



Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»

© Francesco Liso 2012

Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione - Università di Roma "Sapienza"

francesco.liso@uniroma1.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28
giugno 2011 e sulla legge in materia di «
contrattazione collettiva di prossimità»^α**

**Franco Liso
Università di Roma "Sapienza"**

| | |
|---|----|
| 1. Introduzione | 2 |
| 2. L'accordo interconfederale del giugno 2011 | 2 |
| 2.1.1. La "tenuta" degli accordi. La costruzione di un sistema regolativo unitario attraverso la previsione di efficacia generale degli accordi | 4 |
| 2.1.2. La «tenuta» degli accordi aziendali: il principio di maggioranza | 8 |
| 2.1.3. La «tenuta» degli accordi aziendali: la clausola di tregua | 11 |
| 2.2. La struttura della contrattazione collettiva e la possibilità di intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro | 12 |
| 2.3 La certificazione della rappresentatività..... | 17 |
| 3. L'articolo 8 della legge | 20 |
| 4. La contrarietà dell'articolo 8 alla Costituzione | 29 |
| Postilla | 39 |

^α Il presente scritto è destinato ad un volume di prossima pubblicazione, nella collana astrid de il Mulino, a cura di M. Carrieri e T. Treu, *Verso nuove relazioni industriali*.

1. Introduzione

L'accordo tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del giugno 2011 e l'articolo 8 del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 (da ora in poi "articolo 8"), rappresentano elementi di assoluta novità nel diritto del lavoro. Entrambi sono emblematici della crisi che il sistema regolativo sta attraversando - sia sul versante dell'autonomia collettiva, sia sul versante della legge - a causa del turbolento contesto in cui si trova ad operare, fortemente influenzato da dinamiche sovranazionali. Le particolari caratteristiche di questo contesto - che tende a privilegiare i valori della concorrenza rispetto a quelli della solidarietà, nonché il mondo internazionale della finanza rispetto a quello nazionale della produzione, nei cui ristretti confini soltanto il sistema regolativo ha una certa capacità di incidenza - rendono sempre più difficile il compito di questo sistema (tenere insieme efficienza economica e mantenimento del benessere raggiunto) ed evidentemente impongono a tutti gli attori ripensamenti per far quadrare il cerchio. Se si vuole cogliere in estrema sintesi l'elemento centrale di questa novità si può dire che esso è rappresentato dal carattere flessibile attribuito alle fonti regolative del sistema. Le logiche della flessibilità, che hanno finora interessato la condizione lavorativa, come riflesso delle dinamiche organizzative del tessuto produttivo, hanno finito per imporsi anche nell'area delle fonti di regolazione

Il fenomeno, invero, non è nuovo; infatti, in questi atti sono venute a coagularsi spinte operanti da tempo e con crescente intensità. Esso tuttavia comincia a ricevere esplicito riconoscimento attraverso risposte che sembrano realizzare un mutamento di paradigma destinato ad andare al di là del contingente.

Occorre subito avvertire che, se entrambi gli elementi (l'accordo interconfederale e la legge prima richiamati) costituiscono riflesso di questa crisi, la risposta che essi danno, come vedremo, è ben diversa, nonostante la legge - approvata a ridosso dell'accordo - sembri volersi accreditare come sostegno alla scelta di forte apertura alla contrattazione decentrata operata poco prima dall'accordo (infatti, la rubrica dell'articolo 8, utilizzando un neologismo, parla di "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità").

Esaminiamo partitamente questi due elementi.

2. L'accordo interconfederale del giugno 2011

L'accordo cerca di porre rimedio alla crisi di efficienza del sistema regolativo della contrattazione collettiva che si è prepotentemente manifestata a causa della forte divisione prodottasi tra le organizzazioni

sindacali, che ha messo a nudo l'incapacità del sistema legale – a causa della sua forte anomia - a fornire certezze.

Non si può negare che sia stata la scossa tellurica di Pomigliano e lo sciame che ne è seguito a convincere tutte le parti a compiere il passo decisivo. E' balzato in primo piano l'interesse che le aziende hanno alla stipula di accordi che siano efficaci nei confronti di tutti e rispettati. Nelle sue premesse l'accordo lo dichiara esplicitamente: «è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sulla affidabilità e sul rispetto delle regole stabilite»¹. L'agire economico ha bisogno di certezze e queste certezze il sistema non era in grado di darle. Soddisfare questo interesse è stato un atto di saggezza da parte di tutte le organizzazioni sindacali. In una «fase di lucidità collettiva»², hanno avuto il merito di superare le profonde divisioni che le contrapponevano e di addivenire a compromessi, accettando punti di vista non del tutto omogenei al proprio dna³; hanno ben compreso che altrimenti correavano il pericolo di

¹ Di estremo interesse sono le altre affermazioni premesse all'accordo (in particolare: «è obiettivo comune l'impegno a realizzare un sistema di relazioni industriali che crei condizioni di competitività e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, l'occupazione e le retribuzioni»; «la contrattazione deve esaltare la centralità del valore del lavoro anche considerando che sempre più è la conoscenza, patrimonio del lavoratore, a favorire la diversità della qualità del prodotto e quindi la competitività dell'impresa»; «la contrattazione collettiva rappresenta un valore e deve raggiungere risultati funzionali all'attività delle imprese ed alla crescita di un'occupazione stabile e tutelata e deve essere orientata ad una politica di sviluppo adeguata alle differenti necessità produttive da conciliare con il rispetto dei diritti e delle esigenze delle persone»; «fermo restando il ruolo del contratto collettivo nazionale di lavoro, è comune l'obiettivo di favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello per cui vi è la necessità di promuoverne l'effettività e di garantire una maggiore certezza alle scelte operate d'intesa fra aziende e rappresentanze sindacali dei lavoratori»). Queste premesse illustrano come meglio non si potrebbe le finalità dell'accordo e sembrerebbero presupporre la condivisione al fondo di quella cultura partecipativa che dovrebbe consentire maggiori *chances* di successo per ambedue le parti, in un contesto economico turbolento e con rapporti di forza precari (T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2012). Ma se con l'accordo si sono posti alcuni mattoni importanti, rimane ancora molto da fare per sviluppare nel concreto quella cultura (G.P. Cella, *Un commento*, in *Annuario del lavoro 2011*, Viterbo, Il diario del lavoro, 2011, p. 137 «questa cultura, al di là di affermazioni rituali, non sembra essere diffusa negli attori collettivi italiani, sindacati e imprese»). Ben si è detto che questo accordo è solo «l'inizio del principio» (F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in «Argomenti di diritto del lavoro» n. 3, 2011).

² Efficace espressione utilizzata da G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, «Rivista giuridica del lavoro» n. 4, 2011.

³ In particolare, la Cisl, che ha la visione del sindacato come soggetto che trae esclusivamente dal rapporto con i propri iscritti la legittimazione all'esercizio della propria autonomia, ha dovuto accettare esplicitamente il principio di maggioranza e quindi

affossare irrimediabilmente il proprio ruolo, già di per sé molto indebolito dal turbolento contesto economico della globalizzazione⁴.

L'accordo presenta molte novità. Due sono i profili del sistema sui quali incide immediatamente, quello della «tenuta» delle regolazioni operate attraverso la contrattazione aziendale e quello della struttura della contrattazione. Vi è anche un terzo profilo. Pur se presenta una notevole importanza dal punto di vista dei caratteri del sistema di relazioni industriali, esso esaurisce la sua energia essenzialmente sul piano simbolico perché, come vedremo, ha un costrutto molto limitato nella pratica; è il profilo della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

2.1.1. La "tenuta" degli accordi. La costruzione di un sistema regolativo unitario attraverso la previsione di efficacia generale degli accordi

Come si è detto prima, la necessità di intervenire sul primo profilo - quello della «tenuta» degli accordi - costituisce il precipitato evidente soprattutto delle vicende Fiat. Esse hanno messo a nudo, con una forza raramente raggiunta nella precedente esperienza, i grandi limiti della sostanziale anomia in cui da lungo tempo vive il nostro sistema legale delle relazioni industriali. La mancanza di regole, che non siano quelle (alquanto inadeguate) che disciplinano l'autonomia privata, fa sì che il dissenso di un protagonista di primo piano del sistema rispetto all'accordo raggiunto dagli altri, mettendo a repentaglio la tenuta dell'accordo, finisca per negare all'impresa le certezze di cui essa ha bisogno per lo svolgimento della propria attività. Questa situazione finisce per favorire una delegittimazione dello stesso strumento negoziale e del sistema che lo produce.

Orbene, l'accordo ha avuto il merito di fissare una regola che è fondamentale per la vitalità del sistema di relazioni industriali, soprattutto a livello aziendale: è la regola della vincolatività *erga omnes* degli accordi⁵.

riconoscere rilevanza alla volontà espressa da tutti i lavoratori attraverso il voto. La Cgil, dal canto suo, compiendo un atto di realismo, ha dovuto accettare il principio di valorizzazione del ruolo regolativo della contrattazione aziendale anche quando esso implichi modifiche in deroga al contratto nazionale ed ha dovuto accettare un arretramento sulla prospettiva di generalizzazione delle rsu.

⁴ G.P. Cella, *Un commento*, cit.

⁵ Punto 4: «i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda se approvati a maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti».

A ben vedere, quella dell'efficacia generale delle pattuizioni collettive era un'esigenza già espressa nel protocollo del luglio del 1993 (se per il livello aziendale si trattava di assicurare certezze alla contrattazione concessiva, per il livello nazionale si trattava di fronteggiare l'incombente pericolo che proveniva dall'esterno del consolidato sistema di rapporti sindacali, il pericolo dei c.d. contratti pirata). Le parti si erano spinte ad invocare l'intervento del legislatore, ma non si erano impegnate a chiarire il delicato punto delle modalità attraverso le quali avrebbe dovuto essere soddisfatta quell'esigenza di applicazione generalizzata degli accordi.

Come sappiamo, il legislatore non si è mostrato interessato a provvedere, anche per l'oggettiva difficoltà creata dal clima di rottura dell'unità sindacale che aveva cominciato a prodursi alla fine degli anni '90 (in occasione dell'avviso comune nella materia del contratto di lavoro a tempo determinato) e che peraltro il governo di centro-destra aveva dato la netta sensazione di alimentare. Per assicurare l'efficacia generalizzata delle pattuizioni si sarebbe dovuto toccare il problema della rappresentanza, ma era nota la sorda ostilità di alcune organizzazioni – allora forse non priva di ragioni – all'intervento del legislatore in questa materia. Peraltro, la stessa piattaforma concordata tra le tre organizzazioni sindacali nel 2008 sulle "linee di riforma della struttura della contrattazione collettiva" escludeva un'iniziativa del legislatore in questa materia («La riforma sulla rappresentanza va attuata per via pattizia attraverso un accordo generale quadro») o, quantomeno, implicitamente escludeva che un'iniziativa potesse essere assunta senza un preventivo accordo tra gli attori.

Orbene, con l'accordo del 28 giugno 2011, le parti si sono astenute dall'invocare l'intervento del legislatore ed hanno trovato autonomamente una soluzione al problema.

Concretizzando il principio che era stato formulato nel 1993 («generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori»), si è deciso che gli accordi aziendali siano dotati di questa efficacia generale quando vengano conclusi nel rispetto del principio di maggioranza⁶.

Per questa via si è evitato che possa prodursi una paralisi del sistema dei rapporti collettivi in presenza di un'eventuale dissenso tra le organizzazioni sindacali appartenenti alle organizzazioni firmatarie dell'accordo interconfederale. L'accordo aziendale, anche se raggiunto in presenza del dissenso di una organizzazione, rimane efficace per tutti quando concluso nel rispetto di un principio di maggioranza. In altre

⁶ Sul quale v. infra 2.1.2.

parole, il sindacato che dissente ha comunque accettato anticipatamente come suo l'accordo⁷.

Questo vuol dire che si è costruito un sistema regolativo unitario.

Si tratta di un'innovazione di grande portata, di valore costituzionale per il sistema delle relazioni industriali⁸, analogo a quello che Giugni attribui al protocollo del 1993.

E' appena il caso di osservare che le parti parlano di efficacia *erga omnes* del contratto aziendale (efficacia «per tutto il personale in forza»), ma sappiamo che questa efficacia i contraenti non sono in grado di conferirla al loro atto⁹; essa piuttosto si impone nella pratica¹⁰, una volta

⁷ F. Liso, *Accordo dettato dalla saggezza*, in «Newsletter Nuovi lavori», n. 72 del 19 luglio 2011; V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, in «Quaderni di rassegna sindacale», 3, 2011. Per Santoro Passarelli (G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in «Argomenti di diritto del lavoro», n. 6, 2011) questa clausola opererebbe anche nel caso in cui si tratti di un sindacato che non risulti firmatario del contratto nazionale.

