



---

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN**

**DISCIPLINE GIURIDICHE**

**CURRICULUM**

**DISCIPLINE PRIVATISTICHE E DIRITTO PRIVATO PER  
L'EUROPA**

**CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO**

**XXXI ciclo**

**Titolo della tesi**

**IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO**

**Nome e Cognome del dottorando:**

**Novella Scipioni**

**Docente Guida/Tutor:**

**Prof. Giampiero Proia**

**Coordinatore:**

**Prof. Giuseppe Grisi**

# IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO

<b>CAPITOLO PRIMO</b> .....	4
<b>IL RINVIO DELLA LEGGE AL CONTRATTO COLLETTIVO COME TECNICA DI REGOLAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO: LE SINGOLE FATTISPECIE</b> .....	4
1. Il rinvio della legge al contratto collettivo come tecnica di interazione tra due ordinamenti: una premessa. ....	4
2. Legge, autonomia collettiva e orario di lavoro.....	6
3. Autonomia collettiva e tipologie contrattuali speciali. ....	13
3.1. <i>Il contratto di lavoro a tempo determinato e la somministrazione di     lavoro.</i> .....	14
3.2. <i>Le collaborazioni organizzate dal committente.</i> .....	25
3.3. <i>Il lavoro intermittente.</i> .....	29
3.4. <i>L'apprendistato.</i> .....	31
4. Il nuovo articolo 2103 Cod. Civ. ....	34
4.1. <i>Il superamento dell'equivalenza.</i> .....	40
4.2. <i>L'obbligo formativo.</i> .....	43
5. Legge, autonomia collettiva e controlli a distanza. ....	45
6. Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva.....	48
7. L'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015: il " <i>fulcro</i> " del sistema dei rinvii..	53
8. La promozione delle forme di contrattazione decentrata: l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011.....	59
9. Il rapporto tra il sistema definito dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 e la contrattazione collettiva di prossimità. ....	65
10. Premesse per il prosieguo dell'indagine.....	68

<b>CAPITOLO SECONDO</b> .....	70
<b>LA TECNICA DEL RINVIO LEGISLATIVO ALL’AUTONOMIA COLLETTIVA: DAI CRITERI DI SELEZIONE DEI SOGGETTI CONTRATTUALI ALL’EFFICACIA SOGGETTIVA DEI CONTRATTI COLLETTIVI “DELEGATI”</b> .....	70
1. Premessa. ....	70
2. Le varie tipologie di rinvii. ....	71
3. I criteri di selezione dei soggetti contrattuali.....	78
3.1. <i>La questione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.</i> .....	82
3.2. <i>La legittimazione negoziale delle RSA e delle RSU.</i> .....	91
4. Il riparto delle competenze tra livelli negoziali. ....	93
5. L’efficacia soggettiva dei contratti collettivi oggetto di rinvio. ....	97
5.1. <i>Il contratto collettivo delegato dalla legge ad individuare le condizioni di accesso al tipo contrattuale.</i> .....	102
5.2. <i>Il contratto collettivo delegato dalla legge alla disciplina del rapporto di lavoro.</i> .....	105
 <b>CAPITOLO TERZO</b> .....	 108
<b>IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO NEL DIALOGO TRA GLI ORDINAMENTI</b> .....	108
1. Il rapporto tra due sistemi normativi distinti: una premessa. ....	108
2. Dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici alla teoria dell’autonomia privata collettiva. ....	109
3. Il recupero della dimensione ordinamentale: la teoria dell’ordinamento intersindacale. ....	118
4. La teoria sistemico – funzionale. ....	124
5. Il rinvio legale e il contratto collettivo come fonte fatto. ....	133
6. Considerazioni conclusive. ....	139
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	147



## CAPITOLO PRIMO

### IL RINVIO DELLA LEGGE AL CONTRATTO COLLETTIVO COME TECNICA DI REGOLAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO: LE SINGOLE FATTISPECIE

#### **1. Il rinvio della legge al contratto collettivo come tecnica di interazione tra due ordinamenti: una premessa.**

È stato acutamente osservato che la “ricostruzione [...] del rapporto tra legge e contratto collettivo può seguire due percorsi, intrecciati tra loro: uno relativo a ciò che di volta in volta la legge dice, non dice o si desidera che dica sul contratto collettivo, che quindi riflette l’atteggiamento astensionistico o dirigistico del sistema statale nei confronti di quello “sociale”; l’altro relativo al ruolo giocato di volta in volta dalla legge e dal contratto collettivo nel determinare il contenuto dei rapporti di lavoro, dove la “naturale” prevalenza gerarchica della legge si stempera in svariati mix regolatori”<sup>1</sup>.

Il presente lavoro ha come obiettivo quello di seguire il “percorso” tracciato dalla legge e dalla autonomia collettiva nella disciplina del rapporto di lavoro, muovendo dal principale “canale di collegamento” aperto “dall’ordinamento giuridico statale” con “l’ordinamento intersindacale”, ossia dal meccanismo di rinvio legale al “principale prodotto dell’attività sindacale”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> L. GAETA, «La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel novecento italiano, in *Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S.*, Napoli, 16-17 giugno 2016, p. 12.

<sup>2</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, Jovene Editore, 2018, p. 2.

Il meccanismo del rinvio della legge al contratto collettivo rappresenterà, quindi, il mezzo per orientarsi nelle numerose e sempre mutevoli interazioni instaurate dai due sistemi giuridici.

Si proverà, quindi, analizzando la legislazione lavoristica degli ultimi anni<sup>3</sup>, a seguire le direttrici di intervento del legislatore al fine di verificare i cambiamenti nelle modalità di coinvolgimento dell'autonomia collettiva nella disciplina dei rapporti di lavoro.

I due principali punti di riferimento dei cambiamenti intervenuti nei rapporti tra legge e contrattazione collettiva sono individuabili, da un lato, nell'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011, dall'altro lato, nell'art. 51, d.lgs. n. 51 del 2015.

La prima delle due disposizioni citate è quella che altera la tradizionale relazione tra legge e contratto collettivo, attribuendo a quest'ultimo il potere di derogare a disposizioni di legge altrimenti inderogabili.

La seconda, invece, che verrà analizzata unitamente a tutte quelle che ad essa fanno riferimento, pur non sancendo la prevalenza della legge sul contratto collettivo, incide comunque sul sistema delle fonti del diritto del lavoro, poiché pone sullo stesso piano i diversi livelli della contrattazione collettiva.

Del resto, l'esame delle fattispecie nelle quali la legge rinvia all'autonomia collettiva per la disciplina di taluni aspetti del rapporto di lavoro è ciò che meglio consente di entrare in contatto con quella tendenza della legislazione lavoristica a realizzare uno *“spiccato decentramento o*

---

<sup>3</sup> Oltre all'analisi delle tecniche di rinvio impiegate nei decreti attuativi della legge delega n. 183 del 2014, saranno esaminate anche quelle impiegate in altri testi normativi tutt'ora vigenti, anche se frutto di stagioni normative più risalenti. In particolare, sarà dedicata particolare attenzione al d.lgs. n. 66 del 2003 che, al pari di molte delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 81 del 2015, detta regole che prevedono un coinvolgimento della contrattazione collettiva, sia pure con modalità parzialmente diverse rispetto a quelle contenute nei decreti attuativi della legge delega n. 183 del 2014.

*devoluzione delle fonti normative*”, soprattutto in un periodo in cui si assiste sempre di più ad un *“alleggerimento della funzione regolativa diretta”* e ad una *“maggiore elasticità del mercato del lavoro”*<sup>4</sup>.

Per questa ragione, si è deciso di limitare l’indagine al sistema dei rinvii delineato nell’ambito delle riforme del diritto del lavoro varate a partire dal 2014, nel tentativo di cogliere tutti quegli spazi aperti dalla crisi del normativismo<sup>5</sup> ad un diritto nel quale lo Stato, *“più che regolare, attraverso la imposizione di un assetto di interessi inderogabile [...] organizza la regolazione, che viene lasciata ad altri soggetti o sistemi sociali”*<sup>6</sup>.

## **2. Legge, autonomia collettiva e orario di lavoro.**

Nell’ambito del processo di definizione dei rapporti intercorrenti tra legge ed autonomia collettiva nel nostro ordinamento, non può prescindersi dall’esame del d.lgs. n. 66 del 2003 con il quale è stata data trasposizione “organica” alla direttiva comunitaria 93/104 sull’orario di lavoro.

Va subito detto che in questo ambito del diritto del lavoro, il legislatore lascia all’autonomia collettiva spazi molto ampi e la possibilità di *“plasmare, esercitando le diverse funzioni attribuitele dalla legge, la disciplina dell’orario di lavoro in relazione alle specifiche esigenze della categoria produttiva o della singola azienda entro alcuni paletti inderogabili fissati dalla legge”*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, pp. 329 e 331.

<sup>5</sup> La letteratura sulla “crisi del normativismo” è vastissima. Tra i tanti, si veda, L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, RI, 1988, 11, pp. 13 e ss..

<sup>6</sup> M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in DLRI, 1995, pp. 455 e ss..

<sup>7</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 75.

Tale impostazione è evidente sin dalla individuazione dell'orario normale di lavoro, fissato inderogabilmente dalla legge in quaranta ore settimanali (art. 3, primo comma).

Tale regola, però, può essere derogata da due eccezioni.

La prima è quella prevista dall'art. 3, secondo comma, d.lgs. n. 66 del 2003, che riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di *“stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno”*<sup>8</sup>.

La seconda deroga è invece prevista dall'art. 16, d.lgs. n. 66 del 2003 che individua tassativamente le fattispecie che, in ragione delle peculiarità delle attività lavorative prese in considerazione, *“sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina dell'orario di cui all'art. 3”*<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Tale norma ripropone, in sostanza, la stessa previsione contenuta nell'art. 13, primo comma, legge n. 196 del 1997, conservando i due rinvii alla contrattazione collettiva, rispettivamente per la riduzione dell'orario normale settimanale e per la redistribuzione multiperiodale su base, al massimo, annua (le uniche differenze sono costituite dalla eliminazione del riferimento alla competenza esclusiva dei contratti collettivi nazionali e dalla introduzione dell'espressione *“ai fini contrattuali”*).

<sup>9</sup> In particolare, sono escluse dalla applicazione della disciplina dettata dal d.lgs. n. 66 del 2003, *“fatte salve le condizioni di miglior favore previste dai contratti collettivi”*: *“a) le fattispecie previste dall'articolo 4 del regio decreto-legge 15 marzo 1923, n. 692, convertito dalla legge 17 aprile 1925, n. 473, e successive modifiche; b) le fattispecie di cui al regio decreto 10 settembre 1923, n. 1957, e successive modifiche, alle condizioni ivi previste, e le fattispecie di cui agli articoli 8 e 10 del regio decreto 10 settembre 1923, n. 1955; c) le industrie di ricerca e coltivazione di idrocarburi, sia in mare che in terra, di posa di condotte ed installazione in mare; d) le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia elencate nella tabella approvata con regio decreto 6 dicembre 1923, n. 2657, e successive modificazioni ed integrazioni, alle condizioni ivi previste; e) i commessi viaggiatori o piazzisti; f) il personale viaggiante dei servizi pubblici di trasporto per via terrestre; g) gli operai agricoli a tempo determinato; h) i giornalisti professionisti, praticanti e pubblicisti dipendenti da aziende editrici di giornali, periodici e agenzie di stampa, nonche' quelli dipendenti da aziende pubbliche e private esercenti servizi radiotelevisivi; i) il personale poligrafico, operai ed impiegati, addetto alle attività di composizione, stampa e spedizione di quotidiani e settimanali, di documenti necessari al funzionamento degli organi legislativi e amministrativi nazionali e locali, nonche' alle attività produttive delle agenzie di stampa; l) il personale addetto ai servizi di informazione radiotelevisiva gestiti da aziende pubbliche e private; m) i lavori di cui all'articolo 1 della legge 20 aprile 1978, n. 154, e all'articolo 2 della legge 13 luglio 1966, n. 559; n) le prestazioni rese da personale addetto alle aree operative, per assicurare la continuità del servizio, nei settori appresso indicati: 1) personale dipendente da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste, delle autostrade, dei servizi portuali ed aeroportuali, nonche' personale dipendente da imprese che gestiscono servizi pubblici di trasporto e da imprese esercenti servizi di*

Con riferimento alla eccezione di cui all'art. 3, secondo comma, d.lgs. n. 66 del 2003, è stato osservato come tale norma, nel prevedere il c.d. orario multiperiodale, deve essere ricondotto “a quell'ampia categoria di rinvii legali - così frequenti soprattutto nell'ultimo ventennio - che consentono al contratto collettivo di “derogare” a norme di legge non in senso migliorativo, bensì, a seconda dei casi, nel senso:

1) di introdurre direttamente trattamenti peggiorativi (a latere del lavoratore) o comunque difformi rispetto a quelli previsti dalla legge (una funzione derogatoria che potremmo definire di tipo “regolativo”);

2) di stabilire l'eliminazione o il temperamento di vincoli legali, con conseguente riconoscimento in capo al datore di lavoro di posizioni soggettive [...] più vantaggiose, soprattutto in tema di flessibilità (una funzione derogatoria, questa, che ha per effetto l'attribuzione al datore di lavoro di poteri o facoltà e che, per rapporto all'altra, potremmo definire di tipo “deregolativo”);

3) di trasformare un limite legale da inderogabile a derogabile dalle parti individuali, pur se, eventualmente, nel rispetto di determinati limiti e/o condizioni (una funzione, questa, che potremmo forse meglio definire come “derogabilizzatrice” [...])<sup>10</sup>.

Secondo un'altra parte della dottrina, però, tale conclusione dovrebbe essere rivalutata in considerazione del fatto che, da un lato, la quantità di lavoro complessivamente richiesta al lavoratore potrebbe

---

telecomunicazione; 2 personale dipendente da aziende pubbliche e private di produzione, trasformazione, distribuzione, trattamento ed erogazione di energia elettrica, gas, calore ed acqua; 3 personale dipendente da quelle di raccolta, trattamento, smaltimento e trasporto di rifiuti solidi urbani; 4 personale addetto ai servizi funebri e cimiteriali limitatamente ai casi in cui il servizio stesso sia richiesto dall'autorità giudiziaria, sanitaria o di pubblica sicurezza; o) personale dipendente da gestori di impianti di distribuzione di carburante non autostradali; p) personale non impiegatizio dipendente da stabilimenti balneari, marini, fluviali, lacuali e piscinali”.

<sup>10</sup> V. LECCESE, U. CARABELLI, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina sull'orario di lavoro*, in WP CSDLE, n. 22/2004, p. 6.

coincidere con la quantità di lavoro richiesta ad un lavoratore che osserva un orario di lavoro “normale” e, dall’altro lato, che *“il superamento del limite della durata normale dell’orario di lavoro”*, essendo *“giustificata dalla natura dell’attività produttiva svolta dall’azienda”*, *“trova la sua ragione [...] nella necessità di adeguare l’organizzazione del lavoro alle peculiarità dell’attività produttiva, nonché di considerare le peculiari modalità di svolgimento della prestazione che comportano per il lavoratore uno sforzo minore rispetto a quello normalmente richiesto per altre mansioni”*<sup>11</sup>.

Avendo riguardo, invece, alle fattispecie comprese nel “secondo gruppo” di deroghe, la contrattazione collettiva finisce col tradursi nella vera e propria fonte regolativa della disciplina sull’orario di lavoro<sup>12</sup>.

Allo schema appena descritto, possono essere ricondotte le regole in materia di durata massima dell’orario di lavoro, la cui determinazione è rimessa dall’art. 4, d.lgs. n. 66 del 2003 alla contrattazione collettiva, fermo restando il limite inderogabile<sup>13</sup> fissato dalla legge in 48 ore, da intendersi come media calcolata su un periodo di sette giorni.

Di talché, anche in questo caso, alla contrattazione collettiva viene riconosciuta la possibilità di modulare l’orario di lavoro in funzione delle esigenze connesse al contesto produttivo di riferimento, incidendo sia sulla durata normale che su quella massima dell’orario di lavoro.

---

<sup>11</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., pp. 76 e 77.

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo, si veda, il C.C.N.L. per il personale addetto ai servizi di informazione radiotelevisiva gestiti da aziende private che, all’art. 37, prevede che: *“l’orario di lavoro normale è di 40 ore settimanali effettive e di 8 ore giornaliere, per una distribuzione dell’orario di lavoro su 5 giorni lavorativi, o di ore 6,40 giornaliere per una distribuzione dell’orario di lavoro su sei giorni lavorativi. Ferma restando la normale durata della prestazione giornaliera, il turno notturno limitatamente alle emittenti tv, ha una durata di 39 ore settimanali”*.

<sup>13</sup> Sulla natura inderogabile della disposizione sulla durata massima dell’orario di lavoro, si veda, tra i tanti: S. BELLOMO, *Artt. 2107 - 2109 c.c.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1026. Nello stesso senso, nella prassi amministrativa, si veda, Circolare del Ministero del Lavoro, n. 8 del 3 marzo 2005.

Lo schema appena analizzato si ripete, poi, con riferimento alla disciplina delle pause, dei riposi, delle ferie, del lavoro notturno e del lavoro straordinario.

Anche in tali materie, infatti, la legge non si limita a fissare la tutela minima che deve essere garantita al lavoratore, ma rimette, in prima battuta, al contratto collettivo il compito di definirne le modalità di godimento<sup>14</sup>.

Ma procediamo con ordine, analizzando le peculiarità del meccanismo di rinvio che opera nei singoli istituti.

E così, con riferimento alla materia delle pause, del riposo giornaliero e dei riposi settimanali, la legge rimette all'autonomia collettiva il compito di definire le regole per il godimento delle pause e dei riposi assegnandole, al contempo, poteri ancora più estesi.

Si pensi, infatti, all'art. 17, d.lgs. n. 66 del 2003 che riconosce ai *“contratti collettivi”* ovvero agli *“accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro”* il potere di derogare alla legge alla sola condizione di assicurare ai *“ai prestatori di lavoro [...] periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata”*.

---

<sup>14</sup> L'art. 8, d.lgs. n. 66 del 2003, ad esempio, dispone che: *“Qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore il lavoratore deve beneficiare di un intervallo per pausa, le cui modalità e la cui durata sono stabilite dai contratti collettivi di lavoro, ai fini del recupero delle energie psico-fisiche e della eventuale consumazione del pasto anche al fine di attenuare il lavoro monotono e ripetitivo. Nelle ipotesi di cui al comma 1, in difetto di disciplina collettiva che preveda un intervallo a qualsivoglia titolo attribuito, al lavoratore deve essere concessa una pausa, anche sul posto di lavoro, tra l'inizio e la fine di ogni periodo giornaliero di lavoro, di durata non inferiore a dieci minuti e la cui collocazione deve tener conto delle esigenze tecniche del processo lavorativo”*.

Per quanto riguarda la materia delle ferie, invece, il d.lgs. n. 66 del 2003 ha introdotto, rispetto alla disciplina previgente, importanti novità volte ad assicurare che il prestatore di lavoro benefici di un periodo di riposo annuale che gli consenta il recupero delle energie psico-fisiche disperse durante lo svolgimento delle attività lavorative, vietandone la c.d. monetizzazione (art. 10, secondo comma)<sup>15</sup>.

Salvo il riconoscimento del periodo minimo di ferie, fissato dalla legge in quattro settimane, alla contrattazione collettiva è rimesso il compito di determinarne le modalità di fruizione e, nel caso in cui sia istituito un orario multiperiodale, di definirne “*criteri e modalità di regolazione*”.

E ciò, allo scopo di consentire di collocarne temporalmente il godimento in funzione delle specifiche esigenze che potrebbero manifestarsi nelle diverse realtà produttive (art. 10, terzo comma).

Con riferimento alla disciplina del lavoro notturno, seguendo il modello di rinvio sino ad ora descritto, il legislatore ha stabilito la cornice normativa di riferimento, rimettendo poi alla contrattazione collettiva poteri di intervento molto ampi, talvolta anche derogatori delle tutele minime fissate dalla legge.

E così, la legge attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di: i) stabilire “*i requisiti dei lavoratori che possono essere esclusi dall'obbligo di effettuare lavoro notturno*” (art. 11); ii) definire i “*criteri e le modalità*” di consultazione delle rappresentanze aziendali e delle organizzazioni sindacali esterne all’azienda al fine di definire l’eventuale introduzione del lavoro notturno in azienda (art. 12); iii) stabilire la eventuali “*riduzioni dell'orario di lavoro o dei trattamenti economici*”

---

<sup>15</sup> Per una analisi dettagliata delle novità introdotte nell’ordinamento dall’art. 10, d.lgs. n. 66 del 2003, si veda, S. BERTOCCO, *Art. 10. Ferie annuali*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell’orario di lavoro. Commentario al D.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 312 e ss..

