente il problema delle deroghe peggiorative al contratto nazionale da parte del contratto aziendale (clausola 7).

¹³⁷⁶ Il 21 settembre del 2011 il testo del 28 giugno è stato integrato con una nota volta ad esprimere l'intenzione delle parti di attuare compiutamente l'accordo interconfederale. Tale precisazione, in apparenza pleonastica, è stata ritenuta necessaria dopo l'approvazione dell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011. Poiché essa sembra evidenziare la volontà delle parti di non applicare quanto previsto da quella norma di legge, la sua sottoscrizione ha causato il recesso di FIAT da Federmeccanica.

¹³⁷⁷ L'accordo del 2011 ha raggiunto un punto di equilibrio importantissimo ed è stato sottoscritto unitariamente perché è riuscito a temperare le diverse istanze di CISL e CGIL. Esso prevede, infatti, meccanismi di verifica della rappresentatività sindacale che tengono conto dei consensi elettorali e strumenti di democrazia diretta, quali il referendum, apprezzati dalla CGIL. Allo stesso tempo, però, assegna anche rilevanza ai dati riferiti alle deleghe rilasciate dai lavoratori per la riscossione dei contributi sindacali, secondo una concezione volta a valorizzare il momento associativo, cara alla CISL. Anche il Protocollo 31 maggio 2013 segna un momento di ricomposizione dell'unità sindacale, dopo che la CGIL non aveva firmato l'Accordo quadro sulla produttività del 21 novembre 2012, che, pur stipulato da quasi tutte le associazioni imprenditoriali, vede la sua effettività compromessa dal dissenso del più importante sindacato italiano. Cfr. sul punto G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014 pag.186

¹³⁷⁸ Cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014, pag. 182.

¹³⁷⁹ Si realizza, pertanto, una dissociazione tra parte "firmataria" e soggetti vincolati al rispetto del contratto, che possono essere anche associazioni non firmatarie.

¹³⁸⁰ L'accordo del 2011, inoltre, nell'ambito del secondo livello, contempla il solo contratto aziendale. Viene meno, dunque, il riferimento al contratto territoriale contenuto nell'accordo del 1993.

¹³⁸¹ Analoghe condizioni e procedure sono stabilite dal Protocollo del 2013 per il contratto nazionale.

Il Testo unico conferma il riparto di competenze già delineato dall'Accordo 2011¹³⁸².

Il contratto nazionale deve garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati sul territorio nazionale.

La contrattazione aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale e dalla legge.

Si deve ritenere, pertanto, che la contrattazione aziendale non possa riproporre questioni che siano già state negoziate in altri livelli di contrattazione (c.d. *ne bis in idem*).

Ovviamente la delega può essere più o meno dettagliata, fermo restando che essa dovrà avere comunque quel minimo di specificità che consenta di determinarne l'oggetto.

In ogni modo, in assenza di una delega espressa a disciplinare una determinata materia o "porzione di materia", il contratto aziendale non potrà dettare alcuna regolamentazione¹³⁸³.

La disciplina interconfederale, sotto questo punto di vista, sembra allora evidenziare una sorta di gerarchia tra i due livelli di contrattazione.

Senonché, come si è già avuto modo di affermare con riferimento ai rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, tale gerarchia non si traduce nella nullità dell'eventuale clausola del contratto aziendale che violi quanto stabilito dal Testo Unico o dai contratti nazionali, perché le clausole contrattuali dell'uno e degli altri non hanno efficacia reale.

Analogamente a quanto già previsto dalla clausola 7 dell'Accordo interconfederale 2011, il Testo Unico distingue la disciplina "a regime" da quella "transitoria".

A regime, i contratti aziendali possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali, nei limiti e secondo le procedure previste dagli stessi contratti nazionali, se approvati dalla maggioranza dei componenti delle r.s.u. o dalle r.s.a. che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe.

Questa formula abilita il contratto aziendale a prevedere deroghe peggiorative alle regolamentazioni contenute nei contratti nazionali.

In caso di deroga, pertanto, il contratto aziendale interviene a regolare una materia stabilendo condizioni peggiorative rispetto a quella già previste dal contratto nazionale. Si verifica un concorso/conflitto tra discipline pattizie i cui criteri di risoluzione sono però già predeterminati dal contratto nazionale nel senso della prevalenza della disciplina derogatoria ritualmente dettata dal contratto aziendale.