⁸ Liebman parla di «portata potenzialmente sistemica». Cfr. S. Liebman, *Sistema sindacale di fatto*, efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività, in «Argomenti di diritto del lavoro», 6, 2011.

⁹ Non sembra condivisibile la tesi (G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; Id., *Il contratto collettivo dopo l'articolo 8 del decreto n. 138/2011*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 6, 2011) che ricollega l'efficacia generalizzata direttamente all'accordo aziendale presupponendo che la rsu sia naturalmente dotata di capacità rappresentativa di tutto il personale (comunità aziendale) desumibile dal fatto che tutti possono partecipare all'elezione dell'organo collegiale. Questa tesi - oltre a privare di significato innovativo l'accordo - sottovaluta il fatto che nell'area delle aziende private la rsu, a differenza di quanto avviene nelle pubbliche amministrazioni, non è contemplata dalla legge e non è quindi qualificabile - nella prospettiva di quest'ultima - come organismo rappresentativo della comunità aziendale, mentre altro non costituisce, sempre in quella prospettiva, che una forma unitaria della figura prevista dall'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, qualificata dal suo avere come referente l'organizzazione sindacale e non la comunità aziendale. In altri termini, la scelta delle organizzazioni di aprirsi alla partecipazione di tutti i lavoratori, offrendo ad essi la *chance* di partecipare al meccanismo elettorale, non può ritenersi sufficiente ad attribuire alla rappresentanza unitaria un potere di rappresentanza di tutto il personale. Più plausibilmente si è sostenuto (A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, in «WP CSDLE Massimo D'Antona», It - 133, 2011) che l'accordo aziendale possa ritenersi applicabile nei confronti dei lavoratori non iscritti che abbiano effettivamente partecipato all'elezione della rsu, in quanto da siffatta partecipazione sarebbe desumibile una loro volontà di adesione al sistema contrattuale di cui le rsu costituiscono espressione. Ma, come si è detto prima, occorre ribadire che l'accordo risulta applicabile a tutti i lavoratori - che abbiano partecipato o meno all'elezione - per il semplice fatto della unitarietà del sistema regolativo al quale i lavoratori si trovano assoggettati.

¹⁰ P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in «Argomenti di diritto del lavoro», n. 6, 2011.

che gli stessi attori del sistema hanno risolto il problema del dissenso¹¹ nel modo che si è visto. Ed infatti, nella pratica, un lavoratore che non ritenga di essere rappresentato da quegli attori potrebbe eccepire l'inapplicabilità dell'accordo nei suoi confronti solo nell'ipotesi, del tutto improbabile, in cui quell'accordo vada ad intaccare un diritto che gli derivi da un contratto collettivo di cui sia legittimato ad invocare l'applicazione¹².

Nel risolvere il problema del dissenso relativamente agli accordi aziendali le parti sono intervenute anche sulla figura dell'agente negoziale. Infatti, come agenti negoziali a livello aziendale si prevedono non solo le rsu (che come tali erano state già indicate nel protocollo del luglio del 1993) bensì anche le rsa. Con tutta evidenza questa scelta costituisce un ambiguo lascito delle vicende Fiat; infatti, nessuna avvisaglia in questa direzione era ravvisabile nell'accordo interconfederale separato del 2009 prima richiamato. Peraltro, costituisce un arretramento rispetto a quanto concordato tra Cgil Cisl e Uil in un documento del 2008 (*Linee di riforma del sistema contrattuale*), nel quale le categorie venivano impegnate ad operare per una generalizzazione del modello della rappresentanza unitaria. Essa sembra quindi conferire all'accordo interconfederale un carattere fortemente compromissorio¹³.

E' da segnalare, inoltre, che l'accordo in esame sembra aver abbandonato (tranne che nel caso richiamato *infra* nel par. 2.2.) l'importante principio, affermato nel protocollo del 1993, che prevedeva la condivisione della responsabilità della contrattazione aziendale con il sindacato territoriale (questo principio, peraltro, sembrava riaffermato nell'accordo interconfederale separato del 15 aprile 2009, laddove si statuiva che le piattaforme rivendicative per la contrattazione decentrata dovessero essere presentate congiuntamente da rsu e strutture territoriali).

¹¹ V. Ferrante, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 20 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», 3, 2011; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi* (dattiloscritto, relazione al congresso Aidlass - Pisa, 7-9 giugno 2012).

¹² In questo senso anche A. Occhino, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, in M. Napoli, V. Ferrante, M. Corti e A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*, Milano, Vita e pensiero, 2012. Non convince pertanto la tesi che, sottolineando come solo la legge possa prevedere un'efficacia generalizzata del contratto collettivo, ipotizza «una fuga dalle organizzazioni sindacali di quanti temono futuri contratti aziendali derogatori *in peius* del contratto nazionale» (P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», n. 3, 2011).

¹³ Bisogna riconoscere, inoltre, che quella previsione si pone alquanto in contraddizione con la volontà di misurare il peso rappresentativo anche sul dato elettorale (sul quale v. *infra*, par. 2.3).

C'è da chiedersi se questo abbandono sia una semplice conseguenza della scelta del livello aziendale come sede di applicazione del principio maggioritario (sul quale v. *infra* par. 2.1.2.) - ed abbia quindi la finalità di rendere più agevole l'applicazione di quel principio¹⁴ - ovvero sia il frutto di una scelta strategica, funzionale alla fluidificazione delle spinte al decentramento contrattuale, ritenuta coerente con l'obiettivo, enunciato nelle premesse, di "favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello".

2.1.2. La «tenuta» degli accordi aziendali: il principio di maggioranza

Il principio di maggioranza, al cui rispetto viene condizionata l'efficacia generalizzata dei contratti aziendali, viene differentemente declinato a seconda che questi siano sottoscritti dalla rsu ovvero dalle rsa.

Nel primo caso, l'accordo prevede (al punto 4) che i contratti debbano essere «approvati a maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti».

Nel secondo caso l'accordo prevede (al punto 5)¹⁵ una doppia misurazione, la prima necessaria, la seconda eventuale. Infatti, i contratti devono essere sottoscritti da rsa che «singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda» e, quando su di essi venga richiesto un referendum¹⁶, devono superarlo con la maggioranza semplice dei voti.¹⁷

¹⁴ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 6, 2011.

¹⁵ Alleva (P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p.635) prospetta la tesi che questa parte dell'accordo «non possa essere immediatamente efficace perché manca una disciplina regolamentare delle verifiche referendarie».

¹⁶ Il referendum si tiene «a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa» ed è valido quando «abbia partecipato almeno il 50% più uno degli aventi diritto al voto».

¹⁷ Forti critiche a questa ragionevole scelta compromissoria delle parti sociali sono state mosse da parte di coloro i quali ritengono che il principio democratico sarebbe veramente rispettato solo se tutti i lavoratori venissero chiamati sempre ad esprimere il loro assenso tramite un referendum confermativo dell'accordo (v., in particolare, F. Bertinotti, S. Cofferati, G. Ferrara, *Accordo sindacati/confindustria. Democrazia irrisconoscibile*, in «Il Manifesto» del 5 luglio 2011; in direzione analoga P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, p. 633: «la rappresentatività maggioritaria dell'agente

Relativamente al primo caso qualcuno potrebbe porre l'interrogativo se la maggioranza vada calcolata su tutti i componenti della rappresentanza unitaria ovvero sui soli componenti eletti. Bisogna riconoscere che la formula può dare adito ad un velo di incertezza (essendo frequente che nel linguaggio comune il componente della rsu venga chiamato rsu con l'aggiunta specificativa della sigla del sindacato di appartenenza), ma si deve ritenere che, se le parti avessero voluto fare una scelta così rilevante, come quella dell'ibernazione dei componenti del terzo riservato, lo avrebbero fatto in maniera esplicita¹⁸. Né si può

negoziale (che qui significa la maggioranza della rsu eletta) è una condizione necessaria ma non sufficiente per un assetto davvero democratico e congruo delle relazioni industriali a livello aziendale, perché accanto al problema della rappresentatività resta quello della rappresentanza, ossia della verifica dell'effettivo gradimento da parte dell'insieme dei lavoratori dei contenuti e risultati dell'accordo raggiunto»). Critiche nei confronti di questa esaltazione del valore democratico del referendum sono state svolte da chi – anche richiamando l'esperienza di Pomigliano e Mirafiori - ha messo in evidenza come il referendum, in genere, mal si presti alla approvazione di accordi in ragione del fatto che chiama «i lavoratori ad esprimersi simultaneamente e in un'unica soluzione su interrogativi disparati» e possa comportare invece il pericolo di soluzioni autoritarie (V. Angiolini, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», 3, 2011). Su posizioni analoghe L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, «Lavoro e diritto», 3, 2011, p. 458 «l'accordo del 28 giugno formula una scelta meritoria, che andrebbe semmai generalizzata. I referendum tra i lavoratori non devono essere praticati come strumenti di acquisizione del consenso "a cose fatte", in chiave populistica e plebiscitaria ma, al contrario, come atti di opposizione consapevole al contenuto di un contratto collettivo da parte di chi dissente e si assume la responsabilità della rimozione di quel contratto»). La previsione di un referendum oppositivo anche nei confronti di un accordo sottoscritto dalla rsu (idea caldeggiata da Alleva e Mariucci) dovrebbe sembrare in contraddizione con il fatto che quella rappresentanza ha già una piena legittimazione che le proviene dal meccanismo elettorale. Peraltro il referendum indebolirebbe il ruolo di quella rappresentanza nei confronti della controparte datoriale e l'efficacia della loro azione; non bisogna dimenticare che nello svolgere la funzione di rappresentanza il sindacalista svolge un compito che non è solo di partecipazione alla realizzazione di una sintesi tra l'interesse dell'impresa e quello dei lavoratori, bensì anche di sintesi tra gli interessi degli stessi lavoratori. Da questo punto di vista le necessarie forme di verifica degli orientamenti della base si lasciano preferire quando sono anticipate rispetto alla sottoscrizione e non quando sono successive ad essa, perché in questo caso – quando non richieste unitariamente – inevitabilmente si prestano (come nel caso Pomigliano) al conflitto intersindacale (questo il legislatore dello statuto, come è noto, lo aveva ben presente e perciò decise che il diritto al referendum avrebbe dovuto essere esercitato congiuntamente dalle rappresentanze sindacali).

¹⁸ Per Carinci, l'accordo riconferma le rsu «secondo la disciplina dell'accordo interconfederale del dicembre 1993, che prevede la tanto discussa clausola del terzo riservato» (Cfr. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.). Implicitamente su questa posizione Scarpelli il quale tuttavia ritiene che vi sia una contraddizione tra principio maggioritario e regola del terzo riservato (Cfr. F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Rivista giuridica del lavoro», 3, 2011). Analogamente Mariucci, il quale – sottolineando il superamento della contitolarità tra rsu e sindacati provinciali già previsto dal Protocollo del luglio 1993 dice che

ritenere che quella scelta sia implicita nell'adozione del modello democratico. Non si terrebbe conto del fatto che il terzo riservato si giustifica perché è destinato a dar voce ad interessi del mondo del lavoro che, seppure esterni al semplice ambito aziendale, sono comunque in vario grado coinvolti dalle decisioni assunte al suo interno e, quindi, rappresenta un fattore di allargamento della partecipazione democratica caratteristico della nostra esperienza sindacale.

Relativamente al secondo caso ci si può domandare cosa accada nel caso di bocciatura del contratto aziendale. Credo si debba ritenere che la bocciatura precluda l'efficacia generalizzata del contratto e non necessariamente la sua validità¹⁹, poiché finalità dell'accordo interconfederale è quella di porre rimedio al dissenso e non quella di disciplinare in linea generale le forme di esercizio del potere negoziale a livello aziendale. Diversa opinione dovrebbe tuttavia manifestarsi nel caso di contratti stipulati in base a rinvio da parte della legge (ad esempio, accordi in materia di criteri di scelta dei lavoratori da licenziare collettivamente); in quest'ultimo caso, infatti, dovrebbe escludersi – proprio da un punto di vista sistematico – che la legge possa dare rilevanza ad un accordo al quale lo stesso ordinamento intersindacale ha voluto precludere un'efficacia generalizzata²⁰.