*indennitari nei confronti dei lavoratori notturni*” (art. 13); iv) individuare gli strumenti di prevenzione dei rischi connessi allo svolgimento del lavoro notturno (art. 14); v) individuare le modalità di attuazione dell’obbligo di adibizione del lavoratore ai turni diurni in caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento del lavoro notturno (art. 15).

Infine, anche nella disciplina del lavoro straordinario è chiaramente riproposto il modello sino ad ora descritto, sia pure con alcune peculiarità.

È stato osservato che l’art. 5, d.lgs. n. 66 del 2003, nel rinviare alla contrattazione collettiva la regolamentazione delle modalità di esecuzione del lavoro straordinario, sia pure entro i limiti fissati dall’art. 4, finisce con l’attribuirle il ruolo di *“filtro delle esigenze aziendali”* in quanto riconosce alle organizzazioni sindacali la facoltà di ampliare il potere direttivo dell’imprenditore il quale sarebbe tenuto ad ottenere il previo consenso del lavoratore per lo svolgimento di lavoro straordinario soltanto in assenza di un contratto collettivo<sup>16</sup>.

Peraltro, la contrattazione collettiva conserva la facoltà di ammettere lo svolgimento di ore di lavoro straordinario oltre le 250 fissate dalla legge, limite questo operante nel caso in cui lo svolgimento del lavoro straordinario sia subordinato al consenso del lavoratore<sup>17</sup>.

Dal quadro sin qui sintetizzato emerge in modo inequivoco che, in materia di orario di lavoro, l’ordinamento individua nella contrattazione collettiva lo *“strumento deputato a dettare le regole sulla base delle quali può essere definita l’organizzazione del lavoro in azienda nella sua*

---

<sup>16</sup> G. BOLEGO, *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Padova, Cedam, 2004, p. 137.

<sup>17</sup> *Ivi*, pp. 138 e ss.. L’Autore enfatizza la funzione suppletiva della norma legale la quale, in questa materia, svolge il ruolo di fonte sulla produzione più che il ruolo di fonte di produzione.

*componente oraria (tanto nella dimensione quantitativa, quanto in quella della sua collocazione)”<sup>18</sup>.*

Tali ampi margini di intervento risultano, peraltro, giustificabili anche in ragione del fatto che l’art. 1, secondo comma, lett. m), d.lgs. n. 66 del 2003, conferendo ai soli contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative la legittimazione ad esercitare le competenze riconosciute dalla legge, seleziona i soli soggetti collettivi capaci di esprimere la volontà della compagine più ampia dei lavoratori<sup>19</sup>.

### **3. Autonomia collettiva e tipologie contrattuali speciali.**

Nell’esame dei rapporti tra legge e contratto collettivo, non può prescindersi dall’analizzare il ruolo che il legislatore attribuisce alle parti sociali nella costruzione della disciplina delle tipologie contrattuali diverse dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

E così, ancora una volta senza pretese di esaustività, si proverà, seguendo le direttrici di intervento del legislatore, a tracciare il profilo dei cambiamenti che, a partire dagli anni duemila, hanno interessato l’utilizzo della tecnica del rinvio e il coinvolgimento dell’autonomia collettiva.

Un processo di cambiamento il cui punto di approdo è rappresentato dal d.lgs. n. 81 del 2015 e, più di recente, dal d.l. n. 87 del 2018, convertito in legge n. 96 del 2018, che assegna alla contrattazione collettiva il compito di svolgere funzioni molto diverse da quelle che l’ordinamento le assegnava sul finire del secolo scorso.

Occorre però procedere con ordine.

---

<sup>18</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 81.

<sup>19</sup> Sulla questione relativa alla selezione dei soggetti contrattuali si tornerà più diffusamente nel secondo capitolo.

Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà, in particolare, sulla analisi dei cambiamenti impressi alla disciplina delle seguenti tipologie contrattuali *non standard*: il contratto di lavoro a tempo determinato, la somministrazione di lavoro, le collaborazioni organizzate dal committente, il contratto di apprendistato e il contratto di inserimento.

È, dunque, di estremo interesse valutare il ruolo che la contrattazione collettiva riveste nella disciplina delle tipologie contrattuali speciali, soprattutto in un periodo in cui la legislazione lavoristica “punta” sulla flessibilizzazione del mercato del lavoro come mezzo per combattere la disoccupazione.

A ciò si aggiunga che l’analisi delle modalità in cui opera il meccanismo del rinvio costituisce il mezzo per fare un primo bilancio circa l’impatto delle recenti riforme sulla disciplina dei rapporti di lavoro, per comprendere, in altre parole, se la contrattazione collettiva può essere ancora considerata come lo strumento principale di regolazione dei rapporti di lavoro.

### **3.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato e la somministrazione di lavoro.**

Sul finire degli anni ottanta del secolo scorso, l’ordinamento aveva demandato all’autonomia collettiva il potere di autorizzare il datore di lavoro ad assumere lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> L’art. 23, legge n. 56 del 1987, rubricato “*Disposizioni in materia di contratto a termine*”, disponeva che: “*L’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all’articolo 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché all’articolo 8-bis del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79, è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. I contratti collettivi*”

Si trattava di una "*delega in bianco in favore delle parti sociali*"<sup>21</sup>, espressione di quella "*tendenza*" del legislatore alla "*delegificazione ed alla flessibilizzazione nell'impiego della forza lavoro iniziata nella seconda metà degli anni settanta*", mediante l'attribuzione alla "*contrattazione collettiva (di) un vero e proprio potere normativo nell'individuazione di nuove ipotesi di legittima apposizione del termine, senza porre, sotto questo profilo, almeno esplicitamente, restrizione alcuna*"<sup>22</sup>.

La devoluzione alla contrattazione collettiva della competenza a individuare nuove e diverse ipotesi di legittima stipulazione di contratti a tempo determinato, oltre a quelle previste dalla legge n. 230 del 1962, determinò la costruzione di un "*sistema di produzione normativa*" capace di adattare la disciplina normativa "*ai mutamenti del contesto produttivo e dei rapporti socioeconomici oggetto di regolamentazione*", nell'ottica di garantire un "*bilanciato contemperamento delle istanze che danno vita al sistema delle relazioni industriali*"<sup>23</sup>.

Una devoluzione di competenze, questa, soggetta ad un unico limite: quello di stabilire "*il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impiegati a tempo indeterminato*".

Tale limite è stato definito come "*il vero contrappeso dell'apertura legislativa in materia di apponibilità del termine*", un "*elemento essenziale della fattispecie*", in assenza del quale "*potrebbero*

---

*stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato*".

<sup>21</sup> Cfr. L. MONTESARCHIO, "*L'art. 23 della L. 28.2.1987, n. 56: una "delega in bianco" in favore delle parti sociali*" in Nuova Giur. Civ., 2007, 2, 10187.

<sup>22</sup> Cfr., M. TATARELLI, *Part-time e tempo determinato nel lavoro privato e pubblico*, Padova, Cedam, 1999, pp. 259 e ss..

<sup>23</sup> Cfr., G.M. MONDA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Il contratto a tempo determinato*, (a cura di) G. FERRARO, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 271 e ss..

*essere stipulati contratti a termine soltanto nei casi espressamente esenti*”<sup>24</sup>.

In altre parole, la dottrina ha interpretato la norma *de qua* nel senso di ritenere che la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alla disciplina di cui alla legge n. 230 del 1962, era subordinata alla previsione di una percentuale di contingentamento tale da consentire al datore di lavoro di stipulare contratti di lavoro a termine soltanto nel caso in cui fosse garantito il rispetto del rapporto numerico tra i lavoratori a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato.

Tale interpretazione muove, anzitutto, dal tenore letterale dell’art. 23, legge n. 56 del 1987.

Ed infatti, già dalla lettura della norma in parola, emerge che *“l’art. 23 della l. n. 56/1987 non faceva alcun riferimento a particolari esigenze o condizioni di carattere oggettivo e soggettivo; di conseguenza, condizione unica e sufficiente sarebbe dovuta essere l’indicazione, da parte dei contratti collettivi, della percentuale dei lavoratori da assumere con contratto a tempo determinato rispetto a quelli già impiegati a tempo indeterminato”*<sup>25</sup>.

L’interpretazione suggerita dalla dottrina, prende le mosse anche da una ricostruzione sistematica della disciplina introdotta dall’art. 23, legge n. 56 del 1987.

Al riguardo, è stato osservato che *“la legge, proprio in considerazione dell’assenza di vincoli sulle causali e per evitare una troppo estesa precarizzazione del lavoro, imponeva ai contratti collettivi di accompagnare l’introduzione delle clausole aggiuntive con la fissazione per le stesse di un limite quantitativo consistente in una*

---

<sup>24</sup> Cfr., *Ivi*, p. 284.

<sup>25</sup> Cfr. L. MONTESARCHIO, *L’art. 23 della L. 28.2.1987, n. 56: una “delega in bianco” in favore delle parti sociali*, cit..

*percentuale massima di lavoratori a termine rispetto al complessivo organico aziendale di lavoratori a tempo indeterminato*<sup>26</sup>.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza che ha affermato come *“proprio la [...] ampiezza della delega alle parti sociali, che secondo un autorevole orientamento consente addirittura di prevedere nuove ipotesi legate alla presenza solo di determinati requisiti soggettivi da parte dei lavoratori da assumere (e quindi per definizione senza necessità di un nesso tra il singolo contratto ed una specifica esigenza temporanea), porta a ritenere che sia stata in generale ammessa la possibilità di individuare in astratto le condizioni per il ricorso alle assunzioni a termine, avendo il legislatore ritenuto costituire sufficiente garanzia di legalità la valutazione operata da parti sociali particolarmente qualificate e l'imposizione di un tetto percentuale alle assunzioni”*<sup>27</sup>.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368 de 2001, vi è stato un radicale cambiamento nell'utilizzo della tecnica del rinvio, assistendosi ad una riduzione del ruolo della contrattazione collettiva nell'ambito di quella che è stata definita l'opera di *“flessibilizzazione tipologica”*<sup>28</sup> e di *“destandardizzazione del rapporto di lavoro”*.

Ed infatti, se l'art. 23, legge n 56 del 1987, aveva conferito una delega in bianco alla contrattazione collettiva, con la riforma del 2001 le

---

<sup>26</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2009, p. 613.

<sup>27</sup> Cfr., Corte di Appello di Roma, sentenza del 23 giugno 2005, *inedita*; nello stesso senso, si vedano: Cass., 20 aprile 1998, n. 4003; Cass., 11 dicembre 2002, n. 17674, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 140; Cass., 4 agosto 2008, n. 21063, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass., 17 marzo 2014, n. 6108, *inedita*. La giurisprudenza, pertanto, ha affermato l'“*illegittimità dei contratti a termine in quanto non rappresentavano una quota eccezionale e aggiuntiva rispetto all'organico normale, per soddisfare esigenze contingenti*” (cfr. Tribunale di Milano, sentenza del 30 marzo 2000, *inedita*).

<sup>28</sup> G. PROIA, *Flessibilità e tutela “nel” rapporto di lavoro subordinato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2002, pp. 411 e ss..

parti sociali sono state private di qualsiasi ruolo nella determinazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine<sup>29</sup>.

Anche se autorevole dottrina ha osservato che il d.lgs. n. 368 del 2001 ha determinato la estromissione delle parti collettive nella individuazione delle causali giustificative dell'apposizione del termine<sup>30</sup>, si ritiene di condividere il diverso orientamento secondo il quale l'impianto normativo del 2001 ha in realtà delineato “*una differente modalità di concorso del contratto collettivo alla concretizzazione del significato del precetto legale e ciò, proprio in virtù della mancanza di una delega espressa*”<sup>31</sup>.

L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, infatti, nella sua originaria formulazione si limitava alla indicazione delle causali legittimanti la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza tuttavia fare alcun esplicito rinvio alla contrattazione collettiva.

L'assenza di una delega espressa ha così finito col riservare all'autonomia collettiva uno spazio di intervento teso ad indicare i casi di legittima apposizione del termine e a “*deflazionare*”<sup>32</sup> le criticità relative alla identificazione delle ragioni oggettive<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Sul ridimensionamento del ruolo dei sindacati, tra gli altri, S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368/2001*, in Riv. Giur. Lav., 2002, I, pp. 505 e ss..

<sup>30</sup> V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2001, 3, p. 369.

<sup>31</sup> In questo senso, si veda, A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), Milano, Utet Giuridica, p. 385.

<sup>32</sup> In questo senso, si veda, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2002, p.628.

<sup>33</sup> L'art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, prevedeva che: “*È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a dodici giorni*”.

A tali conclusioni è giunta anche la giurisprudenza di legittimità secondo la quale *“sebbene nel nuovo quadro normativo di cui al d.lgs. n. 368/2011, alla contrattazione collettiva non spetti più un autonomo potere di qualificazione delle esigenze aziendali idonee a consentire l’assunzione a termine, la mediazione collettiva ed i relativi esiti concertativi restano pur sempre un elemento rilevante di rappresentazione delle esigenze aziendali in termini compatibili con la tutela degli interessi dei dipendenti, con la conseguenza che gli stessi debbono essere attentamente valutati dal giudice ai fini della configurabilità nel caso concreto dei requisiti della fattispecie legale”*<sup>34</sup>.

Una conclusione, questa, cui era già giunto il legislatore europeo laddove aveva precisato che *“l’accordo (n.d.r., quadro sul contratto a termine) non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, al livello appropriato, ivi compreso quello europeo, accordi che adattino e/o completino le disposizioni del presente accordo in modo da tenere conto delle esigenze delle parti sociali interessate”*<sup>35</sup>.

Al contrario, l’unico rinvio esplicito alla contrattazione collettiva era quello, contenuto nell’art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368 del 2001 che demandava alle parti sociali il compito di individuare i limiti quantitativi di utilizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato.

Il legislatore delegato del 2015, portando a compimento il processo di liberalizzazione del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, avviato dalla legge n. 92 del 2012<sup>36</sup>, ha sottratto ogni potere di autorizzazione alle organizzazioni sindacali.

---

<sup>34</sup> Cass., 1 febbraio 2010, n. 2279, in Foro It., 2010, 4, 1, 1169; nello stesso senso, si veda anche, Cass., 11 maggio 2011, n. 10346 in Lav. e Giur., 2011, 7, p. 737.

<sup>35</sup> Cfr. Direttiva 1999/70/CE, clausola 8.4.

<sup>36</sup> La legge n. 92 del 2012 ha introdotto le prime ipotesi in cui l’ordinamento ha consentito il ricorso al contratto a termine e alla somministrazione di lavoro, eliminando l’obbligo della giustificazione causale. Sono seguiti, poi, il d.l. n. 76 del 2013 (convertito in legge n. 99 del 2013) e il d.l. n. 34 del 2014 (convertito in legge n. 78 del 2014) che hanno sostanzialmente

In particolare, sotto il profilo delle ragioni legittimanti la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, il d.lgs. n. 81 del 2015 ha finito col realizzare “*la piena equiparazione con la tipologia di lavoro standard*”<sup>37</sup>, esonerando il datore di lavoro dall’onere di indicare le ragioni poste a fondamento della assunzione a termine.

Al contrario, con un’inversione di prospettiva rispetto al passato, il legislatore del 2015 ha attribuito rilievo ai motivi della assunzione soltanto al fine di riconoscere al datore di lavoro alcuni vantaggi<sup>38</sup>.

In queste ipotesi, quindi, l’indicazione del motivo dell’assunzione diviene un onere per il datore di lavoro interessato alla fruizione dei benefici che l’ordinamento ricollega alla sussistenza di quel presupposto.

Accantonata l’idea che l’ordinamento deve limitare il ricorso ai contratti di lavoro flessibili, il legislatore del 2015 si è occupato soltanto di definire le regole volte a contrastare gli abusi del ricorso all’istituto in esame<sup>39</sup>.

In particolare, la legge mirava a contrastare l’abuso in una duplice prospettiva: da un lato, stabilendo la percentuale massima di lavoratori a

---

liberalizzato il contratto di lavoro a tempo determinato e la somministrazione di lavoro (sempre a tempo determinato) eliminando l’obbligo della giustificazione causale. Sulla ultima “tappa” della evoluzione della disciplina sul contratto di lavoro a tempo determinato, si vedano, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2013; F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Working Paper*, n. 164/2014.

<sup>37</sup> I ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 108.

<sup>38</sup> A titolo esemplificativo, si veda, l’art. 23, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015 che esclude la applicazione del limite percentuale di contingentamento qualora l’assunzione sia avvenuta per fronteggiare le seguenti esigenze: “a) nella fase di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi, anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e comparti merceologici; b) da imprese start-up innovative [...] per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società [...]; c) per lo svolgimento delle attività stagionali di cui all’art. 21, comma 2; d) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi o per la produzione di specifiche opere audiovisive; e) per sostituzione di lavoratori assenti; f) con lavoratori di età superiore a 50 anni”.

<sup>39</sup> Con riferimento alle modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015, si vedano, a titolo esemplificativo: L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt E Book, n. 48/2015; M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015.

tempo determinato che il datore di lavoro può assumere in relazione al numero complessivo di dipendenti aventi un contratto di lavoro a tempo indeterminato; dall'altro lato, fissando la durata massima del rapporto di lavoro a termine in trentasei mesi al fine di evitare la instaurazione di una relazione “*sostanzialmente a tempo indeterminato*”<sup>40</sup>.

Il quadro normativo appena descritto ha subito una profonda revisione per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1, d.l. n. 87 del 2018, convertito in legge n. 96 del 2018.

Il nuovo art. 19, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2015, prevede che: “*al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi*” ed ammette la possibilità di apporre una durata massima, anche per effetto di proroghe o rinnovi, fino a ventiquattro mesi.

L'apposizione di un termine oltre i dodici mesi dovrà essere però assistita dalla ricorrenza di almeno una delle seguenti condizioni: a) “*esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze sostitutive di altri lavoratori*”; b) “*esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria*”.

Rimane tuttavia in essere la possibilità di stipulare un ulteriore contratto per un periodo di ulteriori dodici mesi, purché sottoscritto davanti l'Ispettorato territoriale del lavoro competente (art. 19, comma 3).

Di talché, la durata massima complessiva del contratto di lavoro a tempo determinato continua ad essere di trentasei mesi.

Non è questa la sede per approfondire il contenuto di tutte le modifiche apportate al d.lgs. n. 81 del 2015 dal c.d. Decreto Dignità e per

---

<sup>40</sup> A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinati e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi a-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in RIDL, 2008, I, p. 287.

analizzare nel dettaglio la “nuova” disciplina sul contratto di lavoro a tempo determinato<sup>41</sup>.

Ciò che è doveroso sottolineare è che il d.l. n. 87 del 2018 sembra aver confermato il ruolo che la contrattazione collettiva riveste nella disciplina del contratto a termine, destinata a conservare la sua efficacia per il tramite delle clausole di rinvio<sup>42</sup>.

Così facendo, il legislatore ha dimostrato di aver compreso che gli equilibri raggiunti in sede negoziale realizzano un equilibrio *“complessivo nella regolazione degli interessi del lavoro e dell’impresa che non può rompersi ogni volta che i termini dello scambio sono modificati, selettivamente, dal legislatore”*<sup>43</sup>.

Diversamente opinando, infatti, si *“verrebbe ad alterare l’equilibrio sinallagmatico raggiunto dalle parti in sede negoziale, oltreché l’autonomia funzionale che l’ordinamento giuridico riconosce alla contrattazione collettiva per il tramite dell’art. 39 Cost.”*<sup>44</sup>.

All’interno del nuovo quadro normativo, l’ordinamento riconosce alla contrattazione collettiva il potere di modificare, nei limiti fissati dal legislatore, l’operatività delle singole tecniche di tutela.

E così, il contratto collettivo può:

a) modificare la durata massima dei contratti di lavoro a tempo determinato (art. 19, secondo comma);

---

<sup>41</sup> Per un commento organico del Decreto Dignità, si veda *“Il decreto dignità alla prova della contrattazione”*, in *“Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)”*, M. MENEGOTTO, F. SEGHEZZI, S. SPATTINI (a cura di), Adapt University Press, n. 73.

<sup>42</sup> Ad esempio, la durata massima del contratto a termine individuata dall’art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 si applica *“Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi”*.

<sup>43</sup> P. TOMASSETTI, *Il decreto dignità alla prova della contrattazione*, in *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*, cit., p. 154.

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 155.

b) modificare la disciplina dettata con riferimento agli intervalli minimi tra un contratto a termine ed il successivo stipulato tra le stesse parti (art. 21, secondo comma);

c) stabilire una percentuale di contingentamento diversa da quella prevista in via generale dall'art. 23, d.lgs. n. 81 del 2015 (art. 23, primo comma);

d) disciplinare *“modalità e contenuti delle informazioni da rendere alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria dei lavoratori in merito all'utilizzo del lavoro a tempo determinato”* (art. 23, quinto comma);

e) regolare l'accesso dei lavoratori a termine a percorsi formativi (art. 26);

f) disciplinare l'esercizio del diritto di precedenza (art. 24, primo comma).