In linea generale, i contratti nazionali non hanno specificato le materie oggetto di deroga. Alcuni contratti collettivi (metalmecchanici, chimici), pur ammettendo la possibilità di deroga in sede aziendale in casi particolari, hanno preferito individuare le materie non derogabili (minimi tabellari, diritti individuali irrinunciabili) e prevedere il coinvolgimento dei sindacati territoriali nella

¹³⁸² Cfr. le clausole 2 e 3 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

¹³⁸³ Per una diversa ricostruzione, che ritiene molto più estesa la possibilità di intervento della contrattazione aziendale, cfr. M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 451.

stipulazione delle intese modificative.

La disciplina transitoria si applica, invece, nelle ipotesi in cui le intese modificative a livello aziendale non siano state previste ed in attesa dei rinnovi dei contratti nazionali.

In questi casi, venendo meno il filtro del contratto nazionale, le deroghe peggiorative sono ammesse solo con riferimento agli istituti del contratto nazionale che disciplinano determinate materie, seppure molto ampie (prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro) ai soli fini di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi.

Il venir meno del filtro del contratto nazionale spiega perché i contratti aziendali che introducono deroghe peggiorative debbano essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda (e cioè r.s.u. o r.s.a.) d'intesa con le relative¹³⁸⁴ associazioni territoriali delle confederazioni sindacali firmatarie dell'Accordo interconfederale.

Questa disciplina consente la stipulazione di contratti in deroga anche quando questi, come spesso avviene, non siano sottoscritti unitariamente dalle r.s.a. presenti in azienda.

È sufficiente, infatti, l'intesa con le associazioni di cui sono espressione le r.s.a. firmatarie. Occorre, in altri termini, l'intesa con l'associazione territoriale della r.s.a. dissenziente¹³⁸⁵.

4. Legge e contratto collettivo aziendale in deroga nell'art. 8 e diverso spirito della disciplina legale rispetto a quella confederale.

Dopo avere esaminato la clausola del Testo Unico che stabilisce i limiti e le procedure entro i quali può avere effetto la deroga peggiorativa introdotta dal contratto aziendale alle clausole del contratto nazionale, è opportuno rivisitare i rapporti tra legge e contratto collettivo per constatare che anche in questo campo la legge ora legittima il contratto collettivo a derogare *in peius* alle norme inderogabili di legge.

Tra legge e contratto collettivo, in particolare, si instaurano rapporti di:

- a) gerarchia, fondati sull'inderogabilità della norma legale da parte del contratto collettivo;
- b) integrazione funzionale, incentrati sui rinvii operati dalla legge alla disciplina pattizia.

In linea generale, pertanto, il contratto collettivo non può peggiorare i livelli di trattamento e le condizioni stabilite direttamente dal legislatore.

Le clausole che si pongono in contrasto con le norme inderogabili di legge sono nulle, ai sensi dell'art. 1418 c.c.¹³⁸⁶.

¹³⁸⁴ Il termine "relative" non era previsto nella clausola 7 dell'Accordo 2011 ed è stato aggiunto dal Testo Unico.

¹³⁸⁵ Se invece il contratto aziendale è stipulato dalla r.s.u., in considerazione della natura collegiale di tale organo, l'intesa dovrebbe riguardare le associazioni che hanno espresso rappresentanti all'interno della r.s.u.. Si potrebbe anche ritenere, tuttavia, analogamente a quanto previsto per le r.s.a., che basti l'intesa con le associazioni nelle cui liste sono stati eletti i componenti della r.s.u. che hanno approvato la stipulazione del contratto aziendale. Quest'ultima ricostruzione, tuttavia, svaluterebbe la natura collegiale della r.s.u.

¹³⁸⁶ Raramente, tuttavia, il giudice dichiara nulle clausole dei contratti collettivi. Quando accade, in ogni caso, la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto collettivo. Per esempio, Cass. 2 luglio 2013, n. 16507 ha dichiarato nulla la clausola di un contratto collettivo che considerava dimissionario il lavoratore non rientrato in servizio senza giustificato motivo al termine del periodo di aspettativa, in quanto stabiliva una causa di risoluzione del rapporto non prevista dalla legge.

È invece normalmente ammessa la deroga *in melius* della disciplina legale da parte del contratto collettivo (principio del *favor*), a meno che la stessa legge non preveda una inderogabilità assoluta.

In conclusione, il rapporto gerarchico tra legge e contratto collettivo è fondato sul principio inderogabilità *in peius* - derogabilità *in melius* della disciplina legale da parte di quella pattizia.