Ci si potrebbe chiedere anche se questo effetto della bocciatura (perdita di efficacia generalizzata) implichi che il lavoratore al quale il contratto non sia riferibile in via immediata (perché non iscritto ai soggetti firmatari) possa contestarne l'applicazione nei suoi confronti quando quel contratto non intacchi alcuna posizione di interesse qualificato che egli possa vantare in base ad altri contratti collettivi o in base alla legge. Anche se si tratta di un caso di scuola – perché sarebbe difficilmente ipotizzabile che un sindacato firmatario mantenga fermo un

logica della democrazia rappresentativa «vorrebbe che di quella regolazione venisse anche superata la clausola che autorizza a sottrarre alla formazione elettiva un terzo dei componenti della Rsu, pure assegnati in proporzione ai voti ottenuti» (L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit., p. 456). Non concordo: anche se non hanno investitura elettiva, i componenti del terzo riservato allargano comunque partecipazione democratica perché danno voce ad interessi presenti in una comunità di riferimento (per dirla con le parole di Ales) più ampia

¹⁹ Cfr. G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.; contra L. Battista, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 8-9, 2011.

²⁰ Di contrario avviso, sia pure in termini problematici, G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 1266, il quale ritiene che «l'efficacia generale dell'accordo aziendale di carattere gestionale sia tuttora assicurata direttamente dalla stessa norma di rinvio». La soluzione sostenuta nel testo dovrebbe comunque imposta dall'articolo 8 delle legge, sul quale v. *infra* par. 3.

accordo anche quando il referendum lo abbia bocciato - probabilmente la risposta dovrebbe essere negativa.

2.1.3. La «tenuta» degli accordi aziendali: la clausola di tregua

Va infine segnalata la presenza di un'interessante disposizione relativa alla clausola di tregua (punto 6)²¹. Se l'applicazione del principio maggioritario per la sottoscrizione di accordi aziendali destinati a valere per tutti i dipendenti agevola sul piano fattuale la tenuta dei suddetti accordi, la clausola di tregua è volta a garantirla sul piano giuridico. Infatti, essa implica la rinuncia a ricorrere al conflitto per mettere in discussione quanto si è pattuito.

Detto questo, va subito fatta un'avvertenza. La disposizione non mira a prevedere che la clausola di tregua debba ritenersi implicita negli accordi aziendali²² o che i suddetti accordi debbano contenerla. Essa è chiara nel prevedere, invece, che, nel caso in cui la clausola di pace sia contemplata dagli accordi, essa debba intendersi come vincolante non per i lavoratori, bensì esclusivamente per le rappresentanze operanti in azienda e le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale. In conclusione, questa disposizione potrebbe essere considerata come una norma di interpretazione anticipata ovvero, più correttamente, come assunzione dell'impegno a non prevedere clausole di pace che abbiano una proiezione nella parte normativa del contratto collettivo²³. Ove venissero previste clausole di questo tipo si deve ritenere che, nella prospettiva dell'accordo interconfederale, la conseguenza sarebbe quella del venir meno dell'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale.

²¹ «I contratti collettivi aziendali, approvati alle condizioni di cui sopra (*ndr.* cioè sulla base del principio maggioritario), che definiscono clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva, hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori».

²² Come affermato da M. Barbieri, *Tutti i pericoli (e le insidie) di un testo contraddittorio*, in «il Manifesto» del 30 giugno 2011 e, sembra, da V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, cit.

²³ Non sosterrei (come fa G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit; ma anche V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, cit.) che l'accordo aderisce senza riserve alla tesi che il diritto di sciopero è a titolarità individuale. Esso, piuttosto, non fa altro che confermare una prassi normalmente seguita nel nostro sistema nei casi in cui si preveda la clausola di tregua (G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci ed., 2010). In altri termini, quella soluzione è frutto di una scelta politica e non di una scelta giuridicamente obbligata.

E' evidente il compromesso raggiunto in questa disposizione, nella quale sono chiari i riflessi delle vicende Fiat.

Da un lato, si è voluto richiamare, con chiara valenza simbolica, uno strumento idoneo a conseguire l'obiettivo di dare «certezze...sull'affidabilità e il rispetto delle regole stabilite», che costituisce una delle premesse enunciate nell'accordo interconfederale²⁴; cosicché eventuali scelte di utilizzo di quello strumento in contratti aziendali godrebbero di una indiscutibile copertura politica²⁵.

Dall'altro lato, si è voluto dare rassicurazione che il vincolo che la clausola di tregua crea non deve riguardare i lavoratori, così ponendosi un argine ben chiaro ed impegnativo – di valore costituzionale nel sistema delle relazioni industriali – per i possibili sviluppi di questo strumento²⁶.

2.2. La struttura della contrattazione collettiva e la possibilità di intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro

Sul secondo versante, quello della struttura della contrattazione collettiva, si ribadisce il ruolo di governo del contratto nazionale (punto 3: «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte dal contratto collettivo nazionale di lavoro»), ma nel contempo si valorizza la contrattazione aziendale (punto 7)²⁷.

²⁴ Senza peraltro che (come fa notare T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.) si puntualizzino - a differenza di quanto fatto negli accordi Fiat - quali siano le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale inosservanza della tregua.

²⁵ Per A. Lassandari, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'articolo 8 della legge 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in «Lavoro e diritto», 1, 2012, p. 69 «l'unica acquisizione che il punto 6 pare ottenere è la limitazione del conflitto eventualmente posto in essere dalla Fiom, per denominare esattamente le vicende e i problemi», anche se poi sostiene che l'affermazione dell'indisponibilità collettiva del diritto individuale di sciopero assume un significato più pregnante.

²⁶ Dovrebbe pertanto continuare a rimanere un mero esercizio teorico dei giuristi quello di interrogarsi sulla legittimità di clausole di tregua che vincolino anche i lavoratori.

²⁷ «7. I contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste negli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione

Questo si fa, sia evitando di richiamare il principio del «*ne bis in idem*» (presente invece nell'accordo separato del 2009), secondo il quale quella contrattazione non avrebbe potuto riguardare materie che erano state già oggetto di contrattazione a superiori livelli (l'eliminazione di quel principio sembrerebbe implicare la disponibilità ad un esercizio più ampio della facoltà di delega), sia - soprattutto - disponendo che i contratti collettivi aziendali possano «definire, anche in via sperimentale e temporanea, intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro» .

Si formalizza, in questo modo, un ulteriore salto di qualità: la contrattazione collettiva aziendale non è più abilitata a svolgere solo una funzione integrativa o accrescitiva rispetto al contratto nazionale; si riconosce ad essa anche la facoltà di modificare le regolamentazioni contenute nel contratto nazionale e, quindi, di derogare ad esse. Si ammette quindi che, nell'attuale contesto, l'uniformità regolativa tradizionalmente imposta dal contratto nazionale può presentare inconvenienti e che può tornare utile²⁸ una valorizzazione del contratto aziendale per la sua «capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi».

La formalizzazione di questa possibilità non rappresenta certo una novità per l'ordinamento statuale - il quale, come sappiamo, non prevede una gerarchia tra i vari livelli della contrattazione collettiva nel settore privato - ma costituisce certamente una novità di rilievo nell'ambito delle regole scritte dell'ordinamento intersindacale; la prassi, invece, ben conosceva e conosce il fenomeno²⁹.

Si stabilizza un orientamento, presente anche in altri paesi³⁰, a conferire crescente rilevanza alle regolazioni decentrate.

Invero, la scelta a favore del decentramento controllato era stata già compiuta, in particolare, con l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali e l'accordo interconfederale del 15

lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l'efficacia generale come disciplinata nel presente accordo».

²⁸ G.P. Cella, *Un commento*, cit., p. 138: «la natura controllata e contrattuale delle deroghe permette in qualche modo di preservare la regolazione attraverso le relazioni industriali e di rispettare il ruolo degli attori collettivi»

²⁹ Si veda V. Speciale, *La contrattazione collettiva dopo l'accordo del 28 giugno 2011*, «nelMerito.com» il quale rileva come la stessa Cgil, che aveva fortemente contrastato la formalizzazione di quella apertura, da tempo sottoscriveva accordi derogatori con la finalità sia di fronteggiare crisi aziendali, sia di incrementare la competitività dell'azienda o attrarre investimenti

³⁰ Si veda, da ultimo, A. Jacobs, *Who is afraid of derogatory agreements at company level?*, in Aa.Vv. *Liber Amicorum, Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Bari, Cacucci, 2012.

aprile 2009, di attuazione di quell'accordo-quadro; ma era stata compiuta senza la partecipazione del più grande sindacato, la Cgil. Ora l'accordo è unitario e non si può disconoscere che questo fa una grande differenza in un materia come questa, che riguarda il disegno complessivo del sistema³¹.

Vanno segnalate alcune diversità – di vario segno - che intercorrono tra l'accordo che stiamo esaminando e quello, prima richiamato, del 15 aprile 2009, che costituisce l'immediato antecedente.

L'accordo separato del 2009 aveva carattere sperimentale (lo si prevedeva esplicitamente nelle premesse) e si limitava a rimettere integralmente ai contratti nazionali il compito di disciplinare la facoltà di esercizio del potere di deroga, fissando peraltro alcuni paletti. Anche l'accordo unitario rimette questo compito ai contratti nazionali, ma questa volta – quasi a voler esprimere una maggiore convinzione – non si pongono paletti (il compito viene rimesso ai contratti nazionali) e la scelta non ha carattere sperimentale, mentre si prevede - così come del resto si era previsto nel 2009 - che questo carattere possano avere le intese aziendali modificative.

Inoltre, e questo interessa qui sottolineare, l'accordo del 2011 fa un ulteriore significativo passo in avanti. Infatti, provvede a dettare anche una disciplina immediatamente operativa di questa materia, ricalcata – con alcune varianti – su quella dell'accordo del 2009 (si prevede che accordi aziendali - stipulati dalle «rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali» per governare specifiche situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa – possano modificare gli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano «la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro»).

Si tratta di una disciplina che sembra non solo transitoria – cioè dettata per valere fino al momento in cui intervenga la disciplina dettata dalla categoria – ma anche suppletiva, cioè destinata ad operare nel caso in cui i contratti nazionali dovessero astenersi dal dettare una disciplina³² (le parole «ove non previste», che l'accordo utilizza, si prestano ad essere lette in positivo e in negativo; cioè sembrano riferirsi sia alla situazione in cui risultino già esistenti regolamentazioni sugli accordi in deroga – nel qual caso continuerebbero ad applicarsi quelle e non la disciplina transitoria - sia alla mancanza comunque di una regolamentazione della materia, anche nel caso in cui i rinnovi non vi dovessero provvedere).

³¹ L. Bellardi, *Linee di tendenza*, in A.a.V.v., *Annuario del lavoro 2011*, Viterbo, Il diario del lavoro, 2011.

³² Così anche G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.

Sembra quindi che l'intento di una valorizzazione della contrattazione aziendale sia stato perseguito con maggiore determinazione nell'accordo più recente.

Questa maggiore determinazione - evidentemente dovuta alle sollecitazioni nel frattempo intervenute - sembra confermata anche dal fatto che nell'ultimo accordo sono assenti alcuni accorgimenti prudenziali che erano stati adottati in quello precedente, nel tracciare gli indirizzi per la contrattazione categoriale. Mentre nell'accordo del 2009 il potere di deroga era contemplato per «il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio», nell'accordo del 2011 si dice solo che la finalità è quella di corrispondere «alle esigenze degli specifici contesti produttivi».

Inoltre, mentre nell'accordo del 2009 il potere di deroga era attribuito alle organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori e dei datori di lavoro, l'accordo del 2011, nel riferirsi al solo contratto aziendale, sembra legittimare direttamente le rappresentanze sindacali in azienda.

Ancora, l'accordo del 2009 disegnava un controllo sulla contrattazione decentrata da parte dei titolari del potere negoziale a livello nazionale, sia prevedendo che il potere di deroga avrebbe dovuto essere esercitato secondo «parametri oggettivi indicati nel contratto nazionale», sia subordinando la validità dell'accordo decentrato all'approvazione delle parti stipulanti il contratto nazionale; tutto ciò non è stato previsto, invece, nell'accordo del 2011, anche se non si può escludere che i singoli contratti nazionali, nel disciplinare la materia, possano introdurlo, così come possano introdurre ulteriori paletti.