Fermi restando i rinvii espliciti contenuti nel d.lgs. n 81 del 2015, è stato giustamente osservato che *“per le altre previsioni, pur in assenza di un espresso rinvio legislativo, non pare precluso un intervento dell'autonomia collettiva, anche in considerazione del fatto che la regola posta dalla legge non appare sancita indubbiamente allo scopo di fissare un trattamento minimo a vantaggio degli interessi dei lavoratori, quanto piuttosto si tratta di una regola generale che ammette specificazioni a livello collettivo, individuando la disciplina che sia più adatta, nello specifico ambito di riferimento, a conciliare gli interessi dei lavoratori con l'interesse dell'impresa”*<sup>45</sup>.

Considerazioni analoghe a quelle fatte per il contratto di lavoro a tempo determinato possono essere riferite anche alla disciplina sulla somministrazione di lavoro.

---

<sup>45</sup> I ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., pp. 111 e 112.

Per effetto della novella del 2018, infatti, viene confermata l'estensione al rapporto di lavoro in somministrazione, delle stesse disposizioni dedicate al contratto a tempo determinato, nei limiti della compatibilità tra le due fattispecie (art. 34, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015) e, in ogni caso, con l'esclusione: i) dell'art. 19, commi 1, 2 e 3, sui limiti di durata; ii) dell'art. 21, in materia di proroghe e rinnovi; iii) dell'art. 23 sulla clausola di contingentamento; iv) dell'art. 24 sul diritto di precedenza.

Ciò posto, occorre precisare che nel contratto di somministrazione la legge riconosce all'autonomia collettiva le seguenti ulteriori competenze:

a) stabilire una percentuale di contingentamento diversa da quella prevista in via generale dall'art. 31, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015;

b) prorogare il "*termine inizialmente posto al contratto di lavoro*" (art. 34, secondo comma);

c) stabilire "*modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa*" (art. 34, terzo comma).

La sintetica disamina sin qui svolta consente di affermare che, anche nella materia del contratto di lavoro a tempo determinato, l'autonomia collettiva dovrà tracciare le "coordinate" di quel cambiamento che la legislazione lavoristica più recente mira a realizzare.

Un cambiamento, però, che non dovrebbe muoversi nella direzione dell'irrigidimento del mercato del lavoro, bensì nella direzione della promozione di una flessibilità che sia capace di promuovere lo sviluppo sostenibile del Paese.

Le flessibilità già previste nei contratti collettivi<sup>46</sup>, quindi, dovrebbero essere conservate e, addirittura, incrementate, al fine di promuovere l'attrazione di investimenti e, conseguentemente, di favorire la creazione di nuovi posti di lavoro, nonché al fine di combattere la piaga del lavoro sommerso<sup>47</sup>.

È però ragionevole pensare che la disciplina contenuta nel Decreto Dignità andrà ad impattare su di un sistema di relazioni industriali i cui contratti collettivi contengono discipline per lo più adeguate ai canoni di libertà ammessi dal d.lgs. n. 81 del 2015, sotto molti punti di vista incompatibili con la novella del 2018.

### **3.2. Le collaborazioni organizzate dal committente.**

Il d.lgs. n. 81 del 2015, nel tentativo di reprimere gli abusi nel ricorso al lavoro autonomo come mezzo per “mascherare” rapporti di lavoro sostanzialmente subordinati, ha abrogato la disciplina dettata dal d.lgs. n. 276 del 2003 sul lavoro a progetto ed ha imposto la applicazione della disciplina della subordinazione ai rapporti di collaborazione *“che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”*.

---

<sup>46</sup> Per una analisi dei “*profili di contatto*” tra le norme del decreto dignità e le clausole dei contratti collettivi sottoscritti nel vigore della precedente legislazione, si veda, V. FERRO, M. MENEGOTTO, *L'impatto della contrattazione collettiva*, in *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*, M. MENEGOTTO, F. SEGHEZZI, S. SPATTINI (a cura di), Adapt University Press, n. 73, pp. 159 e ss..

<sup>47</sup> Esistono contratti collettivi che si pongono in tale direzione: si veda, ad esempio, il CCNL Tessile PMI nel quale, al fine di incentivare il “rientro” delle produzioni tessili *made in Italy* temporaneamente allocate all'estero, le parti delegano al livello aziendale l'attivazione di strumenti contrattuali allo scopo di aumentare l'occupazione e la produttività della azienda mediante l'utilizzo di strumenti quali la flessibilità degli orari e del mercato del lavoro.

In questa sede non si approfondirà il significato e la portata della disposizione di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015<sup>48</sup>, ma ci si interrogherà sul contenuto della “delega in bianco” alla contrattazione collettiva ivi contenuta.

L'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, infatti, demanda ai contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale la facoltà di escludere l'applicazione della disciplina sul lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione etero-organizzati dettando una disciplina specifica riguardante il trattamento economico e normativo, “*in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore*”.

Così facendo, il legislatore autorizza la contrattazione collettiva a prevedere rapporti di collaborazione organizzati dal committente che, pur presentando tutte le caratteristiche che giustificherebbero, ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, la applicazione della disciplina della subordinazione, ne vengono sottratti.

Proprio per tale ragione, le esclusioni previste dall'art. 2, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015, hanno sollevato alcune perplessità sotto il profilo del principio della indisponibilità del tipo per il quale “*non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale*

---

<sup>48</sup> La disposizione ha suscitato un ampio dibattito dottrinario soprattutto in relazione alla idoneità dell'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015 di incidere sulla nozione di subordinazione. Cfr, tra i tanti contributi dottrinari sul tema: O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, n. 266; A. PERULLI, *Costanti e varianti in tema di subordinazione*, in *LD*, 2015, 2, pp. 271 e ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, n. 48; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'“autorità del punto di vista giuridico”*, in *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, n. 267/2015; G. ZILIO GRANDI – M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del “Jobs Act”*, Padova, Cedam, 2016.

*natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato*"<sup>49</sup>.

Come detto, tale "competenza qualificatoria"<sup>50</sup> della contrattazione collettiva è soggetta ad un duplice ordine di condizioni.

La prima condizione riguarda i soggetti stipulanti che, in deroga a quanto previsto dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015<sup>51</sup>, sono le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Una condizione, questa, che sconta l'inerzia del legislatore nella definizione di sindacato comparativamente più rappresentativo e che, pertanto, è esposta alle mai sopite incertezze ermeneutiche<sup>52</sup>.

Quanto al secondo ordine di condizioni, invece, la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore ("*discipline specifiche riguardanti il trattamento economico*" e "*particolari esigenze produttive ed organizzative*"), sembrerebbe delineare una "*delega in bianco alla contrattazione collettiva*" tale da abilitare le parti sociali "*a derogare, senza alcun limite sostanziale, al nuovo regime antifraudolento*"<sup>53</sup>.

Va però osservato che, nonostante l'ampiezza della delega, la contrattazione collettiva incontra comunque il limite dell'art. 2094 Cod. Civ., nel senso che non è consentito alle parti sociali di qualificare come

---

<sup>49</sup> Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in Foro it., 1993, I, c. 2432 e ss.; Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 115, in Foro it., 1994, I, c. 2656 e ss..

<sup>50</sup> L. FAILLA, E. CASSANETTI, *La riforma delle collaborazioni e dell'associazione in partecipazione*, in G. Lav., 2015, 9, p. 21.

<sup>51</sup> Si veda, *infra*, par. 9.

<sup>52</sup> Si vedano, in dottrina, tra i tanti: P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in DLRI, 2009, n. 124, 576 ss.; G. PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Tomo I. Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino; P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in Dir. Rel. Ind., 2014, n. 2.

<sup>53</sup> C. SANTORO, *La delega "in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni "etero-organizzate" e prime applicazioni concrete*, in Dir. Rel. Ind., 2015, 4, p. 1167.

autonome, prestazioni lavorative etero-dirette ai sensi della disciplina codicistica<sup>54</sup>.

A questo punto, occorre domandarsi se le generiche previsioni normative appena menzionate possono essere qualificate come vere e proprie condizioni di validità dei contratti, ovvero come mere indicazioni di rinvio a contratti collettivi già in essere.

La dottrina sembra propendere per la seconda soluzione, argomentando nel senso che il legislatore, con quella disposizione, avrebbe voluto dare copertura legale a prassi contrattuali già in vigore<sup>55</sup>.

Venendo ora all'esame dei primi accordi collettivi attuativi dell'art. 2, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015, è possibile menzionare l'“*Accordo di armonizzazione*” nazionale per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative per il settore delle organizzazioni non governative, sottoscritto il 14 settembre 2015.

Tale accordo palesa la “*dimensione derogatoria*”<sup>56</sup> della autonomia collettiva atteso che, diversamente da quanto previsto dall'art. 2, sostituisce ai “*contratti a progetto*” le “*collaborazioni coordinate e continuative*” “*esclusivamente personali*”, omettendo qualsiasi riferimento all'etero – organizzazione delle prestazioni che, come visto, costituisce il tratto caratterizzante delle collaborazioni di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento alla categoria dei collaboratori di *call-center* c.d. *outbound* per i quali

---

<sup>54</sup> In questo senso, si veda, L. FAILLA, E. CASSANETTI, *La riforma delle collaborazioni e dell'associazione in partecipazione*, in G. Lav., 2015, 9, p. 27.

<sup>55</sup> In questo senso, si veda, G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in F. CARINCI, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press, 2015, n. 48.

<sup>56</sup> C. SANTORO, *La delega “in bianco” alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni “etero-organizzate” e prime applicazioni concrete*, cit., p. 1168.

l'“*accordo collettivo [...] stipulato con riferimento al CCNL Telecomunicazioni*” del 30 luglio 2015 ha sostituito il riferimento alle collaborazioni a progetto con quelle continuative ed esclusivamente personali.

Impostata la questione in questi termini, viene anzitutto in rilievo la perdurante mancata attuazione da parte del legislatore delle garanzie minime d'istituto nei rapporti di lavoro personale: una lacuna oggi aggravata dalla cancellazione del lavoro a progetto che tali tutele, seppure in misura minimale, aveva introdotto.

In secondo luogo, deve sottolinearsi che l'art. 2, comma 2, consentendo “*all'autonomia collettiva e al legislatore di «ritrattare» l'attuazione della garanzia minima d'istituto da taluni rapporti di lavoro esclusivamente personale muniti dei tratti tipologici di cui all'art. 2, comma 1*”, rischia di condurre tali rapporti “*nel vuoto delle protezioni*”, soprattutto se si considera che, “*prima dell'avvento dell'art. 2, comma 1, per il tramite del concetto di subordinazione «attenuata» alcuni di questi rapporti sarebbero stati senz'altro ricondotti in via giudiziale all'art. 2094 c.c.*”<sup>57</sup>.

### **3.3. Il lavoro intermittente.**

Ai fini dell'analisi dei rapporti tra legge e contratto collettivo, non può prescindersi neppure dall'esame del contratto di lavoro intermittente.

In questa materia, infatti, l'autonomia collettiva è investita di una “*funzione autorizzatoria*” nel senso che al contratto collettivo è demandata

---

<sup>57</sup> O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, cit., p. 25.

l'individuazione delle esigenze che giustificano l'assunzione di un lavoratore intermittente<sup>58</sup>.

L'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003, rimetteva alla contrattazione collettiva l'individuazione delle esigenze per le quali era ammesso il ricorso alle prestazioni di carattere discontinuo o intermittente; esigenze che di per sé legittimavano la stipulazione del contratto *“sulla base della ricostruzione che respinge l'idea di un immanente (od ontologico) carattere discontinuo o intermittente delle prestazioni”*<sup>59</sup>, per riconoscere che tale carattere costituiva *“un riflesso normativo delle scelte compiute dalla fonte competente, che non un carattere intrinseco dell'attività come tale”*<sup>60</sup>.

Un rinvio, quindi, che, da un lato, legittimava l'autonomia collettiva a dosare l'ampiezza delle esigenze sottese alla assunzione di un lavoratore intermittente e, d'altro lato, implicava la necessità di definire il nesso tra l'oggetto del contratto e la soddisfazione delle esigenze stesse.

Come è stato correttamente osservato, l'ampiezza del rinvio contenuto nell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003, rendeva non censurabili, in sede giudiziaria, il merito delle scelte fatte dall'autonomia collettiva poiché sarebbe stato impossibile *“isolare, sul piano oggettivo, esigenze che siano oggettivamente od ontologicamente soddisfattibili con*

---

<sup>58</sup> I ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., pp. 113 e 114.

<sup>59</sup> S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Gior. Dir. Lav.*, 145, 2015, I, p. 61.

<sup>60</sup> P. BELLOCCHI, *Lavoro intermittente*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2007, p. 518 la quale a sua volta richiama la circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n.4 del 2 febbraio 2005 che ha escluso l'ammissibilità di *“un giudizio caso per caso circa la natura intermittente o discontinua della prestazione essendo questo compito rinviato ex ante alla contrattazione collettiva o, in assenza, al Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali cui spetta il compito di individuare, mediante una elencazione tipologica o per clausole generali, quelle che sono le esigenze che consentono la stipulazione dei contratti di lavoro intermittente”*.

*prestazioni di lavoro intermittente anziché con il ricorso ad altri modelli contrattuali”<sup>61</sup>.*

Si pone in linea con tale modello, la disciplina dettata dagli artt. 13 e ss., d.lgs. n. 81 del 2015 che ha abrogato e sostituito la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 276 del 2003.

I casi in cui è possibile stipulare un contratto di lavoro intermittente è rimesso, in primo luogo, alla contrattazione collettiva e, in secondo luogo, al Ministro del lavoro e delle politiche sociali che, con proprio decreto, ha il compito di individuare i casi in cui è possibile ricorrere al lavoro intermittente<sup>62</sup>.

Appare evidente, quindi, che, anche dopo le modifiche attuate dal d.lgs. n. 81 del 2015<sup>63</sup>, la contrattazione collettiva si vede ancora riconosciuta quella funzione autorizzatoria che, in concreto, consente alle parti sociali di incidere in modo significativo sulla disciplina del rapporto di lavoro intermittente.

### **3.4. L'apprendistato.**

Un discorso ancora diverso deve essere fatto con riferimento al contratto di apprendistato, punto di approdo di un lungo percorso finalizzato a far convivere competenze statali, competenze regionali e competenze attribuite all'autonomia collettiva.

Tale tipologia contrattuale, infatti, ha subito profonde modifiche, più o meno intense, nel corso dei primi decenni del nuovo millennio.

---

<sup>61</sup> S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, cit., p. 63.

<sup>62</sup> A tali ipotesi, si aggiungono quelle previste dal secondo comma dell'art. 13, d.lgs. n. 81 del 2015 il quale dispone espressamente che il contratto di lavoro intermittente “*può in ogni caso essere concluso con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni*”.

<sup>63</sup> Il “decreto dignità” non ha modificato la disciplina contenuta agli artt. 13 – 17, d.lgs. n. 81 del 2015.

La ragione delle continue riforme che hanno interessato il contratto di apprendistato è stata individuata nel fatto che tale tipologia contrattuale “*era, è e sarà la cinghia di trasmissione tra istruzione, formazione e lavoro, a prescindere se prevalga la sua vocazione formativa o quella occupazionale*”<sup>64</sup>.

E così, in un arco temporale di dodici anni, il contratto di apprendistato ha conosciuto tre importanti riforme: la prima riscrittura organica dell’istituto è stata realizzata dal d.lgs. n. 276 del 2003 sino ad arrivare alla disciplina di cui al d.lgs. n. 81 del 2015<sup>65</sup>, passando per il d.lgs. n. 167 del 2011 recante il “*testo unico dell’apprendistato*”.

I profili maggiormente problematici hanno riguardato il riparto di competenze tra fonti statuali e fonti regionali<sup>66</sup>.

Con riferimento ai rapporti tra legge e contratto collettivo, però, il percorso volto a far convivere le diverse fonti può dirsi concluso con l’attribuzione all’autonomia collettiva di un importante ruolo di regolazione della materia.

In particolare, il d.lgs. n. 81 del 2015 prevede, rispetto al passato, un diverso riparto di competenze tra legge e contratto collettivo atteso che alcuni aspetti della disciplina dell’apprendistato prima affidati alla contrattazione collettiva, sono oggi transitati nella competenza del legislatore.

---

<sup>64</sup> D. GAROFALO, *L’apprendistato nel decreto legislativo n. 81 del 2015*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, F. CARINCI (a cura di), Adapt University Press 2015, n. 48.

<sup>65</sup> Per una ricostruzione organica dell’istituto e delle evoluzioni normative che lo hanno interessato, si vedano, tra i tanti, S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013.

<sup>66</sup> In particolare, i confini della competenza statale e di quella regionale sono rimasti per molto tempo incerti, tanto da richiedere l’intervento della giurisprudenza della Corte Costituzionale. A titolo esemplificativo, si vedano: Corte Cost., 7 dicembre 2006, n. 406 e Corte Cost., 6 febbraio 2007, n. 24, in RIDL, 2007, II, p. 555, con note di A. ALAIMO e B. CARUSO.

Ci si riferisce, anzitutto, alla previsione dell'obbligo della forma scritta, sia pure *ad probationem*, del contratto il quale deve prevedere, “*almeno in forma sintetica*”, il Piano Formativo Individuale (art. 42, comma 1).

La durata del contratto, per espressa previsione legislativa, non può avere una durata inferiore a sei mesi, salva la possibilità, nelle tipologie di apprendistato *sub a) e sub b)*<sup>67</sup>, di specifiche disposizioni collettive in relazione allo svolgimento di attività stagionali (artt. 42, comma 2, 43, comma 8 e 44, comma 5).

Tra i profili attratti nella competenza del legislatore v'è anche quello relativo alla disdettabilità del contratto al termine del periodo formativo, non registrandosi sul punto alcuna novità rispetto alla disciplina previgente.

E così, durante il periodo di apprendistato, trova applicazione la disciplina che limita il potere di recesso del datore di lavoro, sanzionandone il suo illegittimo esercizio.

La restante disciplina del contratto di apprendistato continua ad essere rimessa ad accordi interconfederali ovvero a contratti collettivi (esclusivamente) nazionali di lavoro stipulati (non più da ma) dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>68</sup>, nel rispetto dei seguenti principi: “*a) divieto di retribuzione a cottimo; b) possibilità di inquadrare il lavoratore fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono*

---

<sup>67</sup> Ai sensi di quanto previsto dall'art. 41, d.lgs. n. 81 del 2018, il contratto di apprendistato si articola nelle seguenti tipologie: “*a) apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore; b) apprendistato professionalizzante; c) apprendistato di alta formazione e ricerca*”.

<sup>68</sup> Il d.lgs. n. 81 del 2015 specifica il livello di contrattazione collettiva di riferimento, non operando in questo caso la clausola generale di rinvio, contenuta nell'art. 51 dello stesso decreto. Cfr., *infra*, par. 9.

*qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto, o, in alternativa, di stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale e proporzionata all'anzianità di servizio; c) presenza di un tutore o referente aziendale; d) possibilità di finanziare i percorsi formativi aziendali degli apprendisti per il tramite dei fondi paritetici interprofessionali di cui all'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e all'articolo 12 del decreto legislativo n. 276”.*

#### **4. Il nuovo articolo 2103 Cod. Civ..**

Il d.lgs. n. 81 del 2015, oltre che sulla riforma delle singole fattispecie contrattuali è intervenuto in modo radicale sulla disciplina delle mansioni e dello *ius variandi* di cui all’art. 2103 Cod. Civ..

Un intervento legislativo, questo, volto ad introdurre nell’ordinamento “*misure di allentamento dei vincoli di gestione della forza lavoro, con una flessibilità non solo “in ingresso”, o “in uscita”, ma pure “durante” il rapporto di lavoro*”<sup>69</sup>.

E ciò, sempre al fine di attuare gli obiettivi dichiarati dalla legge delega (legge n. 183 del 2014) di rendere i contratti di lavoro “*maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo*”.

Basti pensare, esemplificativamente, a come sia sempre più frequente il verificarsi di mutamenti tecnologici che determinano la scomparsa dei mestieri più tradizionali, ovvero a come nella vita professionale del dipendente, possano verificarsi eventi che non rendono

---

<sup>69</sup> M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt E Book, n. 48/2015, p. 30.

possibile l'esecuzione delle prestazioni lavorative assegnategli al momento dell'assunzione<sup>70</sup>.

In questo contesto, l'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015, modificando la “*disciplina delle mansioni*”, dimostra di recepire, comprendere e tentare di dare soluzione alle problematiche connesse alla professionalità del prestatore di lavoro che, essendo, come visto, in continua trasformazione, “*costituisce una zona altamente sismica alla ricerca di un nuovo assestamento e di una ricomposizione delle identità del lavoro*”<sup>71</sup>.