Non a caso, come vedremo, il tema della deroga alle norme di legge da parte del contratto collettivo è stato direttamente affrontato dal legislatore con una norma di carattere generale nel 2011, proprio in considerazione del particolare contesto socio-economico del momento e della necessità di contemperare le esigenze di competitività delle imprese con la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Viceversa, l'integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare tutt'al più in senso migliorativo, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

In questi casi¹³⁸⁷ bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo, come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o, nei licenziamenti collettivi, a stabilire i criteri di scelta dei lavoratori che possono essere licenziati.

In queste ipotesi la legge affida al contratto collettivo una funzione integratrice della stessa norma.

In altri casi la legge ha affidato al contratto collettivo il potere di ridurre la retribuzione dei dipendenti per evitare i licenziamenti o, ancora, per favorire nuove assunzioni.

Come si può constatare, i contratti di solidarietà interni od esterni non prevedono soltanto una deroga secca meno favorevole del trattamento retributivo ma, se così si può dire, uno scambio tra riduzione della retribuzione e riduzione dei licenziamenti o nuove assunzioni.

Infine, la legge assegna al contratto collettivo il potere di derogare *in peius* a norme di legge inderogabili.

In questo caso, quindi, la legge non attribuisce al contratto collettivo il potere di sostituire le clausole difformi del contratto individuale, ma autorizza il contratto collettivo a derogare, a determinate condizioni, norme di legge imperative che comunque restano in vigore.

A tal proposito vale la pena richiamare l'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011, rubricato «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», che abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti da particolari soggetti e a determinate condizioni, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con due effetti peculiari:

¹³⁸⁷ Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, e le diverse tecniche legislative adottate nel tempo v. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, pag. 439 ss.

a) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati;

In questo caso si tratta di una vera e propria efficacia generale perché è stabilita da un atto normativo, diversamente da quanto previsto dalle clausole 4 e 5 dell'Accordo interconfederale, che in quanto fonte negoziale ha esso stesso un'efficacia limitata. Il riferimento a «tutto il personale in forza» contenuto nell'accordo interconfederale deve essere inteso a tutto il personale iscritto alle associazioni espressione delle confederazioni firmatarie¹³⁸⁸.

b) possibilità di derogare non solo ai contratti nazionali ma anche a norme di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro¹³⁸⁹.

È importante sottolineare che la legge lascia alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali.

Ancora, l'art. 8 individua direttamente le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria.

Diversamente da quanto previsto dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, quindi, si prescinde da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali, con un'attribuzione di competenza a titolo originario al contratto di prossimità.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è senza dubbio la competenza derogatoria dei contratti ex art. 8, spinta fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali che, per il Testo Unico del 10 gennaio 2014 possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali¹³⁹⁰.

Anche in considerazione della vaghezza dei limiti all'efficacia derogatoria¹³⁹¹ (la norma fa salvi il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro), suscita perplessità la previsione che affida modifiche così rilevanti alla sede sindacale aziendale, notoriamente più condizionata dalla controparte di quanto sia la sede sindacale nazionale.

¹³⁸⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 11.

¹³⁸⁹ Sul tema dei rapporti tra contratto aziendale e nazionale cfr. le peculiari ricostruzioni di A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 21-22, secondo cui la possibilità di derogare al Ccnl sarebbe funzionale al solo scopo di impedire che il Ccnl, mediante un rinvio alle norme imperative di legge derogate, possa privare di effetti la deroga alla legge e di R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *Atti del Convegno AIDLASS Bologna*, 2013, secondo cui la derogabilità del CCNL, a seguito dell'intervento legislativo, potrebbe essere condizionata in via generale al rispetto dei requisiti di cui all'art. 8.

¹³⁹⁰ Cfr., da ultimo, F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *WP ADAPT*, 2014, pag. 164. Secondo l'A. l'art. 8 "costituisce la massima apertura alla c.d. gestione consensuale del mercato del lavoro tramite una contrattazione delegata rinforzata".

¹³⁹¹ R. PESSI, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 62-63; F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, 3, pag. 495-8; A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDLE.it*, 131/2011, pag. 23.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente, infatti, che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermi restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Senza sottacere le riserve sulla sua costituzionalità dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011¹³⁹², a quanto pare non ancora rimesso allo scrutinio di costituzionalità, si può osservare, sia pure in prima approssimazione, che questa norma:

- 1) vulnera il principio dell'inderogabilità delle norme di legge da parte del contratto collettivo e
- 2) tende a scardinare il principio della gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello, perché attribuisce a titolo originario al contratto aziendale la funzione di derogare la norma di legge senza la mediazione del contratto collettivo nazionale. E, sotto questo profilo,
- 3) favorisce la competizione tra i contratti collettivi nazionale e aziendale con l'obiettivo ultimo del superamento del livello nazionale di contrattazione¹³⁹³.