L'unico aspetto del precedente accordo che sembrava maggiormente valorizzare le potenzialità di arretramento della regolazione nazionale - e quindi «minacciare» in misura più corposa l'egemonia di quest'ultima - era quello in cui si prevedeva la possibilità che l'arretramento potesse prodursi anche nell'ambito territoriale, così da «determinare condizioni di attrattività per i nuovi investimenti». Nell'accordo unitario questa proiezione non è presente, poiché la deroga viene contemplata solo nell'ambito di singole aziende.

La formalizzazione della possibilità di deroga a quanto convenuto a livello nazionale, condivisa da tutti gli attori, segna l'ammissione di una alterazione del codice genetico del contratto collettivo. Storicamente la funzione primaria di quest'ultimo è sempre stata quella di contrastare la concorrenza tra i lavoratori, e nel contempo tra le imprese, assoggettando tutti al rispetto della norma comune. Orbene, pur non rinunciandosi a concepire la funzione del contratto collettivo nazionale nella prospettiva tradizionale (infatti, nel testo dell'accordo si afferma, punto 2, che «il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di

garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale»), si fa spazio all'idea che la regola comune possa retrocedere e che il contratto collettivo possa esso stesso farsi strumento della concorrenza tra le imprese (e quindi tra gli stessi lavoratori in esse occupati). Ovviamente questo avviene nella prospettiva che in questo modo sia possibile perseguire un obiettivo prioritario; quello della creazione di «condizioni di competitività e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, l'occupazione e le retribuzioni», che possiamo trarre dalle stesse premesse poste all'accordo.

Questa scelta dell'autonomia collettiva non può essere criticata sostenendo – sulla base di una visione schematica – che ci troviamo dinnanzi ad una rinuncia pura e semplice alla solidarietà e ad una scelta a favore del *dumping* sociale³³. Si deve piuttosto prendere atto che ci troviamo di fronte a modalità nuove di perseguimento di quella solidarietà, assunte prendendo atto realisticamente del mutato contesto che, dilatando l'area della competizione economica ben al di là del territorio che un contratto nazionale può presidiare, fa toccare con mano come la tutela efficace del mondo del lavoro (sia di quelli che il lavoro lo hanno, sia di quelli che un lavoro aspirano ad averlo) difficilmente possa essere conseguita senza aggiustamenti volti a salvaguardare e potenziare la base materiale che essa presuppone.

Qualche considerazione va svolta, in chiusura, sui problemi interpretativi che solleva la disposizione transitoria/suppletiva prima richiamata.

Letta nella sistematica dell'accordo, si deve ritenere che essa riguardi contratti aziendali: a) che possano vantare un'efficacia generalizzata perché stipulati sulla base del principio maggioritario³⁴; b) che siano stipulati sia da rsu sia da rsa³⁵.

Come si è visto, la loro efficacia derogatoria è subordinata alla circostanza che l'accordo sia condiviso dalle organizzazioni sindacali territoriali. Rimane da chiedersi cosa accada nel caso in cui vi sia dissenso di una di esse. L'orientamento prevalente è per la tesi che in questo caso

³³ Così, con riferimento all'accordo interconfederale separato del 2009, V. Bavaro, *Le trasformazioni in atto nel sistema contrattuale italiano. La rifeudalizzazione delle relazioni industriali*, in «dirittisocialiecittadinanza.org» che parla di modello neo-feudale, in cui il processo di produzione normativa è affidato in ultima analisi alla «unilateralità manageriale».

³⁴ *Contra* T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit..

³⁵ Così anche L. Bellardi, *Linee di tendenza*, cit.; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.; *contra* T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., il quale ritiene che la formula si riferisca solo alle seconde.

la deroga non sia possibile, occorrendo l'unanimità³⁶. A mio avviso questa tesi era certamente fondata con riferimento all'accordo separato del 2009, perché in quello si prevedeva la preventiva approvazione delle intese da parte degli stessi soggetti sottoscrittori del contratto nazionale, cioè del contratto che doveva subire la deroga. Non è questa, invece, la previsione dell'accordo del 2011. Esso, peraltro, non ha dettato una regola al riguardo, pur avendo introdotto un principio maggioritario che si è tuttavia limitato a disciplinare solo con riferimento all'accordo aziendale. Si potrebbe pertanto escludere – alla luce della sistematica dell'accordo – che debba necessariamente sussistere una situazione di unanimità³⁷, costituendo comunque ragione sufficiente a giustificare l'efficacia dell'accordo il fatto che esso risponda al criterio maggioritario nell'ambito aziendale.

2.3 La certificazione della rappresentatività

Resta ora da esaminare l'ultimo profilo, contenuto nel punto 1 dell'accordo³⁸, che tratta della « certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria ».

Questo punto lascia alquanto interdetti per la sua ambiguità di fondo che, a ben vedere, rispecchia il carattere reticente ed anodino della prima delle premesse all'accordo, in cui ci si limita ad affermare che «è

³⁶ M. Barbieri, *Tutti i pericoli (e le insidie) di un testo contraddittorio*, cit.; L. Bellardi, *Linee di tendenza*, cit.; F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit.; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit.; e, con minore convinzione, T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.. Per l'applicazione del principio di maggioranza M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in «Lavoro e giurisprudenza», 7, 2011; V. Angiolini, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit..

³⁷ In questo senso anche A. Lassandari, *La contrattazione integrativa*, in *Annuario del lavoro 2011*, Edizioni, Il diario del lavoro.

³⁸ «Ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori. Il numero delle deleghe viene certificato dall'Inps tramite un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Uniemens) che verrà predisposta a seguito di convenzione fra Inps e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale. I dati così raccolti e certificati, trasmessi complessivamente al Cnel, saranno da ponderare con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni, e trasmessi dalle Confederazioni sindacali al Cnel. Per la legittimazione a negoziare è necessario che il dato di rappresentatività così realizzato per ciascuna organizzazione sindacale superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro».

interesse comune definire pattiziamente le regole in materia di rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori» .

Perché parlo di ambiguità?

Perché, da un lato sembra che si voglia – per dirla in termini musicali – dare il *la* a tutto il sistema dei rapporti collettivi. Non v'è dubbio che l'intonazione del sistema – nell'ambito del lavoro alle dipendenze dei privati - cambia quando in esso si formalizza il principio che va misurata la rappresentatività e quindi certificato il differente peso delle organizzazioni. Ciascun attore, dando il suo assenso alla certificazione, implicitamente accetta la prospettiva che il suo peso rappresentativo in una qualche misura sia destinato a riflettersi sulla propria posizione nel sistema.

Dall'altro lato, tuttavia, è lo stesso accordo che, seccamente, dopo aver dato gambe alla certificazione³⁹, si limita a conferire alla misurazione un'unica proiezione concreta, importante sul piano sistematico, come vedremo, ma di impatto molto ridotto sul piano pratico: il riconoscimento della "legittimazione a negoziare" alle organizzazioni che superino la soglia del 5%.

Quindi, non si sono volute estrarre dal principio di misurazione tutte le sue possibili proiezioni applicative. In particolare, le parti non si sono spinte a dare rilevanza al peso rappresentativo anche ai fini di una legittimazione alla stipula del contratto nazionale (come avviene nel sistema delle pubbliche amministrazioni) o al fine di comporre eventuali situazioni di dissenso che si possano verificare nella stipula del contratto nazionale⁴⁰; in altri termini, non hanno voluto limitare la propria autonomia negoziale su questo piano e quindi non viene esclusa la possibilità di contratti separati (è significativo che, nello stesso accordo, una soluzione sia stata congegnata per il contratto aziendale e si sia taciuto, invece, per quello nazionale). Questo vuol dire che se ulteriori

³⁹ Peraltro questo punto sembra sia rimasto sino ad ora allo stato programmatico, sia perché presenta alcuni elementi di indeterminatezza (M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 3, 2011) sia, e soprattutto, perché non risulta siano stati compiuti i passi necessari per il coinvolgimento dell'Inps e del Cnel.

⁴⁰ Così anche F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit; P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, cit.. All'accordo viene allegata un'intesa fra i sindacati dei lavoratori che si limita a rinviare a futuri regolamenti di categoria la definizione delle procedure per la stipula dei contratti nazionali, non escludendo il coinvolgimento di tutti i lavoratori (iscritti e non). «Tali regolamenti - si legge - dovranno prevedere sia il percorso per la costruzione delle piattaforme che per l'approvazione delle ipotesi di accordo»; inoltre, si prevede che «queste intese potranno prevedere momenti di verifica per l'approvazione degli accordi mediante il coinvolgimento delle lavoratrici e dei lavoratori in caso di rilevanti divergenze interne alle delegazioni trattanti».

proiezioni della misurazione del peso della rappresentatività potranno esservi, sarà compito delle parti individuarle⁴¹.

Giustamente si è detto che qui l'accordo unitario sembra avere i caratteri più di un armistizio che di una pace⁴². Peraltro va rilevato che questo armistizio nella sostanza riproduce il punto di equilibrio già raggiunto nel documento (*Linee di riforma della struttura della contrattazione*) concordato nel 2008 tra Cgil, Cisl e Uil⁴³.

Tuttavia, non per questa ragione va sminuita l'importanza del punto dell'accordo che stiamo qui esaminando. A ben vedere, formalizzando con la controparte datoriale una regola di legittimazione alla negoziazione, si sono implicitamente riconosciuti i limiti di un elemento che ha strutturalmente caratterizzato fino ad oggi il nostro sistema, essenzialmente fondato – in ragione della sua prevalente anomia – sulle capacità di conflitto degli attori come cardine ordinatore dei rapporti tra gli stessi: mi riferisco all'elemento, di matrice prettamente privatistica, costituito dalla libertà di esercizio del potere di accreditamento dei propri interlocutori negoziali⁴⁴. Orbene, ora si formalizza l'impegno di tutti a non negare la presenza al tavolo negoziale ad alcuno dei soggetti storici (e qui è chiaro che si fa soffiare il vento in direzione contraria a quella verso cui ha soffiato Marchionne e sembrava

⁴¹ Per questa ragione non risulta condivisibile la posizione di quanti affermano che il peso rappresentativo si proietta implicitamente anche sulla efficacia del contratto nazionale (M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, cit.; F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, cit.; L. Battista, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.). Sempre per la medesima ragione dovrebbe escludersi che quella disposizione possa proiettarsi, attraverso la tecnica dell'interpretazione, in altre direzioni nell'ambito dell'ordinamento statale, come, ad esempio, quella dell'individuazione dei contratti collettivi nazionali abilitati in base ai rinvii fatti dalla legge (così, invece, V. Angiolini, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit.; F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit.).

⁴² F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, p. 467, «la ragione vera di tanta prudenza è squisitamente politico sindacale, cioè di una reciproca fiducia solo relativa, sufficiente a siglare un armistizio, ma non a stringere una pace, tale da legarsi reciprocamente piedi e mani: c'è troppa consapevolezza di una diversità di cultura e di strategia in una dialettica pluralista oscillante tra la contrapposizione antagonista e la sfida competitiva, si da creare una sorta di faglia profonda e instabile, sempre capace di ridestarsi».

⁴³ In verità in quel documento non si prevedeva di attribuire alla misurazione alcuna esplicita proiezione.

⁴⁴ Ha ragione pertanto Alleva (P. Alleva, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 629) a sostenere che «questa è la svolta del nostro diritto sindacale nel lavoro privato». Considera il punto 1 dell'accordo come «il più positivo dell'intero testo».

soffiare anche il precedente governo); nel contempo si è anche realizzata un'apertura del sistema a soggetti terzi⁴⁵ che riproduce, a livello di sistema generale, quella apertura che era stata formalizzata a livello di azienda in occasione del riconoscimento delle rappresentanze sindacali unitarie⁴⁶.

Quindi si è posto un altro mattone fondativo di un nuovo assetto, più ordinato, dei rapporti collettivi. Ovviamente – al pari di quello precedente – esso presenta i limiti derivanti dal fatto che poggia sull'instabile base di un accordo, dal quale ciascun contraente – nell'esercizio della propria libertà – potrebbe decidere di uscire.

Le parti, come si è detto prima, si sono astenute dall'invocare un intervento della legge; tuttavia, non si può negare che l'accordo – formalizzando solennemente quel principio – costituisca un passo in avanti che nei fatti contribuisce a far maturare il consenso sull'opportunità dell'intervento legislativo.

3. L'articolo 8 della legge

Veniamo ora al secondo elemento di novità, relativo al sistema della regolazione legislativa: l'articolo 8 della legge⁴⁷.