Il nuovo testo dell'art. 2103 Cod. Civ., quindi, da un alto, ridisegna i confini entro i quali il datore di lavoro può esercitare lo *ius variandi*, dall'altro lato, attenua il carattere di inderogabilità della disciplina sulle mansioni<sup>72</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, può osservarsi che l'attenuazione del carattere della inderogabilità della disciplina di cui all'art. 2103 Cod. Civ. realizza il “*riconoscimento all'autonoma collettiva e all'autonomia individuale della capacità di fronteggiare, sia pure entro certi limiti e nel rispetto di adeguate garanzie, la forza contrattuale, tipicamente maggiore, del datore di lavoro*”<sup>73</sup>.

Tuttavia, una parte della dottrina ha osservato che la modifica dell'art. 2103 Cod. Civ., realizzando una classificazione “*di natura*

---

<sup>70</sup> G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2018, p. 191; per una approfondita analisi dei cambiamenti che interessano le professionalità e i “mestieri”, si veda, F. SEGHEZZI, *Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione. Appunti per una ricerca*, in *Adapt University Pres*, n. 169/2015.

<sup>71</sup> M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni, cit.*, p. 31.

<sup>72</sup> La modifica dell'art. 2103 Cod. Civ. ha suscitato un vivace dibattito dottrinario. Cfr., tra i tanti: C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, Giappichelli, 2015; A. VALLEBONA, *Dubbi di costituzionalità per la disciplina del mutamento di mansioni*, in *MGL*, 2016, 6; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità e tutela del lavoratore*, C. CESTER, *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 2016, p. 167; E. GRAGNOLI, *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*; in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2016, 4; M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, *Lav. Giur.*, 2015, p. 437.

<sup>73</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo, cit.*, p. 50.

*eminentemente a-professionale, di mansioni e qualifiche da parte dell'autonomia collettiva”, determinerebbe l’ampliamento “dell’area del debito e dei contenuti dell’obbligazione a carico del prestatore di lavoro, in virtù della sua possibile assegnazione a mansioni anche affatto diverse e professionalmente eterogenee, con il solo [...] vincolo del loro rientrare nello stesso livello e categoria legale”<sup>74</sup>.*

A questo punto, è necessario focalizzare l’attenzione sulla esegesi del nuovo articolo 2103 Cod. Civ., al fine di cogliere, in coerenza con le finalità del presente lavoro, i rinvii fatti da tale norma alla contrattazione collettiva e di esaminarne il ruolo e la funzione attribuito dalla legge alla autonomia collettiva.

E così, va subito detto che il nuovo articolo 2103 Cod. Civ. dispone che il potere di modifica *in peius*, da parte del datore di lavoro, delle mansioni assegnate al prestatore di lavoro al momento della sua assunzione, può essere esercitato “*in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali*” (secondo comma), ovvero nelle “*ulteriori ipotesi [...] previste dei contratti collettivi*” (quarto comma).

Il legislatore, utilizzando una tecnica normativa simile a quella già adottata con la legge n. 56 del 1987<sup>75</sup>, ha delegato all’autonomia collettiva il compito di individuare ulteriori ipotesi legittimanti l’esercizio unilaterale del potere di demansionamento, senza peraltro specificare in modo espresso i limiti ed i vincoli ai quali le parti sociali dovrebbero sottostare.

Sul punto, si sono formati due orientamenti dottrinari contrapposti.

---

<sup>74</sup> E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S.*, Napoli, 16-17 giugno 2016, pp. 103 e 104.

<sup>75</sup> Si veda, in particolare, l’art. 23, legge n. 56 del 1987 che, come visto (cfr. par. 3.1. che precede), aveva attribuito alla autonomia collettiva il potere di introdurre nuove causali legittimanti la assunzione a termine (diverse ed ulteriori rispetto a quelle già previste dalla legge).

Da un lato, vi è l'orientamento sostenuto da quanti ritengono che il quarto comma dell'art. 2103 Cod. Civ. “*non è ancorato ad alcun presupposto causale: quindi è ammessa qualsiasi ipotesi aggiuntiva*”<sup>76</sup>; dall'altro lato, c'è chi ritiene che deve escludersi che tale disposizione sia il mezzo per individuare “*ipotesi di demansionamento in via indiscriminatamente additiva*”<sup>77</sup>.

La prima interpretazione è quella più aderente alla lettera della disposizione e più fedele alla legge n. 183 del 2014, la quale, pur imponendo parametri oggettivi di individuazione delle fattispecie di demansionamento, faceva salve altre ipotesi di demansionamento previste dalla contrattazione collettiva, senza prevedere, in tal caso, limiti o condizioni.

Ciò nonostante, si ritiene di condividere l'interpretazione dottrina secondo la quale un limite che la contrattazione collettiva deve incontrare è certamente rappresentato dal carattere meramente transitorio<sup>78</sup> del demansionamento unilaterale in quanto, avendo il legislatore fatto salvi l'inquadramento e la retribuzione precedentemente spettanti al prestatore di lavoro, ha implicitamente imposto una alterazione della struttura funzionale del contratto ed uno “*scollamento*”<sup>79</sup> tra forma e sostanza che devono essere risanati quanto prima.

Il secondo ambito nel quale l'ordinamento riconosce all'autonomia collettiva una facoltà di intervento è quello della adibizione a mansioni superiori.

---

<sup>76</sup> R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 262/2015, p. 9.

<sup>77</sup> E. BALLETTI, *op. cit.*, p. 30.

<sup>78</sup> V. FERRANTE, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore* (art. 3, d.lgs. 81/2015) in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI, (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. n. 81/2015, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 42.

<sup>79</sup> *Ivi*, p. 31

In questo caso, al contratto collettivo è attribuito il potere di stabilire la durata del periodo durante il quale il lavoratore deve aver svolto mansioni superiori per poter maturare il diritto alla c.d. promozione automatica<sup>80</sup>.

Così facendo, il legislatore delegato ha certamente “*novellato il ruolo della fonte privilegiata di individuazione del periodo di tempo utile ai fini dell’inquadramento superiore*”, dettando una disciplina “*imperniata sull’autonomia collettiva*”<sup>81</sup>.

Peraltro, con il nuovo articolo 2103 Cod. Civ., i contratti collettivi sono completamente liberi nella quantificazione temporale del periodo trascorso il quale l’assegnazione del lavoratore a mansioni superiori “*diviene definitiva*”.

Il nuovo art. 2103 Cod. Civ., infatti, non prevede più il “tetto” massimo di adibizione a mansioni superiori che, nella precedente formulazione dell’art. 2103 Cod. Civ., era fissato in tre mesi<sup>82</sup>.

Pertanto, il ruolo della fonte statale è oggi meramente “*residuale o suppletivo*”<sup>83</sup> poiché destinato ad intervenire soltanto in mancanza di contratti collettivi che fissino la durata massima del periodo trascorso il quale il lavoratore ha diritto alla c.d. promozione automatica.

---

<sup>80</sup> L’art. 2103, settimo comma, Cod. Civ., dispone espressamente che “*nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta, e l’assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi*”.

<sup>81</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>82</sup> L’art. 3, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015 ha, inoltre, abrogato l’art. 6, legge n. 190 del 1985 che, con riferimento alla categoria dei quadri, disponeva che “*l’assegnazione del lavoratore alle mansioni superiori di cui all’art. 2 della presente legge ovvero a mansioni dirigenziali, che non sia avvenuta in sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, diviene definitiva quando si sia protratta per il periodo di tre mesi o per quello superiore fissato dai contratti collettivi*”.

<sup>83</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, p. 81.

La novella, però, ha raddoppiato il termine di “tolleranza” legale dello svolgimento di fatto di mansioni superiori, affidando alla contrattazione collettiva la facoltà e la responsabilità, avendo riguardo alla specificità dell’azienda ovvero del settore merceologico di riferimento, di individuare il periodo necessario per acquisire il diritto alla assegnazione definitiva a mansioni superiori.

Inoltre, l’inciso finale del settimo comma dell’art. 2103 Cod. Civ., chiarisce che i mesi per l’assegnazione definitiva a mansioni superiori devono essere “*continuativi*”.

L’interpretazione letterale di tale inciso, suggerirebbe che il carattere continuativo dell’adibizione a mansioni superiori dovrebbe essere considerato riferito soltanto ai sei mesi indicati dal legislatore.

Ciò posto, occorre però rilevare che la giurisprudenza formatasi nel vigore del “vecchio” art. 2103 Cod. Civ. aveva affermato il principio secondo cui “*la assegnazione ad un lavoratore, più volte ed in tempi diversi, in ipotesi di assegnazioni che non raggiungano un minimo fissato dalla legge, di mansioni superiori [...] non implica, di per sé, una presunzione di preordinazione utilitaristica, salvo prova contraria, e costituisce anzi una presunzione che la condotta del datore di lavoro sia determinata da una esigenza organizzativa reale, idonea, in quanto tale, a mantenere l’effetto interruttivo della revoca dell’assegnazione alle mansioni superiori*”<sup>84</sup>.

È stato, però, correttamente sostenuto che la novella del 2015 potrebbe influenzare un’eggesi più rigorosa del criterio della continuità, soprattutto in ragione del significativo aumento del periodo legale utile al

---

<sup>84</sup> Cass. SS. UU., 28 gennaio 1995, n. 1023, in Giur. It., 1996, I, 1, 142.

fine di acquisire il diritto alla promozione automatica e, con esso, l'aumento del pericolo di abusi da parte del datore di lavoro<sup>85</sup>.

#### 4.1. Il superamento dell'equivalenza.

Le disposizioni appena esaminate, però, non esauriscono le possibilità di intervento della contrattazione collettiva.

Il primo comma dell'art. 2103 Cod. Civ., pur non facendo riferimento in modo esplicito alla contrattazione collettiva, è quello che le attribuisce maggiori spazi di intervento.

Tra le principali novità apportate dall'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015 all'art. 2103 Cod. Civ., va certamente annoverato il superamento del concetto di equivalenza quale limite posto all'esercizio dello *ius variandi*.

Se, infatti, l'art. 13, legge n. 300 del 1970 aveva previsto che “*il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza diminuzione della retribuzione*”, il nuovo art. 2103 Cod. Civ. ammette la adibizione del lavoratore a “*mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento della mansione di provenienza*”.

Accantonato il criterio dell'equivalenza, il “*sistema degli inquadramenti diviene, così, il fulcro attorno al quale ruota l'applicazione delle regole dettate dall'art. 2103 Cod. Civ.*”<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> U. GARGIULO, *Lo “ius variandi” nel nuovo art. 2103, c.c.*, WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT., n. 268/2015, p. 16. In particolare, l’Autore sostiene che sarebbe auspicabile un “*irrigidimento interpretativo: il giudice dovrebbe dichiarare, ad esempio, la promozione automatica anche nel caso di assegnazioni di poco inferiori a sei mesi, disposte a breve distanza l’una dall’altra per la copertura della medesima posizione lavorativa*”.

<sup>86</sup> I ALVINO, *op. cit.*, p. 55.

Tale sistema, infatti, traccia i confini per l'esercizio *dello ius variandi*, tanto in senso orizzontale, quanto in senso verticale.

Appare doveroso interrogarsi sul ruolo che il contratto collettivo riveste nell'applicazione dell'art 2103 Cod. Civ. atteso che è proprio il contratto collettivo la sede naturale di definizione degli inquadramenti.

Il rinvio al contratto collettivo contenuto nella norma in commento costituisce il mezzo con il quale viene garantito, da un lato, che l'esercizio dello *ius variandi* sia sottratto alla discrezionalità del datore di lavoro e, dall'altro lato, che il lavoratore sia portato a conoscenza della prestazione che sarà chiamato a svolgere.

Ciò in quanto, il rinvio al livello di inquadramento rende la contrattazione collettiva il "mezzo" per individuare la latitudine del cambiamento professionale esigibile per effetto del potere unilaterale del datore di lavoro.

La decisività del ruolo dell'autonomia collettiva, peraltro, non cambia neppure avendo riguardo al riferimento, contenuto nello stesso primo comma dell'art. 2103 Cod. Civ., alla categoria legale di cui all'art. 2095 Cod. Civ..

Come noto, infatti, i requisiti di appartenenza a ciascuna delle quattro categorie legali (dirigenti, quadri, impiegati e operai) sono fissati nei contratti collettivi e risultano addirittura insindacabili in sede giudiziale, sotto il profilo della congruità, se sono tali da non sconvolgere la natura sostanziale delle categorie<sup>87</sup>.

Da questo punto di vista, pertanto, l'indagine giudiziale circa la legittimità del mutamento di mansioni dovrebbe risultare semplificata e confinata all'accertamento oggettivo della riconducibilità, sulla base delle previsioni collettive, delle "nuove" mansioni svolte dal lavoratore al

---

<sup>87</sup> Cfr. Cass. 18 dicembre 1992, n. 13387, in *RIDL*, 1993, II, 768.

medesimo livello e categoria legale di inquadramento delle mansioni di provenienza.

La novella del 2015 ha sollecitato un vivace dibattito dottrinale, finalizzato a valutare se il nuovo art. 2103 Cod. Civ. abbia l'effetto di rendere i sistemi inquadramentali gli unici riferimenti per l'esercizio del potere datoriale di modifica unilaterale della mansioni e per l'accertamento in sede giudiziale della legittimità dell'esercizio dello *ius variandi*<sup>88</sup>.

Sul punto, è stato sostenuto che lo spazio di valutazione del Giudice “viene sostanzialmente annullato, almeno con riferimento alle ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia soggetto all'applicazione di un contratto collettivo” al quale, di fatto, viene attribuito il ruolo di “controllore finale” della legittimità dell'esercizio dello *jus variandi*<sup>89</sup>. Potere che, prima della riforma del 2015, era affidato al Giudice tramite la valvola di chiusura dell'equivalenza.

In conclusione, l'art. 2103 Cod. Civ. instaura fra la legge e autonomia collettiva un rapporto tale per cui la disciplina legale costituisce la cornice di riferimento al cui completamento sono destinate a concorrere le parti sociali, dettando il sistema degli inquadramenti.

La legge, a sua volta, detta una disciplina suppletiva destinata ad operare in tutti i casi in cui il contratto collettivo non abbia regolato la materia ovvero nel caso in cui il rapporto di lavoro rientri tra quelli per i quali non è prevista l'applicazione di alcun contratto collettivo<sup>90</sup>.

Cambia, dunque, il bene tutelato dal legislatore: dalla professionalità “acquisita” (secondo l'interpretazione prevalente) della

---

<sup>88</sup> C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 337; U. GARGIULO, *Lo “jus variandi” nel nuovo art. 2103, c.c., cit.*

<sup>89</sup> I ALVINO, *op. cit.*, pp. 62 e 63.

<sup>90</sup> I ALVINO, *op. cit.*, p. 68.

persona che lavora alla professionalità “classificata” in un determinato contesto organizzativo aziendale; cambia l’ottica di riferimento: da quella individuale e lineare a quella collettiva e multipla.

In altre parole, la riforma del 2015 tutela la professionalità *contrattuale* calata nell’alveo dell’organizzazione aziendale e del mercato di riferimento<sup>91</sup>.

#### **4.2. L’obbligo formativo.**

Infine, la riforma del 2015 completa la disciplina sul mutamento di mansioni, con la previsione di un obbligo formativo posto a carico del datore di lavoro che eserciti lo *ius variandi*.

In particolare, il terzo comma dell’art. 2103 Cod. Civ. prevede, come “*opportuno e naturale contrappeso al sacrificio della professionalità e alla dilatazione delle mansioni esigibili, un obbligo formativo che accompagna genericamente il mutamento di mansioni*”<sup>92</sup>.

L’obbligo formativo, però, è previsto soltanto “*ove necessario*”, con la conseguenza che è ragionevole pensare che la formazione dovrà essere impartita nei confronti di tutti quei lavoratori per i quali il datore di lavoro modifichi in modo sostanziale le mansioni di provenienza, al fine di garantire la acquisizione di tutte le competenze necessarie per lo svolgimento delle “nuove” attività.

Tuttavia, tale disposizione ha suscitato dubbi e perplessità.

Ed infatti, il legislatore non ha chiarito:

a) chi è il soggetto gravato dell’obbligo formativo;

b) qual è la sanzione applicabile nel caso in cui il predetto obbligo rimanga inadempito.

---

<sup>91</sup> Così, M. BROLLO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>92</sup> *Ivi*, p. 85.

E così, quanto al primo profilo, sebbene vi sia autorevole dottrina che abbia sostenuto che l'obbligo formativo debba intendersi riferito al lavoratore<sup>93</sup>, a parere di chi scrive, non può dubitarsi che si tratti di un obbligo gravante sul soggetto che disponga unilateralmente il mutamento delle mansioni del prestatore di lavoro.

Sotto il secondo profilo, invece, deve rilevarsi che, per espressa previsione legislativa, l'inadempimento dell'obbligo formativo *“non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni”*.

In quest'ottica, tuttavia, la mancanza di formazione rende non imputabile al dipendente la sua eventuale inadeguatezza al nuovo ruolo, per cui, ad esempio, il lavoratore non sarà passibile di sanzioni disciplinari per gli errori commessi nello svolgimento della nuova attività lavorativa se questi sono imputabili alla mancanza delle conoscenze necessarie a causa dell'assenza di un adeguato periodo di formazione<sup>94</sup>.

In questo senso, l'obbligo formativo costituisce un vero e proprio contrappeso alla libertà riconosciuta all'autonomia collettiva di determinare tutte le possibili mansioni alle quali il lavoratore potrebbe essere adibito nel corso della propria vita lavorativa.

In conclusione, con la riscrittura dell'art. 2103 Cod. Civ. il legislatore sembra aver scommesso *“su una flessibilità “organizzativa” del rapporto di lavoro, ricercando un nuovo punto di equilibrio, secondo la nota c.d. tecnica del bilanciamento fra gli spazi di libertà e le garanzie di sicurezza, cioè tra le esigenze di efficienza delle imprese e la tutela dei diritti delle persone”*<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Così, F. LISO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>94</sup> Così U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, cit., 10 e 11 del dattiloscritto.

<sup>95</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, p. 39.

E ha fatto ciò ricorrendo alla contrattazione collettiva quale elemento “*imprescindibile*” del rapporto di lavoro<sup>96</sup> e quale strumento indispensabile per la sua disciplina.

### **5. Legge, autonomia collettiva e controlli a distanza.**

Fra le materie devolute alla contrattazione collettiva all'interno della riforma attuativa della legge delega n 183 del 2014, rientra anche quella volta a limitare l'impiego, da parte del datore di lavoro, di strumenti idonei a effettuare controlli a distanza sulla attività lavorativa<sup>97</sup>.

Ai fini del presente lavoro, ci si soffermerà sul ruolo che la novella, introdotta dal d.lgs. n. 151 del 2015, ha attribuito all'autonomia collettiva.

E così, va rilevato che l'intervento riformatore ha attribuito alla contrattazione collettiva analoghe funzioni a quelle già conferite dalla “vecchia” formulazione dell'art. 4, legge n. 300 del 1970.

La nuova norma, infatti, prevede che “*gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori [...] possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle*

---

<sup>96</sup> Corte Cost., sentenza del 23 luglio 2015, n. 178.

<sup>97</sup> Per una ricostruzione della riforma dell'art. 4, legge n. 300 del 1970, si vedano, tra i tanti: M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporti di lavoro e l'“impatto” della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in RIDL, 2016, I, 547; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in RIDL, 2016, I, 77.; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in ADL, 2016, 484; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in ADL, 2015, 1186.

*rappresentanze sindacali aziendali*”<sup>98</sup>, in mancanza del quale è possibile richiedere un’ autorizzazione amministrativa.

In dottrina è stato già affermato che, argomentando dal tenore letterale del nuovo articolo 4 (il quale prevede che l’ autorizzazione amministrativa possa essere richiesta “*in mancanza di accordo*”<sup>99</sup>), il legislatore ha posto “*in capo al datore di lavoro un obbligo a trattare con le rappresentanze aziendali, la cui violazione è presidiata dall’ art. 28, legge n. 300/1970, ed il cui fallimento è condizione per poter inoltrare la richiesta di autorizzazione in via amministrativa*”<sup>100</sup>.

La disposizione precisa, poi, che l’ accordo sindacale abilitato ad autorizzare l’ installazione delle apparecchiature di controllo, è quello stipulato con la rappresentanza sindacale unitaria ovvero con le rappresentanze sindacali aziendali<sup>101</sup>.

Il nuovo art. 4, introduce, inoltre, una regola specifica per l’ ipotesi in cui chi voglia installare uno strumento di controllo, abbia unità produttive “*ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni*”.