Lo spirito che anima questa norma è profondamente diverso da quello che ha spinto le parti sociali prevedere un sistema di deroghe peggiorative a livello aziendale lasciando il governo delle relazioni industriali al sindacato nazionale¹³⁹⁴. E questa diversa impostazione emerge con chiarezza nella postilla del 21 settembre 2011 all'accordo del 28 giugno del 2011¹³⁹⁵, che invita le parti sociali ad attenersi alle procedure previste dallo stesso accordo interconfederale e, di conseguenza, può considerarsi un invito implicito ai sindacati firmatari degli accordi interconfederali a non seguire la procedura prevista dall'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011.

5. Osservazioni sul superamento e sull'abrogazione formale dell'art. 8 da parte del Jobs Act.

A questo punto diventa inevitabile la domanda, anche alla luce del recentissimo decreto delegato sulle tutele crescenti e della bozza sulle tipologie contrattuali, se il suddetto art. 8 possa considerarsi un episodio normativo isolato o abbia segnato l'inizio di un'inversione di tendenza e cioè che il contratto aziendale sia abilitato a derogare *in peius* norme inderogabili di legge prescindendo dai limiti e dalle procedure previste dal contratto nazionale

¹³⁹² Per tutti vedi F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 6, pag. 1137 e ss. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 133/2011, spec. pag. 43 e ss.; M. RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, 8 settembre 2011, in www.eguaglianzaeliberta.it; U. CARABELLI, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte*, *Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pag. 549 e ss.; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Intervento*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, pag. 192-197.

¹³⁹³ Al riguardo, secondo E. GHERA, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP CSDLE.it*, 202/2014, pag. 5 ss. e spec. Pag. 9, l'aspetto più critico, sul piano della legittimità costituzionale dell'art. 8, è proprio l'attribuzione della funzione derogatoria in via esclusiva ai contratti di prossimità, suscettibile di ledere la libertà di organizzazione sindacale.

¹³⁹⁴ *Ex plurimis* v. P. TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 6, pag. 1221; F. SCARPELLI, *Intervento*, in *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, 3, pag. 643.

¹³⁹⁵ Cfr. M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 43 ss., che parla del 21 settembre 2011 come del "giorno dell'orgoglio delle parti sociali".

E una questione ancora diversa è se l'art. 8 possa considerarsi abrogato dalle normative successive come la normativa sul contratto a termine o quella dei decreti delegati emanati sulle tutele crescenti o in via di emanazione sulle tipologie contrattuali che regolano molte materie già regolate dall'art.8

Orbene, alla prima questione si deve rispondere che la normativa successiva non solo ricorre alla stessa tecnica, nel senso che autorizza il contratto aziendale a derogare *in peius* norme di legge bypassando la funzione ordinante del contratto collettivo nazionale, ma interviene anche direttamente a modificare talune normative inderogabili che regolavano il rapporto di lavoro.

In questo senso basta richiamare, nell'ambito della disciplina attuativa della legge n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*), l'art. 55 della bozza sulla disciplina delle mansioni, che sostituisce l'art. 2103 c.c. e per certi versi addirittura supera quanto previsto, in linea generale, dall'art. 8.

L'art. 8, infatti, subordina la possibilità di derogare alle norme di legge all'intervento di un contratto collettivo, seppur aziendale.

La nuova disposizione, oltre ad estendere notevolmente le fattispecie legali di legittima adibizione a mansioni inferiori, abilita i contratti collettivi, anche aziendali, ad individuare ulteriori ipotesi di demansionamento.

A differenza di quanto stabilito dall'art. 8, tuttavia, tale competenza derogatoria dei contratti aziendali non deve rispondere a finalità particolari ed è riconosciuta in via ordinaria.

D'altra parte anche la disciplina del contratto a termine del 2014 ha notevolmente flessibilizzato la normativa preesistente eliminando le causali e il decreto sul contratto a tutele crescenti del 2015 ha ridotto ulteriormente l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione.

Certo il ricorso sempre più frequente al contratto collettivo con il fine di derogare a discipline che possono rivelarsi troppo rigide in determinati contesti può risultare penalizzante per il singolo lavoratore laddove intervengano deroghe peggiorative. Ma si sostiene che tali tecniche possono rivelarsi necessarie o opportune per garantire i livelli occupazionali nella misura in cui consentono all'impresa di rimanere sul mercato.