⁴⁵ M. Barbieri, *Tutti i pericoli (e le insidie) di un testo contraddittorio*, cit.; V. Bavaro, *Un profilo dell'accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, cit.; V. Ferrante, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 20 giugno 2011*, cit., parla di obbligo ad ammettere alle trattative le organizzazioni che superano la soglia; *contra*, sembra, T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit..

⁴⁶ F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit..

⁴⁷ «1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. 2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

- a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;
- d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro,

Anche qui si sono fatte scelte strategiche che nella sostanza sembrano riprodurre quelle fatte dal sistema di relazioni industriali. Da un lato, si mira a conferire efficacia generalizzata alla «contrattazione collettiva di prossimità»⁴⁸ (contratti collettivi aziendali, nonché non meglio specificati contratti territoriali); dall'altro lato si prevede che essa possano derogare al contratto collettivo nazionale. In più - compiendo una scelta dirompente nei confronti del precedente assetto, fondato sul principio della inderogabilità della legge⁴⁹ - si prevede che essa possa derogare anche alla stessa legge⁵⁰.

fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

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

3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori»

In questo scritto non si parla nel testo del comma 3, che costituiva il vero nucleo del decreto legge, mirante a rassicurare la Fiat sulla tenuta degli accordi da essa già sottoscritti (T. Treu, *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 (l. n. 148/2011)*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2012). Si tratta comunque di disposizione di dubbia legittimità. Condivisibilmente in questo senso A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., nonché F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., il quale fa peraltro giustamente notare che la rilevanza pratica di quella disposizione era destinata a venir meno alla scadenza del contratto unitario dei metalmeccanici del 2008.

⁴⁸ A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT», 139, 2012 osserva che il termine «prossimità» sarebbe stato utilizzato per sottolineare la maggiore rispondenza di questa contrattazione agli interessi delle parti.

⁴⁹ In verità, opportunamente lo ricorda anche Garilli (A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.), nella testa dei governi di centro-destra era da tempo presente l'idea che l'inderogabilità della legge dovesse essere messa in discussione in maniera organica, e si era già manifestata in forme oblique, spesso inconsistenti sul piano pratico anche per insipienza della tecnica legislativa. Si pensi alla disciplina della certificazione, dove l'idea era nascosta in una disposizione (art. 78 del d. lgsl. 276/2003) nella quale si prevedevano «codici di buone pratiche» che il Ministro del lavoro avrebbe dovuto emanare «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi» (questi codici, mai emanati, avrebbero dovuto recepire le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro

L'articolo 8 sembra dunque presentarsi come provvedimento in gran parte volto a fornire sostegno a quanto convenuto nell'accordo interconfederale prima esaminato (la sua rubrica peraltro parla di "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità"). La sua sostanza, invece, è ben diversa.

A ben vedere può parlarsi di sostegno quando la legge miri a favorire ed irrobustire il sistema regolativo delle relazioni industriali, assecondandone le dinamiche. Con l'articolo 8, invece, a poco tempo dalla sottoscrizione dell'accordo, il legislatore è intervenuto platealmente in una direzione contraria⁵¹, compiendo quella che possiamo considerare come una vera e propria provocazione⁵². Questa era stata ben colta dalle

comparativamente più rappresentative ove esse fossero intervenute). Si pensi anche alla previsione dell'arbitrato di equità (art. 31, legge 183/2010). Inoltre, l'idea era stata esplicitamente formalizzata in una bozza di disegno di legge per lo «Statuto dei lavori» (inviata l'11 novembre 2010 alle parti sociali per un avviso comune) nella quale si prevedeva una delega al governo per la riduzione di almeno del 50% della normativa vigente, l'individuazione di un nucleo ristretto di diritti indisponibili, il conferimento alla contrattazione collettiva di un potere di modulazione, anche in deroga, della normativa di legge. Per una utile ricostruzione del retroterra concettuale dell'articolo 8 v. M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012.

⁵⁰ G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* cit., ritenendo irrazionale che la previsione non venga intesa come avente una portata implicitamente diffusiva, sostiene che la facoltà di deroga dovrebbe poter essere esercitata anche dal contratto collettivo nazionale di lavoro. L'opinione non sembra condivisibile, dato il tenore letterale della disposizione e la delicatezza della materia in gioco che attiene al regime delle fonti. Ovviamente non si può escludere che il ccnl possa prefigurare deroghe da attivare poi a livello decentrato.

⁵¹ Per questa ragione trovo improprio collocare l'articolo 8 nell'indirizzo promozionale, come sembra fare F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., il quale peraltro ben coglie tutte le distonie tra legge e accordo.

⁵² Con efficace espressione F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 643 parla di intervento «a gamba tesa nel sistema delle relazioni industriali». Si tratta di una valutazione decisamente prevalente. In questo senso v. ad esempio, anche A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in «WP CSDLE Massimo D'Antona.It», 134, 2011; L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit.; V. Ferrante, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 20 giugno 2011*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 672 dice che il legislatore «ha travolto brutalmente gli equilibri da poco definiti nell'accordo del giugno 2011»; L. Bellardi, *Linee di tendenza*, cit., parla di decentramento contrattuale disorganizzato; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.. Ancora più duri G.P. Cella, *Un commento*, cit., p. 142 : vede nell'intervento del legislatore «un vero e proprio provvedimento di esclusione dell'intero ordinamento sindacale sviluppatosi in mezzo secolo di storia repubblicana»; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., p. 18 lo considera come «il più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo post-costituzionale» di «chiara matrice autoritativa». Anche Del Punta, che non «boccia» la

stesse parti sociali le quali hanno sentito la necessità di aggiungere al loro accordo una postilla nella quale hanno espresso, peraltro in forma diplomatica, la loro intenzione di reagire («[...] le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti [che] si impegnano ad attenersi all'accordo interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale»).

Perché la direzione della legge è contraria? Perché l'accordo interconfederale - come si è visto prima - riconosceva certo l'opportunità di regolazioni a livello decentrato, ma lasciava intatta la possibilità per le categorie, a livello nazionale, di governare questo decentramento⁵³. Scelta saggia, perché si tratta di mediare tra l'importante funzione di regolazione della concorrenza (soprattutto sul versante delle imprese) che il contratto collettivo nazionale è chiamato a svolgere e la necessità di consentire a livello decentrato margini di flessibilità, rispetto a quella regolazione, per corrispondere ad esigenze particolari di carattere preminente.

Orbene, l'articolo 8, invece di sostenere questo disegno (che peraltro, come abbiamo visto in precedenza, era perfettamente in grado di camminare con le proprie gambe e non abbisognava quindi di una legge⁵⁴) sembra averlo scardinato, perché abilita direttamente la

legge, riconosce che il governo «si è ingerito con la delicatezza di un elefante nei delicati compromessi politico-sindacali che avevano reso possibile l'accordo» (R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in «Lavoro e diritto», 1, 2012). Una lettura decisamente contrapposta in Tiraboschi, (M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, cit.).

⁵³ Questo non piccolo scostamento sembra non venga colto da Vallebona (A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 10, 2011, p. 684) che coglie ed apprezza solo il profilo della tecnica di attenuazione della inderogabilità utilizzata da entrambe le fonti: «Sia l'accordo interconfederale che la legge scelgono come fonte derogatoria l'autonomia collettiva a livello aziendale (e la legge anche a livello territoriale) affidando così alla responsabilità sindacale il proporzionamento delle tutele a specifici contesti per favorire lo sviluppo e l'occupazione».

⁵⁴ Così anche M. Napoli, *La tutela del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in M. Napoli, V. Ferrante, M. Corti e A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*, cit.. Diversa l'opinione di R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012, p. 11, il quale, tuttavia, evidentemente ha in mente la particolare situazione - peraltro temporalmente limitata - creata dal contratto separato della metalmeccanica: «Per realizzare una compiuta efficacia *erga omnes*, l'intervento legislativo era ineludibile, dal momento che neanche il vincolo previsto dall'accordo interconfederale del 2011 coinvolgeva gli iscritti a sindacati non firmatari dell'accordo in questione e i lavoratori non iscritti, ai quali non erano opponibili eventuali clausole derogatorie della disciplina contrattuale nazionale in

contrattazione decentrata, indipendentemente dalle regole che il sistema dei rapporti collettivi si sia dato. In altri termini, gli accordi che venissero raggiunti a livello aziendale (o territoriale) sarebbero produttivi di effetti anche ove fossero stipulati in violazione delle norme poste dal contratto nazionale. E' un chiaro invito a praticare il metodo Marchionne ("o accettate queste condizioni o me ne vado").

Con l'aggravante che si prevede la possibilità di derogare non solo il contratto collettivo nazionale, in una molto ampia serie di materie attinenti alla gestione dei rapporti di lavoro, ma anche – aspetto ancor più rilevante – le norme di legge relative ad esse. In questa vasta area – dai contorni peraltro incerti – la norma della legge perde il carattere dell'inderogabilità nei confronti dell'autonomia collettiva, acquisendo quello della norma dispositiva.

Non è irragionevole prevedere che questa disposizione possa fornire spinta ad un processo di progressiva marginalizzazione del ruolo – e quindi della responsabilità – delle parti sociali, soprattutto a livello nazionale⁵⁵. Un barlume di consapevolezza di questo pericolo deve essere balenato nello stesso Parlamento, se è vero che, nel momento stesso in cui ha varato l'articolo 8, si è determinato ad approvare un ordine del giorno 9/4612/103 (presentato dall'opposizione) che impegna il Governo «a valutare attentamente gli effetti applicativi dell'art. 8, al fine di adottare ulteriori iniziative normative volte a rivedere quanto prima le disposizioni, coinvolgendo le parti sociali al fine di redigere una norma integralmente conforme agli indirizzi, ai contenuti e alle finalità dell'accordo del 28 giugno 2011».

Svolta questa considerazione di carattere generale sul carattere distonico dell'articolo 8 rispetto all'accordo interconfederale, va detto che quell'articolo, a causa della scandalosa inettitudine tecnica del

atto; qualche dubbio, peraltro, poteva residuare anche in ordine alla vincolatività della pattuizione interconfederale nei confronti degli iscritti alla Fiom, astretta da vincolo statutario alla Cgil, ma dichiaratamente contraria all'intesa»; R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 4, 2011; Id., *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; M. Del Conte, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012.

⁵⁵ G.P. Cella, *Un commento*, cit. p. 137: «il decentramento non controllato della contrattazione prepara il terreno al declino delle relazioni industriali come forma di regolazione e del ruolo connesso degli attori collettivi». Il pericolo viene segnalato anche da T. Treu, *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 (l. n. 148/2011)*, cit..

legislatore⁵⁶, sembra inidoneo ad esprimere effettivamente la sua carica dirompente.

Infatti, troppe ed intollerabili sono le aporie generate dal testo, pieno di incertezze su tutti gli elementi il cui rispetto dovrebbe costituire condizione della efficacia generale degli accordi, così come della loro efficacia derogatoria. Trascurando per il momento possibili rilievi di ordine costituzionale (sui quali v. *infra*), va detto che la sua lettura, dal punto di vista tecnico, richiederebbe, operazioni interpretative di tipo decisamente ortopedico, intollerabili in una materia come questa, che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere regolativo attribuito e, quindi, alla validità della fonte.

Ad esempio, incertezze sussistono in ordine al criterio maggioritario in base al quale le «specifiche intese» dovrebbero essere sottoscritte. La legge assurdamente tace sulle modalità di applicazione di questo criterio. In dottrina prevale la tendenza a dire che dovrebbero essere quelle previste dall'accordo interconfederale⁵⁷; ma questo accordo viene testualmente richiamato dalla legge solo per l'individuazione delle rappresentanze aziendali abilitate alla contrattazione aziendale mentre la legge stessa riferisce cripticamente il criterio maggioritario «alle predette rappresentanze aziendali» e non ai lavoratori, per cui non si è mancato di criticare questa tendenza⁵⁸.

Gravi incertezze sussistono anche relativamente alla contrattazione territoriale, peraltro non prevista dall'accordo

⁵⁶ Sulla quale giustamente insiste, con dure parole, F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.. V. anche L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, in www.eguaglianzaelibertà.it.

⁵⁷ Ad esempio, A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; A. Occhino, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, cit.. Ma R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., allarga a tutte le fonti convenzionali prodotte e producibili dall'ordinamento intersindacale.