In questo caso, infatti, il legislatore della riforma ha chiarito che l’ installazione può essere autorizzata tramite la stipulazione di un contratto collettivo con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Tale accordo, non potrà essere sostituito dal consenso alla installazione espresso individualmente dai lavoratori impiegati nell’ unità produttiva (cfr., di recente, Cass. pen., sez. III, 31 gennaio 2017, n. 22148).

<sup>99</sup> L’ originaria formulazione dell’ art. 4, legge n. 300 del 1970, utilizzava la locuzione “*in difetto di accordo*”.

<sup>100</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>101</sup> La nuova disposizione non contempla più le commissioni interne fra i soggetti abilitati ad attuare la delega legislativa.

<sup>102</sup> Sul tema si veda, P. PASSALACQUA, *I controlli preterintenzionali: la procedura*, in A. LEVI (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza*, Milano, Giuffré, 2016, pp. 75 e ss..

Ciò posto, merita di essere evidenziato il ruolo che il Regolamento 679/2016/UE – che ha riformato la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali – attribuisce all'autonomia collettiva<sup>103</sup>.

L'art. 88 del citato Regolamento, infatti, ha previsto, proprio a proposito di fonti, che gli Stati membri devono prevedere, con legge o contratti collettivi, entro la cornice dettata dal Regolamento, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Il legislatore europeo ha, dunque, rinviato alle fonti legislative nazionali e a quelle di derivazione contrattuale il compito di disciplinare la materia della protezione dei dati personali nel settore del lavoro in conformità alla nuova disciplina europea, evitando di intervenire direttamente.

Al riguardo è, in prima battuta, possibile rilevare la *“disonomia tra la esclusione del ruolo della contrattazione collettiva per gli strumenti digitali e informatici del lavoro, operata dal legislatore italiano nel riformare l'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, e la valorizzazione invece, da parte del Regolamento Europeo, del contratto collettivo come fonte di regolazione della protezione dei dati personali dei lavoratori – tra l'altro proprio – tra gli ambiti menzionati – in materia di disciplina dei «sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro»”*<sup>104</sup>.

In secondo luogo, va rilevato che, come è facilmente prevedibile, la facoltà riconosciuta dall'art. 88 del GDPR alla contrattazione collettiva non sarà, in concreto, facilmente esercitabile in conseguenza della limitata

---

<sup>103</sup> Il riferimento è all'art. 88, rubricato *“trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro”*.

<sup>104</sup> A. TROISI, *Controlli a distanza e protezione dei dati dei lavoratori: legge, contratto collettivo e codice di deontologia (relazione alle giornate di studio Aidlass del 16-17 giugno 2016 - Napoli)*, in: AA. VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 385.

efficacia soggettiva attribuita ai contratti collettivi nel nostro ordinamento<sup>105</sup>.

## **6. Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva.**

L'art. 18, legge n. 81 del 2017 qualifica il lavoro agile come una *“modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa”*.

Tale disposizione specifica, inoltre, che *“la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”*.

Il lavoro agile, quindi, lungi dall'essere un nuovo tipo di contratto di lavoro è, per espressa previsione legislativa, soltanto una sua modalità di esecuzione che le parti possono stabilire mediante accordo individuale<sup>106</sup>.

Ai fini del presente lavoro, non è necessario ricostruire nel dettaglio la disciplina di cui agli artt. 18 e ss., legge n. 81 del 2017<sup>107</sup>.

È però opportuno descrivere, sia pur brevemente, le caratteristiche dello *smart working*, al fine di meglio comprendere le problematiche

---

<sup>105</sup> Sull'impatto del GDPR sulla disciplina dei controlli a distanza, si veda, G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporti di lavoro e l'“impatto” della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit..

<sup>106</sup> G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 207.

<sup>107</sup> Per una analisi dettagliata della disciplina sul lavoro agile di cui alla legge n. 81 del 2017, si veda, G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, pp. 177 – 193.

connesse alle interferenze ed interazioni tra legge e contratto collettivo anche in questa materia.

Anzitutto, va precisato che l'accordo individuale che può essere concluso sia al momento della instaurazione del rapporto di lavoro, sia nel corso del suo svolgimento, deve essere stipulato per iscritto “*ai fini della regolarità amministrativa e della prova*” (art. 19, primo comma) e deve essere comunicato ai servizi pubblici competenti (art. 24, primo comma, che specifica che tale comunicazione dovrà riguardare ogni eventuale successiva modifica dell'accordo individuale).

Ciò che caratterizza il lavoro agile è, come detto, l'assenza di “*precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*”.

Per quanto riguarda l'orario, infatti, le parti sono tenute ad osservare i soli limiti di durata massima giornaliera e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva; per quanto riguarda il luogo di lavoro, invece, la prestazione è svolta “*in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa*” (cfr. art. 18).

Il luogo di lavoro, quindi, può essere scelto dal lavoratore che lo può “*liberamente modificare nel tempo*”, senza che vi sia necessariamente coincidenza con il suo domicilio<sup>108</sup>.

L'elemento essenziale del lavoro agile è, dunque, l'accordo tra le parti, al quale è rimessa dalla legge la regolamentazione di tutti i profili del rapporto di lavoro legati alle peculiarità della modalità di esecuzione della prestazione lavorativa “agile” non espressamente disciplinati dalla legge<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 207.

<sup>109</sup> Il legislatore, infatti, detta una disciplina speciale e rinvia, per il resto, all'accordo individuale. Le disposizioni speciali prevedono: la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici eventualmente a disposizione del lavoratore per lo svolgimento delle sue attività (art 18, secondo comma); il diritto del lavoratore ad un trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, non inferiore a quello complessivamente applicato ai lavoratori che, con le stesse

In particolare, le parti possono disciplinare l'esecuzione della prestazione prevedendo “*forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*”, nonché prevedendo l'utilizzo di strumenti tecnologici, qualora ciò sia “*possibile*”<sup>110</sup>.

Inoltre, l'accordo individuale può disciplinare “*l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300*”, nonché le condotte, connesse con l'esecuzione dell'attività lavorativa al di fuori dei locali aziendali, che possono acquisire una rilevanza disciplinare (art. 21).

Affrontati, sia pur brevemente, gli aspetti definitivi, va ora affrontata la questione relativa alle interazioni tra legge e contratti collettivi nella disciplina della fattispecie in esame.

Va subito detto che l'autonomia collettiva ha di molto anticipato l'intervento del legislatore, regolando in specifici accordi forme di lavoro agile<sup>111</sup> ed individuando una serie di caratteristiche e di requisiti che sono stati poi “*ricalcati*” dalla legge n. 81 del 2017.

Così facendo, le parti sociali, al fine di garantire la promozione di forme di conciliazione vita-lavoro, avevano intrapreso un percorso di regolazione del lavoro agile che ha trovato in buona parte riscontro nella traduzione normativa.

---

mansioni, svolgono la propria attività lavorativa soltanto all'interno dell'aziende (art. 20, primo comma); l'obbligo del datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore (art. 22); il diritto del lavoratore alla tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, compreso l'infortunio *in itinere* (art. 23).

<sup>110</sup> A ben vedere, però, l'uso di strumenti tecnologici avrebbe dovuto essere qualificato come “necessario”, poiché la diffusione del lavoro agile è strettamente legata alla diffusione di tutte quelle tecnologie che consentono, in concreto, di prescindere dalla presenza fisica del lavoratore in azienda.

<sup>111</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, C.C.N.L. Agrindustria del 23 marzo 2016; C.C.N.L. Federcolture del 12 maggio 2016; Accordo Findomestic del 6 giugno 2017.

In particolare, la contrattazione collettiva ha iniziato a interessarsi del lavoro agile prevedendo *“forme flessibili e semplificate di lavoro da remoto [...] liberamente pattuite nell’ambito della disciplina contrattuale (collettiva e individuale) del rapporto di lavoro, a prescindere da una espressa previsione normativa”*<sup>112</sup>.

Gli accordi aziendali in materia di lavoro agile *“offrono non pochi spunti interpretativi ai fini di una corretta e completa ricostruzione della fattispecie [...] nella dimensione giuridica di regolazione dei rapporti individuali di lavoro offerta (anche) dall’ordinamento intersindacale e segnatamente dai prodotti della autonomia collettiva”*<sup>113</sup>.

Nonostante il lavoro agile fosse disciplinato, prima ancora che dalla legge, dalla contrattazione collettiva, il legislatore del 2017 ha fatto rinvio alla contrattazione collettiva soltanto quale parametro di riferimento per garantire agli *smart workers* *“un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione di contratti collettivi di cui all’art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all’interno dell’azienda”*<sup>114</sup>.

Ad avviso di chi scrive, però, la assenza di un esplicito riferimento alla contrattazione collettiva, quale fonte di disciplina del rapporto di lavoro agile, non può certo dirsi esclusa.

Al contrario, è facile ipotizzare un intervento dei contratti collettivi, volto ad adeguare la disciplina legislativa alle esigenze delle singole imprese.

---

<sup>112</sup> Camera dei deputati – Servizio Studi, *Disposizioni per la promozione dello smart working - A.C. 2014*, Dossier n. 364 - Schede di lettura 3 novembre 2015.

<sup>113</sup> M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT – 335/2017, p. 5.

<sup>114</sup> Sulla portata e sul significato del rinvio fatto dall’art. 20, legge n. 81 del 2017, ai contratti collettivi di cui all’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, si veda, *infra*, par. 9.

Pur nei limiti previsti dalla legge, e fatto salvo il necessario consenso del lavoratore, infatti, i contratti collettivi possono svolgere un ruolo “nevralgico” nella predeterminazione dei contenuti del patto individuale (cfr. art. 18) e specificare alcuni aspetti della modalità di esecuzione della prestazione lavorativa definiti in modo generico dalla legge.

Si pensi, ad esempio, all’orario di lavoro e, più in particolare, alla esatta determinazione della prestazione che dovrà essere resa “*nei locali aziendali*” e di quella che potrà essere eseguita “*all’esterno*”.

E ciò, nell’ottica di garantire il migliore bilanciamento tra le esigenze datoriali e quelle del lavoratore subordinato al fine di assicurare una efficace promozione delle forme di conciliazione vita – lavoro e al fine di evitare che l’accordo individuale sia eccessivamente sbilanciato nei confronti del contraente debole.

Un ulteriore argomento a sostegno di questa tesi può essere rinvenuto nell’art. 20, comma 2, legge n. 81 del 2017 che fa esplicito riferimento al “*lavoratore impiegato in forme di lavoro agile ai sensi del presente capo*”.

Così facendo, il legislatore sembrerebbe aver implicitamente ammesso che esistono anche forme di lavoro agile diverse da quelle disciplinate dagli artt. 18 e ss., legge n. 81 del 2017.

Proprio muovendo dalla interpretazione letterale dell’art. 20, comma 2, è stato sostenuto che:

a) forme di lavoro agile diverse da quelle previste dal legislatore, “*non possono essere considerate illegittime per violazione della legge n. 81/2017: la loro eventuale illegittimità deve essere valutata alla luce delle norme generali di legge e delle eventuali clausole dei contratti collettivi applicabili ai rapporti di lavoro interessati*”;

b) le “eventuali forme di lavoro agile pre-esistenti all’entrata in vigore delle nuove disposizioni e non in contrasto con altre norme di legge” ovvero con “*clausole dei contratti collettivi potranno continuare ad essere praticate: l’unica conseguenza della loro non conformità al modello incentivato sarà il mancato godimento degli incentivi che la legge n. 81/2017 riconosce*”<sup>115</sup>.

#### **7. L’art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015: il “fulcro” del sistema dei rinvii.**

L’articolo 51, d.lgs. n. 81 del 2015 rubricato “*Norme di rinvio ai contratti collettivi*”, dispone: “*salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*”.

Tale norma, quindi, seleziona la fonte collettiva abilitata ad attuare le deleghe di legge in favore della autonomia collettiva alla quale il legislatore del 2015 devolve, come visto, competenze modificative ovvero integrative di norme che altrimenti sarebbero inderogabili.

È stato osservato come la tecnica utilizzata dal legislatore delegato del 2015 sia a tal punto originale ed “inedita” da aver reso possibile la costruzione di un “*micro – sistema che potrebbe divenire un modello per*

---

<sup>115</sup> D. MEZZACAPO, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 6/2017, pp. 127 e 128.

*la costruzione, anche nella legislazione successiva, del rapporto fra legge e contrattazione collettiva*<sup>116</sup>.

E che l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 sia destinato ad acquisire nel tempo una *“funzione sistematica”*<sup>117</sup>, risulta evidente laddove si consideri che il criterio previsto dalla disposizione in esame è richiamato dalla maggior parte dei provvedimenti normativi successivi alla sua entrata in vigore.

Ed infatti:

a) l'art. 1, comma 187, legge n. 208 del 2015 (legge di bilancio 2016) che mira ad utilizzare la leva fiscale come mezzo per favorire il ricorso a forme di retribuzione variabile e l'adozione di piani di *welfare* aziendale, rinvia all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 per la individuazione dei contratti aziendali che possono stabilire le condizioni di accesso ai benefici fiscali e previdenziali stabiliti dai commi da 182 a 191 della medesima legge;

b) l'art. 20, legge n. 81 del 2017 che, come visto, in materia di *smart working*, dispone che *“il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81/2015, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”*<sup>118</sup>;

---

<sup>116</sup> I. ALVINO, *Il micro.sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra livelli della contrattazione collettiva*, in RIDL, 2016, 4, p. 656.

<sup>117</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 127. L'Autore sostiene che l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, da un lato, *“assolve ad un'indubitabile funzione di semplificazione della formulazione del dettato normativo”*; dall'altro lato che tale disposizione ha difinito *“un modello per la costruzione dei rimandi della legge alla contrattazione collettiva”*. Nello stesso senso, con particolare riferimento alla equiparazione, fatta dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, ai livelli di contrattazione collettiva, R. ROMEI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in AA.VV., *Fonti e tipologie dei contratti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 17.

<sup>118</sup> Cfr., *infra*, par. 6.

c) l'art. 50 del Codice degli Appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) che, nel prevedere le c.d. clausole sociali, dispone espressamente: *“Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto”*;

d) gli artt. 21, comma 5 e 41, comma 1, d.lgs. n. 148 del 2015 i quali dispongono che il contratto di solidarietà è stipulato dall'impresa mediante i contratti collettivi aziendali di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015;

e) l'art. 8, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 177 del 2017 che, nel vietare agli enti del Terzo settore la distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate ai lavoratori, specifica che *“si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili [...] la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del 40% rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015”*.

Da questa rassegna emerge che la legislazione successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015 ha utilizzato l'art. 51 come vero e proprio parametro di riferimento, *“fulcro”*<sup>119</sup> del sistema dei rinvii

---

<sup>119</sup> Tale espressione è stata utilizzata da I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 126.

della legge al contratto collettivo e, più in generale, dei rapporti tra le fonti del diritto del lavoro.

Il sistema costruito dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 ammette, però, alcune eccezioni.

Il legislatore, infatti, in relazione alle peculiarità che caratterizzano talune fattispecie, individua un criterio di selezione dei contratti collettivi coinvolti nel meccanismo del rinvio diverso da quello previsto dall'art. 51.

È questo il caso, ad esempio, del contratto di apprendistato per il quale, come si è visto<sup>120</sup>, il legislatore delegato ha scelto di riservare l'attuazione dei rinvii alla contrattazione collettiva di livello nazionale.

Preso atto delle molteplici disposizioni che richiamano l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 come criterio regolatore per individuare i contratti collettivi abilitati ad attuare i rinvii legislativi, v'è da chiedersi se la disposizione in esame possa essere utilizzata anche nei casi in cui l'art. 51 non sia oggetto di un richiamo espresso.

È un quesito, questo, che occorre porsi proprio al fine di valutare se l'art. 51 possa davvero essere considerato il “*fulcro*” di un sistema destinato a trovare applicazione ben al di là del perimetro del Jobs Act.

Al riguardo, va subito detto che il dato testuale sembrerebbe suggerire che la norma in esame non possa avere una rilevanza giuridica estesa anche alle norme che non vi facciano espresso rinvio, in quanto è lo stesso articolo 51 a disporre espressamente che la definizione di contratto collettivo ivi contenuta è operata esclusivamente “*ai fini del presente decreto*”.

Ciò nonostante, è stato sostenuto che il dato letterale non è sufficiente per escludere che “*l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, possa assolvere*

---

<sup>120</sup> Cfr., *infra*, par. 4.

*ad una funzione di chiarimento del significato di quelle disposizioni normative che si limitino a rinviare alla contrattazione collettiva senza dettare precisi criteri di selezione dei soggetti stipulanti*<sup>121</sup>.

E, anzi, è stato sostenuto che l'art. 51 si porrebbe come una disposizione di riferimento la cui applicazione può essere invocata in via analogica al fine di precisare il significato delle disposizioni che rinviano alla contrattazione collettiva in modo generico<sup>122</sup>.

Una delle argomentazioni utilizzate a sostegno di una simile ricostruzione, prende le mosse dalla già analizzata disciplina dettata con riferimento al lavoro agile.

Come visto, infatti, l'art. 20, primo comma, legge n. 81 del 2017, richiama espressamente l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 per individuare i contratti collettivi da utilizzare come parametro di riferimento per la determinazione del *“trattamento economico e normativo”* spettante ai soggetti che si avvalgano, nello svolgimento delle loro mansioni, della modalità del lavoro agile.

Tale norma, in sostanza, affidando il rispetto del principio di non discriminazione ai contratti collettivi di cui all'art. 51<sup>123</sup>, conferma che tali contratti sono quelli che *“l'ordinamento considera la fonte generale di regolamentazione del rapporto, salvo eventuali previsioni speciali che intendano richiamare altri contratti”*<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 129.

<sup>122</sup> S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, (relazione alle giornate di studio Aidlass del 16-17 giugno 2016 - Napoli), in: AA. VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 181 – 276.

<sup>123</sup> Imponendo al datore di lavoro di applicare al lavoratore agile analoghe condizioni rispetto a quelle riconosciute nei confronti dei lavoratori che svolgono le proprie prestazioni con modalità *“normali”*.

<sup>124</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 131. L'Autore giunge a tale conclusione anche in considerazione della *“analiticità del criterio di selezione dettato dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015”* e dall'*“elevato numero delle disposizioni che allo stesso articolo fanno riferimento”*.

Ciò posto, deve sottolinearsi che l'interesse suscitato dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 deriva anche da ciò che il legislatore delegato sembra aver voluto determinare *“una volta per tutte ed in modo uniforme [...] (n.d.r., anche) i livelli ed i soggetti contrattuali cui il decreto affida funzioni derogatorie ed integrative della sua disciplina”*<sup>125</sup>.

Il legislatore, infatti, chiarisce che, nel caso in cui nel decreto vi sia un riferimento ai contratti collettivi, quel riferimento deve intendersi fatto ai *“contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”*.

Si tornerà più avanti su tale specifico aspetto e, in particolare, si analizzeranno le questioni relative alla individuazione dei criteri di selezione dei soggetti contrattuali e quelle afferenti al riparto di competenze tra i livelli negoziali delegati dalla legge alla disciplina dei rapporti di lavoro.

Per il momento, è soltanto il caso di sottolineare che la norma in commento abilita tutti i prodotti della autonomia collettiva (ivi inclusi i contratti collettivi sottoscritti dalle RSA e dalle RSU) ad attuare i rinvii legislativi, rimanendo *“indifferente che la materia venga regolata dall'uno o dall'altro livello contrattuale, essendo piuttosto il focus concentrato, oltre che nella fissazione di un criterio sussidiario di individuazione del livello di contrattazione utile alla delega, soltanto sui requisiti che devono possedere gli agenti negoziali abilitati alla stipula”*<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> L. MENGHINI, *Lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt E Book, n. 48/2015.

<sup>126</sup>S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, cit., p. 214.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si può dunque concludere che l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 potrebbe assumere il ruolo di norma di carattere generale, alla quale fare riferimento per l'interpretazione delle disposizioni di legge che rinviano alla contrattazione collettiva.

Un esempio pratico di una simile conclusione, può essere dato dal meccanismo del rinvio contenuto nella disciplina sull'orario di lavoro<sup>127</sup>.

Come si ricorderà, infatti, l'art. 1, lett. m), d.lgs. n. 66 del 2003, nel definire i “*contratti collettivi di lavoro*”, specifica che si tratta di quei contratti “*stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative*”.

Orbene, la genericità di una tale formulazione, unitamente al richiamo alla rappresentatività comparata, potrebbe essere interpretata, in coerenza con quanto disposto dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, nel senso di ritenere che i contratti collettivi attuativi dei rinvii legislativi sono anche quelli stipulati a livello aziendale dalle RSA (riferibili alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) ovvero quelli sottoscritti dalla RSU.

## **8. La promozione delle forme di contrattazione decentrata: l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011.**

L'analisi dell'art. 8, d.l. n. 138 del 2011 è di grandissimo interesse ai nostri fini perché ci consente di osservare il modo in cui lo Stato ha implementato l'interazione tra le fonti autonome e quelle eteronome di disciplina del rapporto di lavoro.