In quest'ottica, allora, il baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro, tradizionalmente incentrate sulla protezione del singolo lavoratore come contraente debole, sembra tendenzialmente spostarsi verso una dimensione collettiva, tesa a mantenere i livelli occupazionali anche a costo di cedere qualcosa sul piano delle garanzie individuali.

Le minori garanzie individuali a seguito delle deroghe peggiorative o dell'introduzione di discipline più flessibili rispetto alle precedenti sarebbero controbilanciate dal mantenimento del posto di lavoro, considerato prevalente in un'ottica di temperamento dei vari interessi.

È vero però che la flessibilizzazione progressiva della disciplina legale del rapporto individuale unitamente ad una rilevante defiscalizzazione degli oneri sociali sembra avere dirottato una parte consistente dei cosiddetti rapporti precari verso il rapporto di lavoro a tutele crescenti. Ma è discutibile che queste misure abbiano prodotto un aumento reale dell'occupazione, possibile solo in presenza di un'autentica crescita economica.

D'altra parte non si può non rilevare che la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità "oppressiva" della normativa inderogabile del contratto nazionale rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano e assicurano i minimi di trattamento a quella miriade di lavoratori che non hanno un contratto aziendale.

Il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte.

Si può ora rispondere alla seconda questione precedentemente posta e cioè se l'art. 8 del d.l. 148 del 2011 possa considerarsi abrogato dalla normativa successiva.

La risposta deve essere sostanzialmente negativa perché, come è noto, l'art. 8 riconosce al contratto aziendale un duplice effetto e cioè l'efficacia generale e quella derogatoria.

E per queste ragioni la prevalente dottrina considera i contratti aziendali dell'art. 8 una specie particolare di contratti.

Queste caratteristiche del contratto inducono a ritenere che l'art. 8 non può ritenersi formalmente abrogato da normative successive che abbiano disciplinato diversamente le materie già prese in considerazione dall'art. 8.

Per queste ragioni l'art. 8 non può considerarsi abrogato dalla disciplina del contratto a termine del d.l. 20 marzo 2014, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78. Questa normativa più che abrogare l'art. 8 ha fatto venir meno l'interesse del datore di lavoro ad avvalersi di questa norma.

Infatti, la flessibilizzazione della disciplina del contratto a termine rimessa dall'art. 8 al contratto collettivo è stata direttamente realizzata dalla legge 16 maggio 2014 n. 78, che ha eliminato le causali per la conclusione del contratto a termine.

E un discorso analogo può essere fatto, come si è visto, per la nuova disciplina delle mansioni.

D'altra parte la non abrogazione dell'art. 8 da parte delle normative successive, ma soprattutto la previsione dell'art. 12 della legge n. 604 del 1966, sicuramente non abrogata, che fa salve le condizioni più favorevoli previste dai contratti collettivi in materia di licenziamento, è confermata dalla vicenda dell'accordo Novartis.

Infatti questo accordo ha previsto il mantenimento dell'art. 18 St. lav. da parte dell'impresa cessionaria Novartis ai 7 lavoratori dell'impresa cedente (ALCON).

Con questo accordo le parti, al di là dello strumento giuridico utilizzato, la cessione del contratto, hanno espressamente manifestato "la propria scelta di non applicare comunque nei confronti dei 7 lavoratori le disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 relative al regime giuridico applicabile in caso di recesso datoriale dal rapporto di lavoro".

Ovviamente si tratta di un caso isolato e come tale non può essere considerato un esempio consolidato, ma certo si può affermare che l'applicazione dell'art. 18 ai nuovi assunti dal 7 marzo in poi, per via contrattuale, non sia affatto vietata perché il giudice, come è stato sostenuto¹³⁹⁶, potrebbe considerarlo come trattamento di migliore favore.

E le parti, in caso di crescita economica, potrebbero ricorrere paradossalmente allo strumento dell'art. 8 o meglio fondare sull'art. 12 della legge n. 604 la derogabilità a vantaggio dei lavoratori della vigente disciplina in materia di licenziamento.

Infine, occorre sottolineare che il problema dell'applicazione delle nuove disposizioni in tema di recesso del datore si pone rispetto alle clausole di stabilità e durata minima garantita dal contratto individuale e alle clausole che riconoscono al lavoratore neoassunto un'anzianità convenzionale di servizio.

¹³⁹⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *E Novartis offre l'articolo 18 come benefit*, in *La repubblica*, 27 marzo 2015.