⁵⁸ G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* cit.; lo stesso F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1169 che propende per tesi maggioritaria, sostiene che «la formula è tanto generica, da risultare del tutto sprovvista di operatività». R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in «Diritto delle Relazioni Industriali», 1, 2012, p. 60, sostiene che «Con ogni probabilità [...] la validazione maggioritaria dell'accordo non potrà avvenire con il solo referendum tra i lavoratori [...] atteso che il criterio maggioritario si riferisce, nella lettera della norma, alle sole rappresentanze sindacali».

interconfederale e per la quale, quindi, alcuna modalità di applicazione del criterio maggioritario sarebbe disponibile. Si dovrebbe inventarla o avventurosamente estrapolarla dall'accordo interconfederale, laddove tratta della certificazione della rappresentatività. Un'applicazione *erga omnes* degli accordi territoriali è stata peraltro esclusa – nonostante sia affermata dalla legge - sulla base di ragioni sistematiche, per cui si è sostenuto che l'applicazione *erga omnes* riguarderebbe solo i lavoratori delle aziende rappresentate al tavolo negoziale⁵⁹.

Consistenti incertezze sussistono anche relativamente alle materie che possono essere oggetto delle «specifiche intese». La legge riassuntivamente le definisce – con improbabile effetto di perimetrazione - come «materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione». Il dettato normativo sembra avere il carattere della tassatività, ma contraddittoriamente i contenuti sono poi formulati in maniera eterogenea, fino a ricomprendere – lasciandoci attoniti - la formula onnicomprensiva «disciplina del rapporto di lavoro»⁶⁰.

Inoltre, le «specifiche intese», per essere efficaci *erga omnes*, devono risultare finalizzate «alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». Quale sia l'implicazione di questa previsione

⁵⁹ Così F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., in senso adesivo M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012, p. 5; 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* (dattiloscritto di un intervento ad una tavola rotonda di prossima pubblicazione sulla «Rivista giuridica del lavoro»). Anche V. V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., sottolinea la criticità del profilo e propende per la tesi che, anche nel caso in cui le organizzazioni sindacali firmatarie rappresentassero la maggioranza dei lavoratori del contesto di riferimento dell'accordo, quest'ultimo dovrebbe essere soggetto a referendum, mentre A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit., sostiene che i contratti aziendali, per acquistare efficacia nei confronti dei lavoratori, devono essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali aziendali.

⁶⁰ Giustamente si è detto (L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, cit.) che il testo «è formulato in maniera assai tortuosa ed involuta, passando da formule limitative a formule generiche e viceversa, con una sintassi che ingenera ogni forma di incertezza e di confusione»; nello stesso senso G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit, p. 63: «l'elencazione delle materie rende problematica l'individuazione esatta dei limiti del potere attribuito alla contrattazione di prossimità». Per un tentativo di analisi più ravvicinato v. M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit..

è tutto da vedere, oscillandosi in dottrina tra posizioni che ne sostengono la pratica irrilevanza⁶¹ e posizioni che cercano di suggerire la possibilità di penetranti controlli da parte del giudice⁶².

Per chiudere questa sintetica rassegna di alcuni dei più rilevanti problemi interpretativi⁶³, va detto che interrogativi non piccoli si pongono anche con riferimento all'ulteriore limite – questa volta esterno - che gli «specifici accordi» incontrano nella deroga alla legge: essi devono rispettare la «Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro». A parte l'ingenua superfluità del richiamo è chiaro che esso naturalmente eccita controlli che, soprattutto con riferimento alla Costituzione, possono presentare notevole elasticità⁶⁴.

In conclusione, questa rassegna è stata fatta per rilevare che è diffusa l'opinione che le «specifiche intese» potrebbero dare luogo ad un ampio contenzioso giudiziario e che questa prospettiva dovrebbe costituire un elemento di forte disincentivazione dell'utilizzo dell' articolo 8⁶⁵. Ancora una volta si è confermata l'attitudine del legislatore di centro-

⁶¹ Ad esempio, G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 763 il quale sostiene che quelle finalità sono talmente ampie da ricomprendere praticamente ogni espressione dell' azione negoziale del sindacato, «del resto in una situazione di crisi economica planetaria non sarà mai difficile indicare una motivazione giustificatrice»; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., esclude la possibilità di un controllo di merito da parte del giudice. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 684: «formulazioni così generali ed ampie che difficilmente se ne potrà affermare l'insussistenza con la conseguente nullità dell'accordo»; analogamente R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit..

⁶² In particolare A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit. ; ma anche L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, cit., « La genericità della formula non esclude che la finalità debba essere in concreto riscontrabile»; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit..

⁶³ Una loro diffusa analisi in A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit. e F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit..

⁶⁴ Icasticamente F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1209: «vuol dire consegnarsi mani e piedi alla giurisprudenza».

⁶⁵ Tra i primi R. Romei, *Qualche spunto di riflessione sull' art. 8 della manovra di agosto*, in www.nelmerito.com; P. Ichino, *La storia (immaginaria) di Irene spiega perché l'art. 8 non può funzionare*, in www.pietroichino.it; da ultimo A. Tampieri, *Considerazioni sull'effettività dell'articolo 8, co. 2 bis, della legge n. 148/2011*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 5, 2012. Anche R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit., p. 65 il quale tuttavia pragmaticamente auspica che «l'autonomia collettiva si dedichi a qualche sperimentazione, magari su istituti a ridotta sensibilità sociale»; Id., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit..

destra - pur animato dall'intenzione di fornire le necessarie certezze operative alla gestione aziendale e di agevolarne l'efficienza - a mettere in circolo materiali normativi scadenti che finiscono per tradire quella intenzione, in quanto vocati più ad eccitare la mediazione giudiziaria (e le incertezze ad essa connesse) che a ridurla.

In questo caso, peraltro, vi è stato un grave peccato di leggerezza. Non si è posta attenzione al fatto che l'estemporanea introduzione nell'ordinamento di una figura di contratto collettivo aziendale valido *erga omnes*⁶⁶ è suscettibile di avere ricadute sul piano sistematico, con possibili effetti di rigidità proprio sul piano della gestione. In altri termini, si potrebbe cominciare a sostenere che – almeno nelle materie che possono costituire oggetto del contratto di prossimità ed indipendentemente dal suo carattere derogatorio o meno – non vi sia più spazio per le costruzioni volte a giustificare in via indiretta l'applicazione del contratto collettivo che presenti una sua effettività nel sistema⁶⁷; e questo più credibilmente potrebbe essere sostenuto per gli accordi in deroga, sia al ccnl che alla legge. In altri termini o l'accordo è maggioritario ai sensi della legge oppure non può che vincolare i soli iscritti⁶⁸ e comunque, se non è maggioritario, non dovrebbe poter validamente utilizzare gli spazi di regolazione che la legge gli rimette a prescindere dall'articolo 8 (come si è detto in precedenza in nt. 20). Si deve riconoscere che, in questa prospettiva, le incertezze applicative di cui l'articolo 8 abbonda manifestano decisamente una gravità ancora maggiore.

Le considerazioni ora svolte suggeriscono di non sprecare lo spazio assegnatoci per approfondire la miriade di problemi di interpretazione che l'articolo 8 pone. Conviene invece soffermarsi sul problema, centrale e risolutivo, della sua contrarietà alla Costituzione, riconosciuta da gran parte della dottrina.

Prima, tuttavia, va detto che desta meraviglia il fatto che nella ponderosa legge fatta approvare di recente dal Governo tecnico sul

⁶⁶ L'efficacia generale del contratto aziendale è qui diversa da quella prevista nell'accordo interconfederale (di cui si è parlato *supra*, cfr. par. 2.1.1.). In questo caso il contratto aziendale risulta applicabile direttamente, per propria forza, nei confronti di tutti i lavoratori, anche di quelli che non si riconoscano nelle rappresentanze che lo hanno sottoscritto.

⁶⁷ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1198 ritiene che un'efficacia generale di fatto non sia preclusa dall'art. 8, ma potrebbe «essere resa difficoltosa da una giurisprudenza disposta a dar via libera ad un uso dell'art. 28 st. lav. in difesa della formula legislativa».

⁶⁸ Ma neanche nei confronti di questi ultimi potrebbe comunque validamente produrre l'effetto di deroga alla legge poiché questa deroga può prodursi unicamente in presenza dei requisiti previsti dall'articolo 8. Per una diversa opinione A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit..

mercato del lavoro (legge n. 92/2012) non si sia trovato posto per fare chiarezza sull'articolo 8, che riguarda il problema strutturale della regolazione, molto più importante delle alchimie in essa contenute, dall'esito incerto, molte delle quali, peraltro, in via teorica potrebbero essere manipolate sulla base dello stesso articolo 8. La meraviglia, comunque, non va sottolineata più di tanto, ove si abbia la consapevolezza che quella scelta astensionistica si deve evidentemente imputare all'esigenza di non compromettere i precari equilibri dell'attuale anomala maggioranza, resa necessaria dalla grave emergenza internazionale in cui si trova il paese ⁶⁹.

4. La contrarietà dell'articolo 8 alla Costituzione

In dottrina l'incostituzionalità dell'articolo 8 è stata prospettata sotto molteplici profili. Le prospettazioni più convincenti - a mio avviso, risolutive - sono quelle sollevate con riferimento all'articolo 39 Cost. nel duplice profilo che esso presenta, quello della libertà sindacale (co. 1) e quello del sistema di conferimento di efficacia *erga omnes* al contratto collettivo (co. 2 ss.).

Il primo profilo lo si coglie bene già sulla base di quanto considerato prima in ordine alla forte distonia della legge rispetto all'accordo interconfederale⁷⁰. L'articolo 8 incide sulla dimensione organizzativa del potere di autonomia al quale la Costituzione garantisce invece libertà da interferenze da parte del potere pubblico⁷¹.

⁶⁹ Ciò nonostante va registrata con interesse la presenza, in quella legge, di alcune disposizioni nelle quali si devolve potere regolativo alla contrattazione collettiva nazionale consentendo a quest'ultima di devolverlo a sua volta alla contrattazione decentrata (art. 1, co. 9, lett. b.; art. 1, co. 23, lett. c; art. 4, co. 32). Esse sono frutto della consapevolezza che è opportuno responsabilizzare il livello nazionale della contrattazione. Si deve ritenere che negli ambiti tracciati da quelle disposizioni l'articolo 8 sia stato implicitamente neutralizzato. Rimane tuttavia l'incongruenza di un articolo 8 che sembrerebbe consentire alla contrattazione decentrata di manipolare i restanti profili (ma non, ad esempio, con riferimento al contratto di lavoro a progetto, la relativa fattispecie).

⁷⁰ Ovviamente la distonia con l'accordo interconfederale rende più visibili le ragioni della censura ma non le esaurisce. Infatti l'accordo interconfederale interessa il solo settore industriale, mentre l'articolo 8 interessa tutto il settore privato.

⁷¹ Giustamente G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 771 afferma che «si investe direttamente l'autonomia organizzativa delle associazioni sindacali e la funzione che esse hanno tradizionalmente assegnato al contratto nazionale»; analogamente F. Scarpelli, *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1201 che parla di «conformazione eteronoma del sistema contrattuale»; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; 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*, cit.. Dello stesso avviso anche

Si è cercato di obiettare che non vi sarebbe invasione delle prerogative dell'autonomia collettiva perché della facoltà di deroga «le parti contrattuali possono anche non avvalersi»⁷² e che, anche a prescindere dall'articolo 8, è già opinione comune che il contratto aziendale possa validamente derogare al contratto nazionale «a prescindere dai limiti posti dagli stessi contratti collettivi, salva la responsabilità interna dei soggetti che abbiano negoziato in violazione delle regole poste dai livelli superiori»⁷³. Ma questi argomenti non tengono conto del fatto che l'invasione viene realizzata dal conferimento alle rappresentanze aziendali, che costituiscono espressione delle organizzazioni sindacali, di una capacità che ad esse le stesse organizzazioni possono non riconoscere e che certamente non hanno voluto riconoscere nel momento in cui hanno cominciato a formalizzare, come nell'accordo interconfederale, un principio di inderogabilità del contratto collettivo nazionale⁷⁴.

Inoltre, un conto è prendere atto, come fanno dottrina e giurisprudenza, della mancanza di una norma di legge che fissi una gerarchia tra i differenti livelli della contrattazione, altro è scriverla quella norma, peraltro in contrasto con il principio che potrebbe dedursi dalla seconda parte dell'articolo 39, la cui attuazione conferirebbe al contratto collettivo nazionale – configurato come fonte di disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito della categoria – il carattere della inderogabilità.