---

<sup>127</sup> Cfr., *infra*, par. 1.

Del resto, il diritto del lavoro è quello in cui, più di ogni altro, si esprime la retorica di un diritto in cui le regole giuridiche si formano in modo spontaneo, in cui gli attori sociali sono protagonisti e nel quale la produzione delle regole giuridiche promana dal basso ed utilizza il contratto, non già la legge, come narrazione giuridica del mondo attuale<sup>128</sup>.

E l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011, si inserisce proprio in una tendenza che, da circa un decennio, investe i sistemi di relazioni industriali dei paesi europei sottoposti a forti pressioni dei mercati e più colpiti dalla crisi economica<sup>129</sup> e che si caratterizza per un *“progressivo ampliamento dei confini regolativi del contratto a danno della legge”*<sup>130</sup>.

Va subito detto, infatti, prima ancora di procedere alla esegesi della norma, che l'art. 8 promuove un decentramento assai deciso delle fonti del diritto del lavoro attraverso il riconoscimento al contratto collettivo di prossimità della facoltà di derogare alle disposizioni poste dalla legge e dal contratto collettivo nazionale di lavoro.

A questo punto, occorre prendere le mosse dal dato testuale che si riporta nei commi 1, 2 e 2-bis:

*“1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni di 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*

---

<sup>128</sup> F. RIMOLI, *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO, L. MENGONI, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 123 e ss..

<sup>129</sup> T. TREU, *Gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in QRS, 2011, pp. 53 e ss..

<sup>130</sup> B. CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in Gior. Dir. Lav., 2006, pp. 581 – 624.

*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;*

*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, 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 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 regolazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”.*

Già soltanto dalla lettura dell’art. 8, d.l. n. 138 del 2011, rubricato “*sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*”, è possibile rilevare che il legislatore, con tale norma, ha inteso attribuire ai contratti collettivi stipulati a livello territoriale e aziendale la possibilità di sottoscrivere “*intese*” efficaci *erga omnes*, anche in deroga alle disposizioni di legge e a quelle contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, in relazione ad un’amplissima gamma di materie.

Va subito detto però (sebbene non sia questa la sede per approfondire la questione) che la delega alla contrattazione di prossimità, per quanto ampia, non ha “*un ambito illimitato*” poiché riguarda soltanto le materie tassativamente elencate dal secondo comma dell’art. 8, d.l. n. 138 del 2011<sup>131</sup>.

È stato osservato che una facoltà di deroga tanto ampia rischierebbe di “*scardinare l’idea stessa di un sistema ordinato di contrattazione collettiva in favore di un sistema sregolato e scoordinato, in cui il cuore della disciplina legislativa e contrattuale del lavoro può*

---

<sup>131</sup> Corte Cost., 19 settembre 2012, n. 2011. Per l’approfondimento della questione relativa alla legittimità costituzionale dell’art. 8, d.l. n. 138 del 2011, soprattutto in relazione alla violazione dell’art. 39 Cost. (avendo, come visto, i contratti collettivi di secondo livello una efficacia *erga omnes*) si vedano: M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Padova, Cedam, 2014; A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in ADL, 2012, pp. 31 e ss.; A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’dolo dell’uniformità oppressiva*, in MGL 2011, pp. 682 e ss.; S. LIEBMAN, *Sistema sindacale “di fatto”, efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in ADL, 2011, pp. 1281 e ss.; O. MAZZOTTA, “*Apocalittici*” e “*integrati*” alle prese con l’art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo”, in Lav. Dir., 2012, pp. 19 e ss.; M. NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in Dir. Lav. Ind., 2012, pp. 453 e ss.; A. TURSI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in Dir. Lav. Ind., 2013, pp. 958 e ss..

*essere derogato da un accordo maggioritario concluso a livello aziendale o territoriale*”<sup>132</sup>.

Addirittura, autorevole dottrina ha qualificato l’art. 8, d.l. n. 138 del 2011 come “*il più pesante attentato*” al sistema di autonomia collettiva<sup>133</sup>.

L’intervento legislativo del 2011, adottato a distanza di poche settimane dall’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>134</sup>, quindi, rompe con la tradizionale logica di sostegno alla contrattazione collettiva, costituendo il mezzo attraverso il quale la contrattazione aziendale e territoriale si “svincola” dal rispetto dei minimi fissati dalla contrattazione nazionale e dalla legge, così incidendo in modo significativo “*sugli equilibri endosindacali e intersindacali*”<sup>135</sup>.

L’inclusione della contrattazione territoriale tra le specifiche intese *ex art. 8* solleva, anzitutto, alcune questioni derivanti dalla formula utilizzata dal legislatore per selezionare gli agenti negoziali, individuati nelle “*associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale*”.

In primo luogo, può osservarsi che l’inclusione della contrattazione territoriale nell’ambito di applicazione dell’art. 8 potrebbe essere interpretato come un rinvio fatto principalmente ai contratti collettivi provinciali, per la tradizione invalsa nelle relazioni industriali<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> F. GUARRIELLO, *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., n. 149, 2016, 1

<sup>133</sup> F. LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., 2011, 331 – 334.

<sup>134</sup> Sulla analisi del contenuto di tale accordo, si veda, tra i tanti, F. CARINCI, *L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in ADL, 2011, pp. 457 e ss..

<sup>135</sup> G. PROIA, M. GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. II, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, G. PROIA (a cura di), Padova, Cedam, 2014, p. 655.

<sup>136</sup> LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, Giuffrè, 2001.

Con riferimento, poi, al criterio della rappresentatività, va detto che, in assenza di un meccanismo legale di misurazione della rappresentatività, la dottrina ha osservato che la soglia di rappresentatività necessaria ai fini della stipulazione di “*intese*” territoriali potrebbe essere misurata con riferimento all’ambito nel quale operano le strutture sindacali firmatarie oppure all’ambito territoriale dove quell’accordo deve operare.

In particolare:

a) una parte della dottrina ha ritenuto che “*se l’accordo è firmato dalle segreterie nazionali la misurazione della rappresentatività dovrà essere effettuata a livello nazionale mentre se l’accordo è sottoscritto dalle strutture territoriali occorrerà verificare la rappresentatività comparativa dei firmatari ovviamente nell’ambito territoriale cui si rivolge la loro attività di rappresentanza*”<sup>137</sup>;

b) altra parte della dottrina ha osservato che “*la territorialità nell’ambito di rilevazione della rappresentatività non è un dato precostituito [...]; è, molto semplicemente, l’ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo entro il quale l’art. 8 ha voluto che debba sussistere, alternativamente all’ambito nazionale, la rappresentatività qualificata richiesta alle parti stipulanti l’accordo di prossimità*”<sup>138</sup>.

Oltre a individuare gli agenti negoziali abilitati a contrarre, il legislatore ha posto un’altra condizione consistente nell’aver sottoscritto specifiche intese “*sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*”.

Sul punto, in dottrina, si è formato un nutrito consenso intorno all’ipotesi di estendere le procedure previste dalle parti sociali con gli

---

<sup>137</sup> M. MARAZZA, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione nel diritto del lavoro?*, in DRI, 2012, pp. 24 e ss..

<sup>138</sup> A. TURSI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in DRI, 2013, pp. 958 e ss..

accordi interconfederali anche alla stipulazione delle specifiche intese di cui all'art. 8<sup>139</sup>.

Altra parte della dottrina (sicuramente maggioritaria), invece, ha ritenuto che tale inciso dell'art. 8 deve essere interpretato nel senso di ritenere che la selezione dei soggetti che possono stipulare le intese territoriali, deve essere fatta sulla base di un generico criterio maggioritario, riferito alle “*associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale*”.

Il che determinerebbe che sarebbero legittimate a sottoscrivere le predette intese soltanto quelle associazioni che rappresentino nel complesso la maggioranza dei lavoratori inclusi nell'ambito di applicazione del contratto collettivo<sup>140</sup>.

Occorre a questo punto domandarsi se il modello di cui all'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, deve considerarsi oramai superato per effetto dell'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

## **9. Il rapporto tra il sistema definito dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 e la contrattazione collettiva di prossimità.**

In apertura del presente capitolo, è stato premesso che i rapporti tra legge e contrattazione collettiva sarebbero stati analizzati sotto un duplice profilo.

---

<sup>139</sup> Tra gli altri, si veda, R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in DRI, 2012, p. 12.

<sup>140</sup> Tra i tanti, si veda, V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento economico e profili di legittimità costituzionali*, in DLRI, 2012, pp. 479 e ss.. In particolare, l'Autore ha osservato che “*il rispetto del criterio maggioritario è indispensabile, nonostante la formulazione ambigua della previsione*” e che “*l'assenza di criteri legislativi che stabiliscano su quale base vada operata la verifica del rispetto del criterio in questione [...] non possono fungere da alibi per escludere il rispetto del criterio medesimo*”.

Da un lato sarebbero stati analizzati i modelli di integrazione tra legge e contratto collettivo definiti dalla legislazione più recente, quella che ha ridisegnato il rapporto tra le fonti del diritto del lavoro nella legislazione della crisi e della flessibilità.

Dall'altro lato, sarebbe stata affrontata la questione relativa all'eventuale superamento del modello delineato dall'art. 8, d.l. n. 138 del 2011.

Pertanto, venendo alla soluzione del secondo quesito, deve rilevarsi quanto segue.

Anzitutto, occorre domandarsi se il quadro normativo delineato dal Jobs Act e dai provvedimenti normativi successivi abbia realizzato una abrogazione tacita delle competenze e delle funzioni conferite alla contrattazione di prossimità<sup>141</sup>.

Sul punto, si è formato un vivace dibattito dottrinario.

E così, una parte della dottrina ritiene che l'art. 8 dovrebbe considerarsi implicitamente abrogato nella parte in cui delega il contratto di prossimità a definire intese derogatorie nella materia delle mansioni, classificazione e inquadramento del personale, proprio in ragione della integrale riscrittura, ad opera dell'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015, dell'art. 2103 Cod. Civ.<sup>142</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto di dover dare una risposta negativa alla questione relativa alla abrogazione implicita dell'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, affermando che tale norma dovrebbe considerarsi

---

<sup>141</sup> Nel senso che il Jobs Act avrebbe determinato una abrogazione implicita dell'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, si veda, S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in RIDL, 2015, I, p. 121. Altra parte della dottrina ha invece osservato che l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, anche a prescindere dai più recenti interventi legislativi, è entrato comunque "in un singolare cono d'ombra" a causa dell'opposizione sindacale: R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 92.

<sup>142</sup> In tal senso, si veda, S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, (relazione alle giornate di studio Aidlass del 16-17 giugno 2016 - Napoli), cit..

sopravvissuta alle recenti modifiche con un oramai limitato ambito di applicazione (ossia gli ambiti materiali in cui manchino nella nuova disciplina legislativa espresse deleghe alla contrattazione collettiva)<sup>143</sup>.

Si ritiene di condividere la soluzione proposta da quanti hanno affermato che non sembrerebbero sussistere “*gli estremi dell’abrogazione tacita dell’art. 8*” in quanto la formulazione dell’art. 8, d.l. n 138 del 2011 è talmente ampia da “*riconoscere al contratto collettivo decentrato un’area di applicazione più estesa dei rinvii contenuti nel d.lgs. n. 81/2015, che invece delimita l’ambito di intervento dell’autonomia collettiva entro binari precisi*”, con la conseguenza che “*le due norme non sono in contraddizione, né sussiste un’inconciliabilità tra i loro contenuti precettivi*”<sup>144</sup>.

Al contempo, però, è doveroso prendere atto del fatto che gli “*spazi di deroga in peius concessi dal decreto legge vengono oggi ristretti, in chiave di successione delle leggi nel tempo, almeno con riferimento a istituti (termine, somministrazione, part-time, apprendistato) o specifiche clausole dove gli spazi della disciplina legale per opera della contrattazione collettiva [...] sono chiaramente ed espressamente delineati dal legislatore del testo organico*”<sup>145</sup>.

E così, a titolo esemplificativo, si pensi alla possibilità prevista dalla legislazione previgente di ricorrere alla somministrazione di lavoro anche presso aziende che avessero, nei sei mesi precedenti, effettuato

---

<sup>143</sup> M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, cit., p. 75; nello stesso senso, si veda, P. PASSALACQUA, *L’equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all’autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81/2015*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2015, p. 296.

<sup>144</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 135.

<sup>145</sup> M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, *Adapt E-Book n. 45/2015*, p. 29.

licenziamenti collettivi per le medesime mansioni (art. 20, quinto comma, d.lgs. n. 276 del 2003).

L'espressa abrogazione di tale norma dovrebbe, quindi, considerarsi come circostanza impeditiva, per la contrattazione di prossimità, di intervenire su tale specifica materia, anche avvalendosi della disposizione generale, ma precedente nel tempo, di cui all'art. 8, d.l. n. 138 del 2011<sup>146</sup>.

Se, dunque, l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011 deve considerarsi tutt'ora vigente, va però anche detto che il nuovo sistema dei rinvii sembrerebbe destinato a prevalere.

Come visto, infatti, la novella del 2015 apre all'intervento della contrattazione collettiva su quasi tutte le materie toccate dall'art. 8, rendendo *“poco conveniente il ricorso alla contrattazione di prossimità, i cui numerosi problemi interpretativi ne hanno comunque fortemente ostacolato l'impiego”*<sup>147</sup>.

## **10. Premesse per il prosieguo dell'indagine.**

L'analisi delle singole fattispecie nelle quali è possibile cogliere il meccanismo del rinvio della legge al contratto collettivo, ha consentito di evidenziare come l'attuale quadro dei rinvii legislativi alla autonomia collettiva, attribuisce alle parti sociali il potere di dettare una disciplina sostitutiva ovvero integrativa rispetto a quella legale.

E ciò in quanto, il legislatore delegato del 2015 sembra aver individuato nella contrattazione collettiva lo strumento attraverso il quale, da un lato, *“realizzare l'adeguamento della regolazione dei rapporti di*

---

<sup>146</sup> Il d.l. n. 87 del 2018, sebbene sia intervenuto sul contratto di somministrazione, ha lasciato inalterate, su tale specifico aspetto, le novità introdotte dal d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>147</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, pp. 136 e 137.

*lavoro in funzione della soddisfazione di interessi speciali” e, dall’altro lato, plasmare il diritto del lavoro “allo scopo di accrescerne la produttività, fronteggiare l’innovazione tecnologica, contrastare momenti di crisi, ecc...”<sup>148</sup>.*

Nel prosieguo, si analizzeranno i problemi di natura tecnico – giuridica che scaturiscono dall’interazione fra le disposizioni legali di rinvio all’autonomia collettiva e l’applicazione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali secondo le regole dell’ordinamento intersindacale.

E ciò, allo scopo di approfondire, a partire dallo specifico punto di osservazione delle disposizioni legali che sono state analizzate e che rinviano all’autonomia collettiva, quali limiti manifesti l’assenza di una regolamentazione legislativa specifica della contrattazione collettiva.

---

<sup>148</sup> *Ivi*, p. 139.

## CAPITOLO SECONDO

### LA TECNICA DEL RINVIO LEGISLATIVO ALL'AUTONOMIA COLLETTIVA: DAI CRITERI DI SELEZIONE DEI SOGGETTI CONTRATTUALI ALL'EFFICACIA SOGGETTIVA DEI CONTRATTI COLLETTIVI "DELEGATI"

#### 1. Premessa.

Dopo aver esaminato le singole fattispecie in cui vi è traccia del rinvio della legge al contratto collettivo, è ora possibile indagare le problematiche di natura tecnico – giuridica che scaturiscono dalla fitta integrazione tra le disposizioni legali e la contrattazione collettiva.

In particolare, saranno in primo luogo analizzate le varie tipologie di rinvio a cui la legislazione lavoristica degli ultimi anni ha fatto ricorso per la disciplina dei rapporti di lavoro.

In questo modo, infatti, sarà possibile, da un alto, cogliere in che modo il rinvio è in grado di influenzare le dinamiche negoziali e le parti sociali chiamate a valutare la convenienza della stipulazione di un accordo che sia attuativo del rinvio legale, dall'altro lato, "misurare" le alterazioni che dal meccanismo del rinvio derivano sulla disciplina del rapporto di lavoro.

Successivamente, si focalizzerà l'attenzione su altri aspetti coinvolti nell'impiego della tecnica del rinvio che pongono numerosi problemi interpretativi.

Tali aspetti devono essere identificati: nella analisi dei criteri di selezione dei soggetti collettivi legittimati dalla legge alla stipulazione dei contratti collettivi "delegati"; nella precisazione di quali siano le regole di riparto delle competenze tra i vari livelli negoziali deputati all'attuazione

del rinvio; nello studio di quale sia l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi "delegati".

L'analisi di tali questioni, come anticipato, verrà condotto ragionando sul meccanismo definito dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, che, non a caso, è stato definito come il "*fulcro*" del sistema dei rinvii.

Una scelta, questa, imposta dall'esigenza di completare lo studio delle singole fattispecie attuative del rinvio (analizzate nel capitolo precedente), nonché dall'obiettivo di utilizzare le conclusioni alle quali si perverrà anche per interpretare tutte le disposizioni che non richiamano espressamente l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

## **2. Le varie tipologie di rinvii.**

L'analisi delle singole fattispecie nelle quali opera il meccanismo del rinvio ci consente di delineare il "profilo" delle varie tipologie di rinvio che il nostro ordinamento conosce e, di conseguenza, di analizzare il significato della interazione tra legge e contratto collettivo nella legislazione lavoristica degli ultimi anni.

In particolare, le fattispecie analizzate hanno posto in risalto la tendenza del legislatore a fare ricorso alla contrattazione collettiva in funzione c.d. deregolativa, ossia riconoscendo all'autonomia collettiva il potere di attenuare le rigidità legali con un'iniezione di "robuste dosi" di flessibilità verso il basso.

E così, dalle norme analizzate nel primo capitolo, è anzitutto possibile individuare i casi in cui la legge rinvia al contratto collettivo in chiave di deroga rispetto al trattamento goduto dal lavoratore,

autorizzando espressamente l'autonomia collettiva a “*ridurre in vario modo le tutele legali per i lavoratori subordinati*”<sup>149</sup>.

Si tratta, come è ovvio, di un'eccezione alla regola della inderogabilità *in peius* della legge da parte del contratto collettivo e l'attuazione concreta di un principio più generale, quello secondo cui “*il legislatore ordinario è libero di modulare la tipologia e l'intensità della tutela, nelle forme ritenute più opportune, anche in relazione a diversi orientamenti di politica del diritto*”<sup>150</sup>.

Come a dire che, sul piano della capacità del contratto collettivo oggetto di rinvio ad operare in deroga alla legge, è proprio la fonte eteronoma che si “*ritrae*” per cedere dinanzi alla fonte autonoma, spinta dall’“*esigenza di diversificazione, in funzione della prevalente tutela di un interesse differente rispetto a quello della tutela del singolo lavoratore protetto dalla norma inderogabile [...], interesse spesso coniugato ad esigenze più ampie di flessibilizzazione dei processi produttivi e di auspicato rilancio dell'occupazione*”<sup>151</sup>.

Un quadro normativo, quello delineato dalla legislazione lavoristica degli anni della crisi economica, in cui il meccanismo della derogabilità/ inderogabilità si manifesta come “*predicato di relazione*” tra legge e autonomia collettiva<sup>152</sup>.

Come visto<sup>153</sup>, le competenze delegate dalla legge all'autonomia collettiva in una prospettiva derogatoria, sono prevalentemente orientate alla gestione della flessibilità, coerentemente con la tendenza legislativa all'attenuazione delle garanzie nel rapporto di lavoro.

---

<sup>149</sup> C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pp. 341 e ss..

<sup>150</sup> In questo senso, Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 49, in *FI*, 2000, I, p. 698.

<sup>151</sup> C. CESTER, *op. cit.*, p. 362.

<sup>152</sup> A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *RGL*, 2008, pp. 189 e ss..

<sup>153</sup> Cfr., *retro*, cap. 1, par. 3.