P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale* cit., p. 1221: «un intervento eteronomo sui rapporti tra livelli negoziali [...] sarebbe per sua natura un intervento sulla ripartizione di competenze e di poteri della complessiva organizzazione ed azione del sindacato, come tale destinato ad incidere sui suoi interni equilibri.»; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit. e 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*, cit., ritengono che un altro profilo di illegittimità risiederebbe nel fatto che l'art. 8 impedirebbe ai contratti collettivi nazionali di riappropriarsi della funzione regolativa nelle materie derogate. La prospettazione di questa implicazione potrebbe sembrare eccessiva, non essendo da alcuna parte prevista una compressione del potere regolativo esercitabile attraverso la stipula del contratto collettivo nazionale che intervenga successivamente e voglia ripristinare i precedenti livelli di trattamento (in questo senso anche A. Occhino, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, cit.). Questo ripristino potrebbe piuttosto essere precluso da una esplicita clausola in questo senso inserita nel contratto aziendale.

⁷² M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit. p. 6. Cfr. anche E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit..

⁷³ M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 7.

⁷⁴ Formalizzazione implicita nella previsione della possibilità di deroghe a determinate condizioni.

C'è anche il profilo della seconda parte dell'art. 39 Cost. Come si è detto prima, l'articolo 8 prevede che l'accordo decentrato abbia un'efficacia *erga omnes*. A differenza di quanto congegnato nell'accordo interconfederale del 28 giugno, questa efficacia – lo si è detto prima – sarebbe giuridica, cioè sarebbe direttamente espressa dall'accordo, e non meramente effettuale. Orbene, sappiamo che un'efficacia di questo genere può essere conferita al contratto collettivo solo passando attraverso l'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione⁷⁵.

Si è cercato di negare la rilevanza di questo profilo con l'argomento che la seconda parte dell'articolo 39 si riferisce al contratto nazionale e non a quello aziendale⁷⁶. Ma questo argomento non sembra risolutivo. Non tiene conto che da quelle disposizioni, ammesso che siano

⁷⁵ La contrarietà dell'articolo 8 anche alla seconda parte dell'art. 39 Cost. è affermata da molti. A caldo, in [www.eguaglianza & libertà.it](http://www.eguaglianza&liberta.it), gli interventi di U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro torna al medioevo*; M. Mariucci, *L'articolo 8? Copiato dai cinesi*; M. Rusciano, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*; L. Zoppoli, *Articolo 8, Analisi di una norma mal scritta*, cit.. Inoltre, in particolare, G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., ma non con convinzione; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in M. Napoli, V. Ferrante, M. Corti e A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*; 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*, cit.. Improprio e curiosa la tesi di M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, cit., p. 656 il quale, commentando a caldo l'accordo interconfederale, ha sostenuto che non avrebbe potuto esservi una legge di estensione *erga omnes* dei contratti aziendali poiché questo sarebbe stato precluso dall'articolo 39 che prevede l'estensione «solamente dei contratti collettivi nazionali» e quindi «va inteso quale divieto di estensione "erga omnes" dei contratti aziendali».

⁷⁶ A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, cit.; R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit.; M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 7 (anche «per ragioni di ordine logico, essendo il meccanismo delle rappresentanze unitarie costituite in proporzione al numero degli iscritti co-essenziale alla contrattazione superaziendale»); E. Ales, *Da "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit.; C. Pisani, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in «Diritto delle relazioni industriali», 1, 2012; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit.; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit. problemi di costituzionalità li vedrebbe invece con riferimento al contratto territoriale; analogamente R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit..

riferibili al solo contratto nazionale⁷⁷, è comunque estraibile un principio: quello secondo il quale la libertà sindacale, sancita nel primo comma dell'art. 39, può tollerare una compressione solo ad opera del meccanismo posto nella seconda parte o di un meccanismo che ne riproduca i caratteri essenziali.

Si dovrebbe convenire che prevedere la possibilità di deroga al contratto nazionale (consentendo che questo possa avvenire anche in contrasto con le regole che esso abbia posto al riguardo) e prevedere che la deroga abbia un'efficacia generale, comporta negare efficacia al contratto nazionale rispetto a lavoratori che abbiano invece pieno titolo per invocarne l'applicazione; questo implica – non v'è dubbio – una mortificazione della libertà sindacale che nella stipula di quel contratto si è espressa⁷⁸.

Peraltro dalla seconda parte dell'articolo 39 Cost. – proprio ritenendo che si riferisca al solo ccnl, che configura come una fonte di diritto valida per tutta la categoria – sarebbe estraibile anche un principio di tutela per l'aspettativa delle organizzazioni sindacali a vedere rispettato il proprio potere regolativo *erga omnes* nella sua dimensione nazionale; che è poi quella nella quale si pone il problema della concorrenza il cui governo costituisce funzione primaria della contrattazione collettiva⁷⁹. Non si può negare che il legislatore dell'articolo 8, radicando in via esclusiva nel livello aziendale o territoriale il potere alla stipula dell'accordo collettivo in deroga, prescindendo da qualsiasi avallo del

⁷⁷ Con dovizia di argomenti questa posizione è stata confutata anche sulla base di un'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale. V. in particolare, F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; 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*, cit. e altri.

⁷⁸ Desta meraviglia che di questo non si sia tenuto conto minimamente in una decisione (Tribunale di Torino, 23 gennaio 2012, *Filctem contro PCMA spa*) in cui il giudice ha fatto leva sull'articolo 8 per affermare il venir meno del ccnl fino a quel momento applicato in azienda e non ancora venuto a scadenza, nei confronti di tutti i lavoratori e quindi anche nei confronti di coloro che, essendo dissenzienti, erano interessati ad invocarne l'applicazione. Peraltro, in forte critica alla predetta sentenza si è giustamente rilevato che il giudice ha del tutto omesso di considerare che gli accordi cui fa rinvio l'articolo 8 devono pur sempre essere relativi a materie predeterminate e che quindi quell'articolo non potrebbe giustificare la totale disapplicazione del contratto collettivo vigente applicato in azienda, V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; analogo giudizio in G. Cannella, *La persistenza dell'art. 1. 148/2011 e le prime applicazioni giurisprudenziali*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org.

⁷⁹ M. Rusciano, *L'art. 8 è contro la Costituzione*, cit.. A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., evidenziano i concreti pericoli di *dumping* sociale che si possono venire a creare.

livello nazionale, si sia posto anche da questo punto di vista in dissonanza con il disegno costituzionale.

Neppure è possibile eludere la seconda parte dell'articolo 39 sostenendo che, in fin dei conti, ci troviamo dinnanzi ad una legge che non fa nulla di diverso da quanto precedenti leggi hanno fatto⁸⁰ senza essere censurate dalla Corte costituzionale.

Se è vero che la nostra esperienza conosce leggi che abilitano la contrattazione collettiva a ad integrare i contenuti della legge dettando norme con efficacia generale, eventualmente anche in deroga alla legge stessa, è anche vero che la loro compatibilità con l'articolo 39 seconda parte è stata affermata sul presupposto che il contratto collettivo viene abilitato dalla stessa legge a normare su aree predeterminate e circoscritte, per cui a quest'ultima – che opera il rinvio all'autonomia collettiva – può essere direttamente riferita l'efficacia generalizzata⁸¹. Orbene, nel nostro caso la situazione sembra ben diversa; c'è un'indiscutibile salto di qualità⁸². Il contratto collettivo non viene chiamato dalla legge a collaborare alla costruzione del tessuto normativo predisposto dallo stesso legislatore, viene invece chiamato a fungere da fonte autonoma, alternativa alla stessa legge.

E' allora difficile vedere quale sia la differenza con la previsione della seconda parte dell'articolo 39 Cost.

Si potrebbe sostenere, invero, che la seconda parte dell'articolo 39 Cost. sia stata rispettata dall'articolo 8 perché l'efficacia *erga omnes* è subordinata al rispetto della regola maggioritaria, che costituirebbe il nucleo essenziale della norma costituzionale⁸³.

⁸⁰ Ad es. R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit.; M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, cit.; R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit..

⁸¹ Per una critica a questa prospettazione U. Carabelli e V. Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 22, 2004. Più di recente 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*, cit. che mi sembra impropriamente tragga conferma alla validità di questa critica dall'articolo 8.

⁸² Per una diversa opinione S. Bellomo, *L'art. 8 del d.l. 138/2011 e il contratto collettivo di diritto comune: una nuova devoluzione di competenze normative o deroga "illimitata"?*, *dattiloscritto*, pubblicato in F. Carinci (a cura di), *La contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2001 e art. 8 d.l. n. 138/2011*, Ipsa 2012) che parla di diversità apprezzabile solo sul piano quantitativo, peraltro affermando l'illegittimità della disposizione per l'eccessiva indeterminatezza del potere di deroga

⁸³ R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit., p. 62: la norma «pare preservare quello che rappresenta il "nocciolo duro" dell'art. 39, co. 4, Cost., ossia il rispetto dei principi di organizzazione del

Tuttavia, si trascurerebbe di considerare che farebbero difetto due elementi del modello costituzionale che dovrebbero essere considerati essenziali.

Il primo è quello di un sistema che fornisca adeguate garanzie di imparzialità e di certezza sull'applicazione della regola maggioritaria, nel nostro caso non presente in ragione del carattere strutturalmente domestico della sua previsione e della sua gestione.

Il secondo è quello delle modalità di svolgimento della contrattazione, che il modello costituzionale vuole svolta attraverso una rappresentanza unitaria, quindi con la partecipazione anche delle organizzazioni minoritarie, seppure in proporzione al loro seguito. Questa previsione è coerente con il metodo democratico; essendo in gioco l'assunzione di una decisione che vincola tutti, si prevede il diritto di tutti a partecipare al processo di formazione della decisione anche nella fase della negoziazione, così da poterne influenzare gli esiti. Probabilmente essa è rispettata nel caso in cui a stipulare il contratto sia una rsu, ma nella composizione di quest'ultima è presente il terzo riservato che – se è stato legittimamente posto dalle parti sociali nell'esercizio della propria autonomia - potrebbe sembrare distonico con il modello costituzionale⁸⁴.

Meno convincenti possono apparire altri rilievi che sono stati mossi alla costituzionalità dell'articolo 8.

Molti autori lamentano la violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) in ragione della estrema diversificazione delle normative

pluralismo sindacale, ravvisabile ... nell'approvazione a maggioranza del contratto di prossimità e nella selezione dei soggetti negoziali comparativamente più rappresentativi»; Id., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit. Questa prospettiva viene presa in considerazione, ma in termini problematici, anche da Leccese (V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., p. 28) il quale, tuttavia, maggiormente avvicinandosi al nucleo duro, ritiene che in una prospettiva di «attuazione "per equivalenti"» della seconda parte dell'art. 39 è indispensabile che vi sia un coinvolgimento di tutti i lavoratori (anche non iscritti) e che questo coinvolgimento deve esprimersi o nella scelta dei rappresentanti attraverso meccanismi elettivi oppure attraverso il referendum. Su questo presupposto sostiene che si potrebbe salvare dalla censura di incostituzionalità la previsione degli accordi siglati dalla rsu e non quella relativa agli accordi territoriali o firmati dalle rsa che non risultino approvati con referendum. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 686 ritiene che la costituzionalità possa essere salvata «se i soggetti stipulanti, siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentano la maggioranza dei lavoratori dell'azienda medesima»; analogamente R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit..

⁸⁴ 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*, cit..

che potrebbero venire prodotte⁸⁵ ed alcuni ritengono che questa diversificazione si porrebbe in contrasto con l'art. 117 della Costituzione: riservando alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina del rapporto di lavoro, questo articolo presupporrebbe una disciplina unitaria⁸⁶.

A mio avviso queste censure non sembrano condivisibili perché le differenze di trattamento che si verrebbero a produrre sarebbero conseguenti all'operare del contratto collettivo, abilitato dalla stessa legge ad occupare gli spazi che essa ha deciso di presidiare solo con una forza attenuata (l'inderogabilità sussiste ora solo nei confronti dell'autonomia individuale). In altri termini, le differenze sarebbero un naturale frutto del carattere dello strumento abilitato (il contratto collettivo), che è naturalmente vocato ad aderire alla specificità delle situazioni⁸⁷. Qualsiasi norma di carattere dispositivo ha una conseguenza simile e non vedo nulla di irrazionale in questa possibilità di diversificazione.

Si censura l'articolo 8 anche facendo leva sull'art. 35 della Costituzione («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni») e si richiamano anche le decisioni della Corte costituzionale

⁸⁵ A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit.; M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, cit.; 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*, cit.; Critici nei confronti di queste tesi M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit.; E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit.; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit..

⁸⁶ V. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1207 per il quale l'esclusività della competenza dello Stato sarebbe «giustificata dall'essere quella in grado di garantire un trattamento uniforme sull'intero territorio nazionale, sì da non poter né esserne privato né privarsene, almeno in modo massivo e sostanzialmente incondizionato»; analogamente E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit. che in aggiunta richiama anche la competenza esclusiva dello Stato per i livelli essenziali delle prestazioni.

⁸⁷ M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 44 ritiene che la tipizzazione per legge delle finalità che devono essere perseguite dall'accordo derogatorio è «rilevante per fugare i dubbi di legittimità costituzionale [...] con riferimento all'art. 3 Cost.». A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit., lo escludono in ragione del carattere generico di quelli finalità.

sulla c.d. indisponibilità del tipo, sia da parte della legge sia da parte dell'autonomia collettiva⁸⁸.

Questa censura sarebbe condivisibile se si potesse sostenere la presenza, nell'ordinamento, di un principio di non regresso delle tutele legislative. Ma questo può dirsi esistente solo con riferimento ai limiti esterni già richiamati dall'articolo 8, nei quali vi è la c.d. indisponibilità del tipo, che qui non è peraltro in gioco, vertendosi sul contenuto delle tutele ad esso ricollegate⁸⁹. Quindi più ragionevole appare la prospettiva di utilizzare quella giurisprudenza costituzionale, non per eccepire l'incostituzionalità dell'articolo 8 alla luce del principio contenuto nell'art. 35 Cost., ma per individuare in concreto i limiti posti al potere derogatorio attribuito all'autonomia collettiva⁹⁰.

Peraltro la tesi che qui si critica parte dall'idea che l'articolo 8 equivalga ad una rinuncia del legislatore al compito di protezione del lavoro. E' un'idea che non si può condividere. Essa non tiene conto del fatto che la finalità protettiva non viene meno per il semplice fatto che si ammetta la facoltà di deroga alla legge ad opera dell'autonomia collettiva⁹¹; infatti il legislatore, senza smantellare l'edificio normativo esistente, altro non ha fatto che continuare a perseguire la finalità protettiva attivando – nelle aree occupate da quell'edificio - l'altro canale, costituzionalmente garantito, esistente nel nostro ordinamento per la concretizzazione della funzione protettiva, quello fondato sull'autotutela collettiva (espressione della libertà sindacale sancita nell'articolo 39 Cost.)⁹².

⁸⁸ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; L. Mariucci, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit.; O. Mazzotta, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'articolo 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in «Lavoro e diritto», 1, 2012; 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*, cit..

⁸⁹ Voza, *Intervento*, citato da V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit.; per M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 8 «non vi sono limiti alla facoltà del legislatore di rivedere le categorie e le fattispecie e la disciplina ad esse imputata, salvo il limite della ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento».

⁹⁰ E' la prospettiva nella quale si pone R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit..

⁹¹ Giustamente R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit., p. 13: «L'inderogabilità della normativa di tutela nei confronti dell'autonomia collettiva [...] costituisce un carattere tendenziale ma non coesistente della legislazione lavoristica».

⁹² Coglie nel segno, in questa prospettiva, chi afferma che l'articolo 8 «appare una norma di ri-regolazione più che di deregolazione»; «si è in presenza di un mutamento di tecnica legislativa [...] potenzialmente idonea ad eliminare una parte delle disfunzioni derivanti dalla norma inderogabile, in termini di maggiore certezza del diritto» (C. Pisani, *Una ricetta della*

In altri termini, la legge implicitamente ammette che l'uniformità delle regole da essa poste possa risultare controproducente in determinate situazioni, per cui rimette all'autonomia collettiva – non lasciandola senza rete - il compito di consentirne l'armonizzazione con la concretezza degli interessi in gioco e delle condizioni oggettive idonee a consentirne il soddisfacimento⁹³. La legge è frutto, evidentemente, della convinzione che la finalità protettiva possa essere perseguita in maniera più efficace da una regolazione di «prossimità», ritenuta in grado di correlarsi realisticamente alla dimensione economica ed organizzativa nella quale gli interessi protetti sono destinati a trovare soddisfazione e con riferimento alla quale può anche capitare che subiscano una selezione o una diversa modulazione in ragione di priorità.

Non si può negare tuttavia – ma qui saremmo a mio avviso più sul piano dell'opportunità politica che su quello della legittimità costituzionale – che il carattere eccessivamente ampio e indeterminato della facoltà di deroga⁹⁴ possa finire per rendere affannosa e aritmica la respirazione del diritto del lavoro che ha sempre operato con due polmoni (la legge inderogabile e la contrattazione collettiva) che devono trovare un giusto

BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali, cit., p. 70), mentre sembra un'esagerazione parlare della derogabilità come di «una sorta di "licenza di uccidere" concessa alla contrattazione collettiva aziendale [...] nei confronti del diritto del rapporto individuale di lavoro» (F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1204).

⁹³ A volte la stessa giurisprudenza valorizza la concretezza degli interessi in gioco per operare forzature del dettato della legge (si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza che considera valido un patto di demansionamento nei casi in cui per il lavoratore l'alternativa sia quella del licenziamento per ragioni oggettive) o per modificare consolidati orientamenti (come ad esempio quello sulla onnicomprensività della retribuzione). Dare anche all'autonomia collettiva il compito di operare adeguamenti di questo tipo rappresenta, in linea di principio, una scelta a favore di una maggiore efficienza del sistema regolativo che ovviamente grava di maggiori responsabilità le parti sociali (coglie in termini enfatici questa prospettiva A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit.; v. anche R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, cit.). Questa prospettiva di valorizzazione dello strumento della contrattazione collettiva giustifica perché la Cisl ha avuto nei confronti di questa legge un atteggiamento pragmatico di non ostilità; v. G. Santini, *Con l'articolo 8 più forza alla contrattazione aziendale. Sulle deroghe alle norme legislative necessaria sperimentazione*, in www.cuorecritica.it.

⁹⁴ In particolare, quelle mosse da A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; S. Bellomo, *L'art. 8 del d.l. 138/2011 e il contratto collettivo di diritto comune: una nuova devoluzione di competenze normative o deroga "illimitata"?*, dattiloscritto, cit..

equilibrio, mentre il legislatore dell'articolo 8 si è esonerato dal ricercarlo, relativizzando la propria responsabilità⁹⁵.

Per chiudere con riferimento all'art. 35 si può dire che la sua violazione piuttosto potrebbe ragionevolmente prospettarsi (in combinato disposto con l'articolo 39) nella scelta di responsabilizzare, abilitandoli alla deroga, non gli attori che agiscono a livello nazionale, ma le rappresentanze aziendali⁹⁶, esonerandole da ogni loro dovere di coordinamento con i livelli superiori dell'organizzazione sindacale e sottraendole alle dinamiche di solidarietà che si possono esprimere a quel livello. Il che ovviamente presenterebbe maggiore gravità ove poi si ritenesse che quelle rappresentanze siano strutturalmente in condizioni di maggiore debolezza di fronte alla controparte datoriale⁹⁷.

In conclusione, si può anche condividere l'idea che sia opportuno creare un modello di rapporto tra legge ed autonomia collettiva diverso da quello classico, che vede la seconda necessariamente subordinata alla prima (modello che qualcuno potrebbe essere tentato di chiamare paternalistico). Ma non si può pensare che quell'idea possa essere attuata senza fare esplicitamente i conti con la seconda parte dell'articolo 39⁹⁸ e senza porre mano ad una nuova legislazione promozionale del sindacato a livello aziendale che possa realizzare un coinvolgimento attivo dei lavoratori nell'impresa e la loro partecipazione ai suoi destini⁹⁹.

⁹⁵ M. Napoli, *La tutela del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 4 il quale utilizza l'efficace espressione utilizzata nel testo, svolge interessanti considerazioni al riguardo e giustamente definisce l'articolo 8 «un'esagerazione».

⁹⁶ M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 8 considera ragionevole questa scelta in base alla considerazione che il potere «è concesso solo in presenza di specifiche esigenze del contesto produttivo e che solo a livello aziendale possono essere individuate queste specifiche esigenze». Non tiene conto, tuttavia, che questo non giustifica l'esclusione della possibilità che le aperture siano prefigurabili e governabili a livello nazionale.

⁹⁷ G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 770 segnala come inquietante il fatto che il potere di deroga sia «affidato a soggetti almeno in parte inadeguati quali sono le rappresentanze aziendali, frequentemente in posizione di forte soggezione rispetto alle controparti imprenditoriali»; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, cit.. Meno preoccupato. R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit..

⁹⁸ Come da parecchio tempo con insistenza va predicando Romagnoli. Vedi, da ultimo, U. Romagnoli, *Diritto del lavoro, torniamo alla Costituzione*, in www.eguaglianzaelibertà.it.

⁹⁹ Molto debole la scelta fatta in questa direzione dalla legge 92/2012, art. 4, co. 63; ma meglio che niente. L'articolo 8, invece, come si è detto prima, sembra prefigurare un modello di coinvolgimento passivo, ispirato al metodo Marchionne.

Se l'aziendalizzazione delle relazioni è nella forza delle cose¹⁰⁰, il legislatore, se vuole rimanere fedele ai valori della Costituzione, deve cominciare ad udire la voce del suo articolo 46¹⁰¹.

Postilla

Successivamente al completamento del presente studio è intervenuta a settembre una sentenza della Corte costituzionale (n. 221/2012) che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 proposta dalla Regione Toscana in riferimento agli articoli 39, 117, terzo comma, e 118 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione. Nel ricorso la Regione assumeva che l'articolo 8, prevedendo la possibilità intese derogatorie suscettibili di involgere aspetti oggetto delle azioni di politica attiva del lavoro, fosse invasivo della competenza concorrente regionale della tutela del lavoro. Inoltre assumeva, da un lato, la violazione dell'articolo 118 per la mancanza nell'articolo 8 di previsione di strumenti di concertazione con le Regioni, rimaste estranee alle intese derogatorie e, dall'altro lato, la violazione dell'art. 39 poiché, in ragione della sua mancata attuazione, gli accordi collettivi non potrebbero assumere efficacia generale né tantomeno derogatoria rispetto a norme di legge, anche regionali.

La Corte – partendo dal presupposto che, ai fini del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, "l'identificazione della materia deve essere effettuata avuto riguardo all'oggetto e alla disciplina stabilita dalla medesima, tenendo conto della sua *ratio*, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi" - ha correttamente affermato che le materie indicate dall'articolo 8 rientrano tutte nella materia dell'ordinamento civile, e quindi nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, non rilevando che le finalità perseguite dal legislatore (promozione di maggiore occupazione, di gestione delle crisi aziendali e occupazionali) possano involgere aspetti di politica attiva riconducibili alla potestà concorrente della Regione. Questa posizione ha consentito alla Corte di affermare che la mancata previsione di un coinvolgimento regionale non comporta una violazione del principio di leale collaborazione proprio perché ci troviamo dinnanzi ad una disposizione che rientra in pieno in una materia (ordinamento civile) di competenza esclusiva dello Stato. La stessa posizione ha consentito alla Corte di affermare l'irrelevanza del problema sollevato con riferimento

¹⁰⁰ Con efficacia si è detto che costituisce «un passaggio sofferto, ma ineludibile, nell'articolazione della resistenza alla globalizzazione», R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, p. 37.

¹⁰¹ «[...] la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare [...] alla gestione delle aziende».

all'articolo 39: "una eventuale violazione dell'art. 39 (quarto comma) Cost., per mancato rispetto dei requisiti soggettivi e della procedura di cui al precetto costituzionale, non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite".

Il ricorso della Regione Toscana non è stato quindi sufficiente perché la Corte costituzionale si pronunciasse anche sul profilo relativo all'articolo 39. Dovremo attendere altre decisioni per conoscere la sua posizione al riguardo, così come su altri profili segnalati dalla dottrina. Di questa sentenza va tuttavia segnalato un particolare aspetto. Alla sequenza argomentativa prima riassunta essa premette una lettura dell'articolo 8 che sembra scollegata da quella sequenza. Questa lettura è volta a sottolineare che l'articolo 8 contempla accordi che dovranno avere una esplicita finalizzazione e potranno intervenire in un ambito ristretto a materie tassativamente indicate. Si è giustamente rilevato che questa sentenza mira ad orientare la lettura che dovranno fare i giudici: "è come se la Corte passasse la palla ai giudici di merito" (*Postilla*, in B. Caruso e A. Alaimo, *Diritto sindacale*, Il mulino Bologna, in corso di stampa).