Tra le fattispecie esaminate nel primo capitolo, gli esempi più significativi di tale funzione derogatoria sono:

a) gli artt. 3 e 16, d.lgs. n. 66 del 2003 che legittimano l'autonomia collettiva a derogare alla disciplina generale dell'orario di lavoro prevedendo, rispettivamente: i) la possibilità di “*stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno*”; ii) la esclusione “*dall'ambito di applicazione della disciplina dell'orario di cui all'art. 3*” di talune fattispecie, in ragione delle peculiarità delle attività lavorative di riferimento<sup>154</sup>;

b) l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n 148 del 2011 che attribuisce ai contratti collettivi di secondo livello il potere di derogare alle disposizioni imperative di legge (e anche a quelle dei contratti collettivi nazionali di lavoro)<sup>155</sup>;

c) l'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015 che, nel modificare l'art. 2103 Cod. Civ., non solo consente di adibire il lavoratore a mansioni inferiori in caso di modifica degli assetti organizzativi che incidono sulla posizione del lavoratore stesso, ma riconosce al contratto collettivo, anche di livello aziendale, la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di demansionamento<sup>156</sup>;

d) l'art. 23, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2015 che riconosce ai contratti collettivi la competenza di modificare la clausola di contingentamento definita in via generale dallo stesso art. 23, nel 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Trattasi di una competenza derogatoria che può

---

<sup>154</sup> A ben vedere, si tratta di discipline derogatorie rispetto a quella dettata in via generale per la legge. Ciò nonostante, tali tipologie di deroghe non realizzano necessariamente un trattamento di minor favore nei confronti dei prestatori di lavoro.

<sup>155</sup> Cfr., *retro*, cap. 1, par. 9.

<sup>156</sup> Cfr. *retro*, cap. 1, par. 4.

essere esercitata sia *in melius*, abbassando la percentuale in chiave di maggior rigore nel ricorso al contratto a termine, sia *in peius*, innalzandola per consentire un maggior incremento delle assunzioni con contratti a tempo determinato<sup>157</sup>;

e) l'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015 che riconosce ai contratti collettivi la facoltà di escludere l'applicazione della disciplina sul lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione etero-organizzati dettando una disciplina specifica riguardante il trattamento economico e normativo, "*in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore*". Così facendo, il legislatore autorizza la contrattazione collettiva a prevedere rapporti di collaborazione organizzati dal committente che, pur presentando tutte le caratteristiche che giustificherebbero, ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, la applicazione della disciplina della subordinazione, ne vengono sottratti.

In altri casi, invece, il meccanismo del rinvio della legge al contratto collettivo realizza deroghe migliorative.

È stato opportunamente osservato che, in questi casi, si tratta di ipotesi confermatrice di altre norme già vigenti che finiscono "*per impattare sulle effettive capacità di innalzamento della tutela in presenza di un arretramento della disciplina legale*"<sup>158</sup>.

Un esempio di questo tipo può essere rintracciato nell'art. 15, secondo comma, d.lgs. n. 81 del 2015 che, con riferimento al lavoro intermittente, nel "ricalcare" la oramai abrogata disciplina dettata dall'art. 35, d.lgs. n. 276 del 2003, prevede in capo al datore di lavoro l'obbligo di

---

<sup>157</sup> Sul tema M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".it, 2014, n. 212, la quale osserva come le discipline poste dai principali contratti di categoria oscillano tra un minimo del 7% ed un massimo del 35%.

<sup>158</sup> G.A. RECCHIA, *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Job Act II*, Bari, Cacucci, 2015, p. 119.

*“informare con cadenza annuale le rappresentanze sindacali aziendali o la rappresentanza sindacale unitaria sull’andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente”, “fatte salve le previsioni più favorevoli dei contratti collettivi”.*

L’analisi delle singole fattispecie in cui vi è traccia del rinvio della legge al contratto collettivo consente di analizzare un altro tipo di rinvio, il c.d. rinvio autorizzatorio.

All’interno di tale tipologia di rinvio, è possibile annoverare:

a) l’art. 23, legge n. 56 del 1987 che demandava all’autonomia collettiva il potere di autorizzare il datore di lavoro ad assumere lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge<sup>159</sup>.

Come già detto, si trattava di una *“delega in bianco in favore delle parti sociali”*<sup>160</sup>, espressione di quella *“tendenza”* del legislatore ad attribuire alla contrattazione collettiva *“un vero e proprio potere normativo nell’individuazione di nuove ipotesi di legittima apposizione del termine, senza porre, sotto questo profilo, almeno esplicitamente, restrizione alcuna”*<sup>161</sup>;

---

<sup>159</sup> L’art. 23, legge n. 56 del 1987, rubricato *“Disposizioni in materia di contratto a termine”*, disponeva che: *“L’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all’articolo 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché all’articolo 8-bis del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79, è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. I contratti collettivi stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato”.*

<sup>160</sup> Cfr. L. MONTESARCHIO, *“L’art. 23 della L. 28.2.1987, n. 56: una “delega in bianco” in favore delle parti sociali”* in Nuova Giur. Civ., 2007, 2, 10187.

<sup>161</sup> Cfr., M. TATARELLI, *“Part-time e tempo determinato nel lavoro privato e pubblico”*, Cedam, 1999, pp. 259 e ss..

b) l'art. 13, d.lgs. n. 81 del 2015 che attribuisce all'autonomia collettiva il compito di individuare le esigenze che giustificano l'assunzione di un lavoratore intermittente<sup>162</sup>.

Inoltre, l'esame delle fattispecie all'interno delle quali vi è traccia del rinvio della legge ai contratti collettivi, consente di affermare che, talvolta, la legge rimette alle parti sociali il compito di specificare ovvero di integrare la disciplina relativa ad ogni aspetto del rapporto di lavoro attribuendo alla autonomia collettiva quella che è stata definita nei termini di una funzione tipicamente “*regolatoria*”<sup>163</sup>.

E così, sempre a titolo esemplificativo e alla luce dell'analisi condotta nel capitolo precedente, devono ricondursi a tale tipologia di rinvio:

a) l'art. 10, terzo comma, d.lgs. n. 66 del 2003 il quale dispone espressamente che, salvo il riconoscimento del periodo minimo di ferie, fissato dalla legge in quattro settimane, alla contrattazione collettiva è rimesso il compito di determinarne le modalità di fruizione, nel caso in cui sia istituito un orario multiperiodale ai sensi dell'art. 3, secondo comma, allo scopo di consentire di collocarne temporalmente il godimento in funzione delle specifiche esigenze che potrebbero manifestarsi nelle diverse realtà produttive;

---

<sup>162</sup> Al riguardo, è stato osservato che, sebbene nel contratto di lavoro intermittente “*alle parti sociali (viene) attribuita una funzione “autorizzatoria”, la stessa è poi contraddetta, o comunque dimidiata nel suo farsi posta da scambiare al tavolo negoziale, dal potere di surroga attribuito al Ministero del lavoro*”. L'art. 13, d.lgs. n. 81 del 2015 dispone infatti che, in assenza di un contratto collettivo che individui le esigenze sottese alla assunzione di lavoratori, “*i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali*”. Tale facoltà, nel vigore dell'art. 40, d.lgs. n. 276 del 2003, è stata esercitata comm d.m. 23 ottobre 2004 che rinvia alle attività indicate nella tabella allegata al r.d. n. 2657 del 1923. G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in Lav. e Dir., 2015, p. 504.

<sup>163</sup> C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, Dir. Lav. Rel. Ind., 2004, p. 359.

b) l'art. 23, quinto comma, d.lgs. n. 82 del 2015 che rimette all'autonomia collettiva il compito di disciplinare *“modalità e contenuti delle informazioni da rendere alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria dei lavoratori in merito all'utilizzo del lavoro a tempo determinato”*;

c) l'art. 24, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2015 che rimette all'autonomia collettiva l'onere di disciplinare le modalità attraverso le quali i lavoratori a tempo determinato possono esercitare il diritto di precedenza;

d) l'art. 26, d.lgs. n. 81 del 2015 che, sempre nell'ambito del contratto di lavoro a tempo determinato, delega la *“fonte”* autonoma a regolare le modalità di accesso dei lavoratori a termine a percorsi formativi;

e) l'art. 42, quinto comma, d.lgs. n. 81 del 2015 che delega ai *“contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”* ovvero agli *“accordi interconfederali”* *“la disciplina del contratto di apprendistato”*.

Da ultimo, e per concludere l'esame del ruolo che la contrattazione collettiva riveste nella disciplina del rapporto di lavoro attraverso il meccanismo del rinvio, occorre segnalare che la legge, oltre a considerare l'autonomia collettiva quale *“fonte essenziale perché le disposizioni di legge possano esplicare i loro effetti e, comunque, perché possano essere determinate le condizioni economiche e normative applicabili ai rapporti di lavoro”*<sup>164</sup>, talvolta riserva a sé una disciplina meramente *“sussidiaria o suppletiva, attribuendo alla contrattazione collettiva il ruolo di fonte principale”*<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Così, G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. 65.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

Al riguardo, basti analizzare il contenuto delle seguenti disposizioni:

a) l'art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 66 del 2003 che autorizza il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ad adottare un decreto volto a dettare “*deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale*”, solo “*in mancanza di una disciplina collettiva*”;

b) l'art. 2103, settimo comma, Cod. Civ., così come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015 che individua in sei mesi la durata massima del periodo di adibizione a mansioni superiori, trascorso il quale il lavoratore ha diritto alla c.d. promozione automatica. Anche in questo caso, la “fonte eteronoma” può intervenire soltanto in assenza di una diversa previsione contenuta nei contratti collettivi.

Dalla analisi delle varie tipologie di ruoli e funzioni che la legge attribuisce alla contrattazione collettiva, quindi, può concludersi che il legislatore fa proprio, con diverse modalità, il contenuto dei contratti collettivi, poiché spinto dalla consapevolezza che “*il modo in cui le organizzazioni sindacali compongono i loro interessi privati, ancorché collettivi, corrisponde anche all'interesse pubblico*”<sup>166</sup>.

### **3. I criteri di selezione dei soggetti contrattuali.**

Come visto<sup>167</sup>, l'articolo 51, d.lgs. n. 81 del 2015, rubricato “*Norma di rinvio ai contratti collettivi*”, dispone che: “*salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano*

---

<sup>166</sup> G. PROIA, *op. ult. cit.*, p. 66.

<sup>167</sup> Cfr. *retro* par. n. 8 del capitolo 1.

*nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.*

L’art. 51, quindi, individua due distinte tipologie di soggetti negoziali ai quali viene riconosciuta la legittimazione a sottoscrivere il contratto collettivo attuativo del rinvio: da un lato, le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e, dall’altro lato, le Rappresentanze Sindacali Aziendali e la Rappresentanza Sindacale Unitaria.

Così facendo, il legislatore ha voluto dare seguito a quella tecnica regolatoria già utilizzata nella legislazione lavoristica più risalente, in base alla quale la selezione dei soggetti abilitati alla sottoscrizione del contratto collettivo c.d. delegato avviene attraverso la *“formale individuazione delle variabili normative attraverso le quali il meccanismo (n.d.r., del rinvio) opera”*<sup>168</sup>.

Al riguardo, è subito opportuna una precisazione.

L’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 nulla dice in relazione alla controparte delle organizzazioni sindacali.

Una tale scelta normativa è stata interpretata da alcuni autori nel senso di ritenere che il legislatore non avrebbe *“avvertito la necessità di determinare un criterio volto ad operare una selezione tra le associazioni datoriali, avendo ritenuto che le migliori garanti del fatto che tali associazioni posseggano una effettiva rappresentatività siano le stesse organizzazioni sindacali. Ciò perché il sindacato non si siederebbe neanche al tavolo delle trattative se il contratto eventualmente siglato non si rivelasse poi vincolante per qualche impresa”*<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> A. PERULLI, *I rinvii all’autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d’azienda*, in DLRI, 1992, n. 55, p. 515.

<sup>169</sup> I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., p. 186.

Al riguardo, va subito detto, prima ancora di analizzare la questione relativa alla rappresentatività delle organizzazioni sindacali, che un'interpretazione della nozione di “*sindacato comparativamente più rappresentativo*” tale da ricomprendere anche le associazioni datoriali, abiliterebbe all'attuazione dei rinvii legislativi soltanto i contratti collettivi che siano stati sottoscritti con le organizzazioni imprenditoriali comparativamente più rappresentative<sup>170</sup>.

Con la conseguenza che si rischierebbe di precludere l'attuazione del rinvio legislativo nell'ambito di sistemi di relazioni sindacali comunque dotati di un elevato grado di affidabilità e di effettività<sup>171</sup>.

Tali conclusioni sono, ad avviso di chi scrive, certamente condivisibili.

Del resto, va detto che il legislatore, nel caso in cui avesse voluto riferire il criterio della rappresentatività anche alle organizzazioni datoriali, lo avrebbe previsto espressamente<sup>172</sup>.

E ciò, anche al fine di “*stimolare la diffusione della contrattazione collettiva ponendo nelle mani delle organizzazioni sindacali il compito di selezionare il proprio interlocutore*”<sup>173</sup>.

Assumendo, quindi, che il criterio della rappresentatività deve essere riferito unicamente alle organizzazioni sindacali, va a questo punto chiarito che, dal canto suo, la parte datoriale non ha alcuna libertà nella scelta della controparte sindacale, atteso che, in tal caso, è proprio la legge che indica i soggetti legittimati alla stipulazione del contratto collettivo destinato a regolare determinate materie.

---

<sup>170</sup> In questo senso, si veda, P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, p. 380.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. n. 276 del 2003, che definisce espressamente le “*associazioni di datori e prestatori di lavoro*” come “*organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative*”.

<sup>173</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 206.

In queste ipotesi, il datore di lavoro è tenuto a consentire la partecipazione alle trattative a tutte le organizzazioni sindacali che siano in possesso dei requisiti individuati dalla legge, essendo tutte queste organizzazioni sindacali *“titolari, allo stesso modo, di un vero e proprio diritto di partecipazione alla trattativa, per ricercare la soluzione (ritenuta) più favorevole agli interessi della collettività rappresentata, anche tenuto conto del fatto che il rinvio legale di competenze negoziali a determinati sindacati (e non a qualsiasi organizzazione sindacale) è compatibile con il principio del pluralismo sindacale [...] esclusivamente se consente a tutti i sindacati in possesso dei requisiti richiesti (e non solo ad alcuni di essi) la possibilità di esercitare la competenza devoluta”*<sup>174</sup>.

Come a dire che, nel caso in cui la legge opera rinvii al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, si verifica *“un’attenuazione consistente di quella libertà negoziale discrezionale, alla quale si è soliti ricondurre la possibilità di esclusione imprenditoriale delle trattative e la connessa inconfigurabilità di un dovere di non discriminazione tra sindacati ammissibili alla contrattazione stessa”*<sup>175</sup>.

In altri termini, il meccanismo del rinvio deroga al c.d. principio dell’autolegittimazione rappresentativa secondo il quale *“l’ammissione alla trattativa ed alla stipula di contratti collettivi è condizionata al reciproco riconoscimento di quelle organizzazioni, il quale prescinde da qualsiasi investitura eteronoma e, almeno in parte, anche dalla*

---

<sup>174</sup> G. PROIA, M. GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, cit., p. 660.

<sup>175</sup> M. GRANDI, *Ammissione alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo e maggiore rappresentatività*, in RIDL, 1986, II, pp. 129 e 130, richiamato da G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, Giuffrè, 1994, nota n. 93, p. 141.

*sussistenza, o dalla verifica della sussistenza, di requisiti di reale rappresentatività*”<sup>176</sup>.

### **3.1. La questione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.**

A questo punto, deve delinarsi il quadro degli agenti negoziali legittimati a sottoscrivere i contratti collettivi attuativi del rinvio legislativo.

Il criterio del sindacato comparativamente più rappresentativo richiamato dall’articolo 51 è stato per la prima volta menzionato nell’art. 2, comma 25, legge n. 549 del 1995<sup>177</sup>, per poi trovare la sua “consacrazione” nel d.lgs. n. 276 del 2003 (art. 2, primo comma, lett. *m*)).

La introduzione, nel nostro ordinamento, dell’espressione “*sindacato comparativamente più rappresentativo*”, definita da alcuni nei termini di una “*escogitazione intelligente e feconda*”<sup>178</sup>, sostituisce la nozione di “*sindacato maggiormente rappresentativo*”<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> G. PROIA, M. GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 661. Gli Autori richiamano alla nota 224, G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 112 e ss., il quale rileva che, in determinati contesti storici, i sindacati esclusi dalle trattative hanno avuto in numero di aderenti superiore rispetto a quello dei sindacati ammessi (cfr., rispettivamente, CISNAL e UIL).

<sup>177</sup> Tale disposizione, con lo scopo di fornire una interpretazione autentica dell’art. 1, d.l. n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989 (rubricato “*Retribuzione imponibile, accreditamento della contribuzione settimanale e limite minimo di retribuzione imponibile*”<sup>9</sup>), precisa che “*L’articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*”. Per il commento di tale norma, si veda, F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 23-25 maggio 1997, Torino, Giuffrè, 1998.

<sup>178</sup> G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 23-25 maggio 1997, Torino, Giuffrè, 1998, 240.

<sup>179</sup> La letteratura sul passaggio dalla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo a quella di sindacato comparativamente più rappresentativo è molto vasta. Si vedano, tra i tanti, G. FERRARO, *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità dal punto di vista giuridico*, in ADL, 2016, pp. 39 e ss.; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autorità sindacale*, Torino, Utet, 2003;

Se in un periodo di stabile unità sindacale, il criterio della maggiore rappresentatività consentiva, sulla base degli elementi enucleati dalla giurisprudenza<sup>180</sup>, dalla dottrina e dalla legge<sup>181</sup>, di individuare i sindacati ai quali riconoscere talune prerogative previste dalla legge<sup>182</sup>, tale criterio si rivelò inadeguato nel momento in cui l'associazionismo sindacale divenne sempre più frammentato<sup>183</sup>.

Il criterio della maggiore rappresentatività, infatti, era chiamato unicamente ad assolvere una “*funzione di sostegno alle confederazioni in azienda*” e una “*funzione selettiva, diretta a soddisfare, tra l'altro, l'ulteriore esigenza di garantire l'effettività dell'attività sindacale e, in taluni casi, legittimante il sindacato a compiere determinati atti normativamente stabiliti*”<sup>184</sup>. Mancava, tuttavia, qualsiasi comparazione relativa al “*peso specifico*”<sup>185</sup> di ciascuna organizzazione sindacale nel contesto delle relazioni industriali.

---

S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Padova, Cedam, 2005; P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, pp. 551 e ss..

<sup>180</sup> Tra le sentenze più significative, si vedano: Corte Cost., sentenza n. 975/1988; Corte Cost. n. 492 del 1995.

<sup>181</sup> Il riferimento è all'art. 2 della l. 18 novembre 1977, n. 902, che disciplina la suddivisione dei patrimoni residui delle organizzazioni sindacali fasciste, attribuendone una piccola percentuale (pari al 7%) alle associazioni “*maggiormente rappresentative tenuto conto: della consistenza numerica dei soggetti rappresentati; dall'ampiezza e diffusione delle strutture organizzative; della loro partecipazione alla formazione e stipulazione di contratti collettivi di lavoro; della loro effettiva partecipazione alla trattazione delle controversie individuali, plurime e collettive di lavoro*”, e all'art. 4, comma 5, della l. 30 dicembre 1986, n. 936, che ai fini della nomina dei rappresentanti presso il Cnel prevede i seguenti indicatori: partecipazione alla formazione e alla stipulazione di contratti collettivi di ogni livello; partecipazione alla composizione delle vertenze individuali, plurime e collettive di lavoro; presenza nelle diverse categorie produttive; diffusione territoriale del sindacato.

<sup>182</sup> Tra i criteri elaborati dalla giurisprudenza, si vedano: la consistenza numerica del sindacato; l'uniforme diffusione del sindacato sul territorio nazionale; la partecipazione alla stipulazione dei contratti collettivi; la presenza nelle diverse categorie e settori produttivi. Per una analisi degli approdi giurisprudenziali sulla nozione di sindacato maggiormente più rappresentativo, si veda, B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992.

<sup>183</sup> L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, pp. 212 e ss..

<sup>184</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale, in Rappresentanza e rappresentatività del sindacato, Atti delle giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 333.

<sup>185</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 188.

La nozione di “*sindacato comparativamente più rappresentativo*”, invece, risponde ad una logica completamente diversa, nella quale la comparazione, appunto, costituisce il mezzo per individuare quale tra le organizzazioni sindacali è in grado di esprimere una maggiore capacità rappresentativa.

Tale criterio venne elaborato, anzitutto, per contrastare il fenomeno dei c.d. contratti collettivi pirata ossia quei contratti “*negoziati*” e “*firmati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, e da compiacenti associazioni imprenditoriali, con la finalità, aperta e dichiarata, di costituire un’alternativa rispetto al contratto collettivo nazionale di lavoro, in modo tale da consentire al datore di lavoro di assumere formalmente la posizione giuridica – e, quindi, i conseguenti vantaggi – di chi applica un contratto collettivo*”<sup>186</sup>.

Successivamente, tale criterio, a prescindere dall’impiego della previsione quale tecnica di devoluzione di funzioni normative alla contrattazione collettiva, fu utilizzato come “*criterio di selezione tra sistemi contrattuali*” ovvero quale parametro di individuazione del contratto collettivo collegato alla fruizione di benefici e sussidi pubblici<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in RIDL, 2010, I, pp. 29 e ss.. Nello stesso senso, si vedano, F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1998, pp. 242 e ss.; G. PERA, *Note sui contratti collettivi “pirata”*, in Riv. It. Dir. Lav., 1997, I, pp. 381 e ss.. In dottrina, però, non sono mancate opinioni discordanti. Tra questi, si vedano, S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione aziendale*, Cedam, 2005, p. 125.

<sup>187</sup> P. TOMASSETTI, *op. cit.*, pp. 372 e 373. L’Autore richiama, nella nota n. 20, la dottrina giuslavoristica maggioritaria che ha interpretato in questo senso il criterio del sindacato comparativamente più rappresentativo. M. MISCIONE, *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, in DPL, 1997, n. 30, p. 2077; M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione*, oggi, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1998, n. 80, pp. 665 e ss.; P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in DLRI, 2009, n. 124, pp. 576 e ss.; G. PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Tomo I. Il diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, p. 23; P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell’evoluzione delle relazioni sindacali*, in Dir. Rel. Ind., 2014, n. 2, pp. 378 e ss..

A ben vedere, infatti, il modello del contratto collettivo sottoscritto dal sindacato comparativamente più rappresentativo presuppone l'esistenza di un concorso – conflitto tra contratti collettivi atteso che, soltanto in tale caso, quel criterio può avere un senso<sup>188</sup>.

Riferito a contratti collettivi a confronto, infatti, il criterio in parola consente di riservare il riconoscimento legale al contratto sottoscritto dalla “coalizione [...] capace di realizzare assetti degli interessi collettivi più efficienti, ampi e stabili”<sup>189</sup> e, al contempo, di selezionare i sindacati in possesso del prisma della rappresentatività comparata.

Così analizzata la funzione che è assolta dal criterio selettivo utilizzato dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 occorre ora occuparsi dei parametri alla stregua dei quali può essere “misurata” la rappresentatività delle organizzazioni sindacali legittimate a stipulare i contratti collettivi attuativi del rinvio.

Occorre anzitutto premettere che il nostro ordinamento si limita a fare riferimento al sindacato comparativamente più rappresentativo, senza però fornire i criteri in base ai quali dovrebbe essere misurata la rappresentatività ed in base ai quali dovrebbe essere effettuata la comparazione.

Secondo una parte della dottrina, al fine di individuare i criteri alla stregua dei quali procedere alla misurazione della rappresentatività di un sindacato, sarebbe opportuno utilizzare gli accordi interconfederali sulla contrattazione collettiva<sup>190</sup>.

Più in particolare, è stato osservato che “*il costante riferimento ai “sindacati comparativamente più rappresentativi” venga ora a materializzarsi nei termini disciplinati dagli accordi interconfederali,*

---

<sup>188</sup> M. D'ANTONA, *ultima op. cit.*, p. 674.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> In questo senso, si veda, G. FERRARO, *Sul rinnovato sistema delle relazioni industriali*, in ADL, 2014, p. 562.

*essendo da considerare tali quei sindacati che hanno partecipato al processo negoziale che conduce alla sottoscrizione di accordi applicabili all'insieme dei lavoratori*"<sup>191</sup>.

Muovendo da tali premesse, quindi, la dottrina è giunta ad affermare che i sindacati comparativamente più rappresentativi siano quelli che superano la soglia del 5%, che abbiano partecipato alla trattativa anche mediante la delegazione trattante e che abbiano sottoscritto i contratti collettivi specie a livello nazionale<sup>192</sup>.

È stato, però, opportunamente osservato che una simile soluzione può avere soltanto *“una funzione di orientamento, essendo inutilizzabile nel caso in cui non siano disponibili i dati associativi ed elettorali”*<sup>193</sup>.

In tal caso, quindi, è stato suggerito di *“rifarsi ai criteri già individuati dalla giurisprudenza per selezionare i sindacati maggiormente rappresentativi, valutando caso per caso la loro capacità di operare una selezione reale”*<sup>194</sup>.

Le valutazioni fin qui esposte riguardano, non diversamente, la contrattazione collettiva territoriale atteso che il contratto collettivo regionale o provinciale è un contratto di rilevanza settoriale, seppur con copertura geografica limitata rispetto al C.C.N.L..

---

<sup>191</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso, si vedano: F. CARINCI, *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del “nostro” diritto sindacale)*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 203, p. 684; S. MAINARDI, *op. cit.*, p. 184.

<sup>192</sup> G. FERRARO, *op. cit.*, p. 562. L'Autore fa ovviamente riferimento ai criteri definiti dal Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Non è questa la sede per approfondire la portata e il contenuto del T.U. sulla rappresentanza, che fa seguito alle indicazioni già contenute nei precedenti Accordi interconfederali del 28 giugno 2011 e del 30 maggio 2013. Va soltanto detto che il Testo Unico del 2014 prevede che sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale i sindacati di categoria aderenti alle confederazioni firmatarie che abbiano, nell'ambito di applicazione del c.c.n.l., una rappresentatività non inferiore al 5%, considerano a tal fine la media tra i dati associativi (numero delle deleghe relative ai contributi sindacali conferiti dai lavoratori) e i dati elettorali (voti espressi in occasione delle elezioni delle rappresentanza sindacali unitarie).

<sup>193</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 201.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

Non cambia neppure la dimensione geografica della maggiore rappresentatività comparata: il requisito deve essere apprezzato, comunque, su base nazionale<sup>195</sup>.

A questo punto, occorre chiedersi se, affinché il contratto collettivo possa produrre gli effetti ammessi dal rinvio legislativo, sia necessario che quell'accordo venga sottoscritto dall'unanimità<sup>196</sup> ovvero dalla maggioranza<sup>197</sup> delle sigle sindacali comparativamente più rappresentative.

A sostegno della prima tesi, è stato affermato che solo la stipulazione unitaria del contratto collettivo consentirebbe a quest'ultimo di realizzare gli effetti previsti dalla legge che ad esso ha fatto rinvio<sup>198</sup>.

A sostegno della seconda tesi, invece, è stato autorevolmente sostenuto che il criterio maggioritario dovrebbe trovare applicazione anche con riferimento al sistema sindacale di fatto<sup>199</sup>.

Altri ancora, hanno sostenuto che nessuna delle due tesi può essere condivisibile in quanto, quanto alla tesi dell'unanimità, questa non avrebbe *“fondamento positivo, non essendo prevista da alcuna disposizione della legge e non essendo desumibile nemmeno dalla parte inattuata dell'art. 39 Cost.”* e in ogni caso, non potrebbe trovare un suo fondamento neppure nelle *“disposizioni di legge che fanno rinvio all'attività contrattuale delle organizzazioni maggiormente rappresentative”* le quali *“contengono esclusivamente una valutazione sulla idoneità e sulla attitudine, di alcuni, selezionati, soggetti collettivi*

---

<sup>195</sup> P. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 383.

<sup>196</sup> Per la necessità del consenso unanime, si veda, A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 11.

<sup>197</sup> In questo senso, G. PERA, *Commento all'art. 4*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, pp. 31 e ss..

<sup>198</sup> P. ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e dell'ordinamento statale*, in Riv. Giur. Lav., 1975, I, pp. 439 e 440.

<sup>199</sup> G. PERA, *op. cit.*, pp. 31 e ss..

*alla individuazione, in concreto, dell'interesse collettivo che riceverà riconoscimento*"<sup>200</sup>.

Quanto, invece, alla tesi del consenso maggioritario, è stato sostenuto che *"il sistema di contrattazione collettiva [...] non ha assunto [...] forme vincolanti di "collegialità", essendo stato fatto sempre salvo, in caso di conflitto, il diritto di ciascuna organizzazione sindacale alla propria "identità" e alla propria "autonomia", anche attraverso la riaffermazione della libertà del ricorso ad un'azione diretta"*<sup>201</sup>.

Con particolare riferimento all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, invece, è stato affermato che se l'accordo sindacale è stato concluso nel rispetto delle regole previste dagli accordi interconfederali sulla contrattazione collettiva che consentono di superare il dissenso per mezzo della regola maggioritaria<sup>202</sup>, l'accordo potrà comunque considerarsi sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>203</sup>.

In ogni caso, va sottolineato che il legislatore quando, nel prevedere il rinvio all'autonomia collettiva, stabilisce che l'accordo che deve integrare la disposizione normativa è quello sottoscritto "da" organizzazioni comparativamente più rappresentative, deve essere interpretato nel senso che il rinvio potrà produrre i suoi effetti anche nel caso in cui l'accordo collettivo sia stato stipulato da almeno due, anche se non da tutti i sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>204</sup>.

Tale tecnica è quella impiegata nell'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

---

<sup>200</sup> G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, cit., p. 146 e 147.

<sup>201</sup> *Ivi*, pp. 155 e 156.

<sup>202</sup> V. BAVARO, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *Lav. Dir.*, 2014, p. 3.

<sup>203</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 194.

<sup>204</sup> In questo senso, A. MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Padova, Cedam, 2005, t. I, p. 469.

Qualche dubbio potrà porsi nel caso in cui il contratto collettivo attuativo del rinvio sia stato stipulato in violazione delle regole fissate dagli accordi interconfederali.

Al riguardo, è opportuno domandarsi se un contratto collettivo siglato al di fuori delle regole sulla contrattazione collettiva possa comunque esercitare la funzione che la legge le ha espressamente attribuito.

Sul punto, si condivide l'orientamento dottrinario secondo il quale *“l'esistenza di un accordo sulla contrattazione non impedisce alle organizzazioni di stipulare un accordo al di fuori di quei limiti, poiché le stesse organizzazioni avranno scelto in tal caso di porsi fuori dal sistema, riappropriandosi (ed esercitando la) legittimazione negoziale che compete loro in forza dell'art. 39, primo comma, Cost.”*<sup>205</sup>.

Pertanto, in questi casi, l'art. 51 può essere interpretato nel senso che saranno legittimati ad attuare i rinvii legislativi anche i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali la cui rappresentatività e la connessa comparazione viene eseguita sulla base delle regole desumibili dall'ordinamento, seppur non necessariamente coincidenti con quelle definite dagli accordi sulla contrattazione collettiva.

A questo punto occorre domandarsi se il legislatore del 2015 richieda che l'accordo sia stato sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero se sia sufficiente che tali sindacati si siano limitati a partecipare alle trattative.

Ad avviso di chi scrive, la questione non è di poco conto poiché involge tutte quelle situazioni in cui siano stati sottoscritti accordi separati ovvero tutti quei casi in cui vi sia stata la sottoscrizione di accordi di secondo livello e l'organizzazione sindacale di livello nazionale si sia

---

<sup>205</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 196.

limitata a prestare assistenza negoziale alle articolazioni aziendali o territoriali.

Su tale specifico aspetto, la dottrina è divisa.

Da un lato, vi è chi sostiene che la soluzione da preferire sarebbe quella di ritenere che l'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa non deve essersi “*limitata a sedersi al tavolo delle trattative*”, ma deve aver “*sottoscritto l'accordo, facendone proprio il contenuto*”<sup>206</sup>.

Tali considerazioni prendono le mosse dalla constatazione che, diversamente da quanto accade con l'art. 19, legge n. 300 del 1970, il verbo “stipulare” è utilizzato dal legislatore, non già al fine di individuare i contratti collettivi destinatari di alcune prerogative sindacali (quale la possibilità di costituire RSA), quanto piuttosto al fine di consentire all'autonomia collettiva di sostituire, integrare ovvero derogare la disciplina legale<sup>207</sup>.

Un'altra parte della dottrina, invece, con riferimento alle ipotesi di contratti sottoscritti a livello territoriale e aziendale, ritiene che ciò che conta è che il sistema di relazioni sindacali sia costituito (anche) da associazioni dotate del requisito della maggiore rappresentatività comparata a livello nazionale, a prescindere dalla sottoscrizione dell'accordo<sup>208</sup>.

L'analisi della portata e del significato dell'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 conferma che il criterio selettivo del sindacato comparativamente più

---

<sup>206</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, p. 192.

<sup>207</sup> Sono note le questioni sollevate in relazione all'art. 19, legge n. 300 del 1970 e agli approdi, successivi alla sentenza n. 231 del 2013 con la quale la Corte Costituzionale ha affermato il principio secondo cui le RSA possono essere costituite da tutte le organizzazioni sindacali che hanno anche soltanto partecipato alle trattative preliminari alla stipulazione del contratto collettivo di lavoro. Sugli effetti di tale sentenza si veda, A. MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. Lav.: connessioni e connessioni sistemiche*, in AA.VV., *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Adapt Labour Studies*, n. 13/2013.

<sup>208</sup> P. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 384.

rappresentativo altro non è che la “*tecnica ordinaria per una costante integrazione delle direttive legali e delle regole contrattuali*”<sup>209</sup>, chiamato al contempo a svolgere “*una funzione di deterrenza rispetto a comportamenti di datori di lavoro orientati a favorire fenomeni di dumping contrattuale*”<sup>210</sup>.

Con la conseguenza che tutti i contratti collettivi che non rispondono ai requisiti di cui all’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 non potrebbero recepire le deleghe di legge e rimarrebbero “*att(i) di autonomia privata valid(i), ancorché non idone(i) a produrre l’effetto costitutivo del rinvio*”<sup>211</sup>.

### **3.2. La legittimazione negoziale delle RSA e delle RSU.**

Come visto, l’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 legittima ad attuare il rinvio non soltanto i contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale ovvero aziendale dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ma anche i “*contratti collettivi aziendali, stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali e dalla rappresentanza sindacale unitaria*”.

Occorre, pertanto, interrogarsi sul fondamento giuridico di tale legittimazione negoziale e sulle condizioni in presenza delle quali le deleghe di legge possono essere recepite.

---

<sup>209</sup> G. FERRARO, *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità dal punto di vista giuridico*, in ADL, 2016, p. 39.

<sup>210</sup> P. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 389.

<sup>211</sup> P. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 389. In particolare, l’Autore, quanto alle conseguenze derivanti dalla attuazione del rinvio da parte di un contratto collettivo stipulato da soggetti non legittimati, osserva che: “*se un contratto collettivo nazionale di lavoro non rispondente ai requisiti di cui all’articolo 51 prevedesse il superamento del limite di trentasei mesi per i rapporti di lavoro a tempo determinato, all’esito di una procedura ispettiva o di un procedimento giudiziario, ai datori di lavoro che in applicazione di quel contratto collettivo sforassero il limite legale di durata dei contratti a termine verrebbe ordinato di conformarsi allo standard di legge, con contestuale applicazione delle sanzioni previste per la corrispondente ipotesi di violazione del precetto legale*”.

Al riguardo, va subito detto che alle RSA il legislatore non attribuisce alcuna legittimazione negoziale “originaria” diversamente da quanto è possibile affermare con riferimento alle organizzazioni sindacali<sup>212</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le RSU, è il Protocollo del 23 luglio del 1993 e non la legge, a riconoscergli espressamente “*la legittimazione a negoziare al secondo livello le materie oggetto di rinvio da parte del CCNL*”.

Con la conseguenza che, rispetto alle materie nelle quali opera il rinvio previsto dalle disposizioni che richiamano l’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015, è proprio quest’ultima norma a conferire la predetta legittimazione negoziale alle RSA e alle RSU.

Tale legittimazione, con riferimento alle Rappresentanze Sindacali Aziendali, è attribuita soltanto a quelle che siano riferibili alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative individuate sulla base dei criteri poc’anzi identificati<sup>213</sup>.

E così, ai fini della validità dell’accordo aziendale attuativo del rinvio andrà verificato se le organizzazioni sindacali cui si riferiscono le RSA siano quelle che presentano i requisiti individuati dal Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 e, in particolare, occorrerà fare riferimento alla regola dettata nella parte terza del Testo Unico, laddove è previsto che il contratto collettivo aziendale è pienamente efficace ed esigibile “*se approvato dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell’ambito della associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell’azienda nell’anno*

---

<sup>212</sup> In questo senso, si vedano, M. PERSIANI, *Saggio sull’autonomia privata collettiva*, Padova, Cedam, 1972; M. DELL’OLIO, *L’organizzazione e l’azione sindacale in generale*, Padova, Cedam, 1980.

<sup>213</sup> Cfr. *retro* par. 3.1.

*precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati ai sensi della presente intesa*”<sup>214</sup>

Per quanto riguarda, invece, la validità dei contratti aziendali sottoscritti dalle Rappresentanze Sindacali Unitarie, ad avviso di chi scrive, devono ritenersi condivisibili i rilievi mossi da quella dottrina che ha ritenuto che quel contratto sarà idoneo ad attuare il rinvio legislativo, soltanto nel caso sia stato sottoscritto nel rispetto delle regole dettate dal Protocollo del 1993 istitutivo delle RSU<sup>215</sup>.

Al riguardo, è stato infatti osservato che il conferimento della legittimazione negoziale ad un organo di derivazione pattizia, va analizzato insieme a tutte quelle regole di funzionamento dettate dall'accordo istitutivo in quanto *“la formula legale è di per sé suscettibile di integrarsi con le regole organizzative e decisionali disegnate dall'autonomia collettiva”*<sup>216</sup>.

#### **4. Il riparto delle competenze tra livelli negoziali.**

A questo punto, occorre però osservare come le organizzazioni sindacali che abbiano sottoscritto il contratto collettivo idoneo alla attuazione del rinvio, devono al contempo avere la capacità di distribuire le competenze tra i diversi livelli contrattuali, non avendo l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 individuato a priori i livelli incaricati della delega.

In questo modo, il legislatore del 2015 ha delineato un sistema costruito sulla *“competenza parallela tra i diversi livelli contrattuali, [...] destinata a generare un numero crescente di interferenze formali e*

---

<sup>214</sup> Così, I. ALVINO, *op. cit.*, pp. 212 e 213.

<sup>215</sup> *Ivi*, p. 211.

<sup>216</sup> G. FERRARO, *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità dal punto di vista giuridico*, *cit.*, p. 39.

*sostanziali, in virtù di una potenziale sovrapposizione legislativamente puntellata e in assenza di clausole di cedevolezza tra fonti concorrenti*<sup>217</sup>.

Ciò posto, è necessario domandarsi in che modo, nell'ambito delle materie per la cui disciplina il legislatore ha rinviato alla contrattazione collettiva, avvenga il riparto di competenze tra livelli negoziali.

Sul punto, la dottrina non è giunta a conclusioni univoche.

Una parte della dottrina, infatti, ritiene che il silenzio del legislatore debba essere interpretato nel senso di ritenere che sia *“il sistema contrattuale intersindacale”* a fungere da *“ordinatore dei rapporti fra i livelli”*<sup>218</sup>.

In particolare, è stato osservato che l'art. 51 rinvierebbe, in realtà, *“al sistema sindacale la definizione delle regole e dei raccordi soggettivi/oggettivi fra i livelli abilitati alla contrattazione collettiva”*, cosicché *“il governo del sistema contrattuale definito in ambito sindacale riceverebbe, proprio grazie alla norma del decreto legislativo 81/2015, pieno impulso e piena legittimazione legale, giustificando una sua esigibilità in sede giudiziale”*<sup>219</sup>.

Da ciò conseguirebbe che eventuali antinomie tra regole dettate da contratti di diverso livello attuativi del rinvio andrebbe risolto sulla base delle stesse regole dettate a livello intersindacale.

Un secondo orientamento dottrinario, invece, ha obiettato che una simile conclusione non parrebbe condivisibile in quanto *“non sembra possibile evincere dal tenore letterale della disposizione un rinvio alle regole definite dalle parti sociali per disciplinare il rapporto fra i livelli della contrattazione collettiva”*<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> D. COMANDE', *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in RIDL, 2017, I, p. 292.

<sup>218</sup> V. BAVARO, *Azienda, contatto e sindacato*, Bari, Cacucci editore, 2012, p. 117.

<sup>219</sup> S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel nuovo diritto del lavoro*, op. cit., p. 222.

<sup>220</sup> I. ALVINO, op. cit., p. 241. L'Autore richiama l'opinione di M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Cost.*, in Dir. Lav. Merc., 2013, p. 283, il quale argomenta che l'ultimo comma

Al riguardo, è stato sostenuto che la “*tecnica impiegata nell’art. 51, d.lgs. n. 81/2015*” sarebbe “*funzionale ad offrire all’autonomia collettiva uno strumento di specificazione a livello decentrato della regolazione legislativa laddove richiesto da specifiche esigenze che le parti collettive potrebbero ritenere pregiudicate dall’applicazione della regola definita a livello nazionale*”<sup>221</sup>.

Poste tali premesse, l’orientamento dottrinario in parola giunge alla conclusione che le eventuali antinomie tra regole dettate da contratti di diverso livello attuativi del rinvio andrebbe risolto applicando le regole generali del diritto privato.

Certo è che, a fronte della molteplicità e diversità dei vari criteri elaborati dalla dottrina<sup>222</sup> e dalla giurisprudenza<sup>223</sup>, è molto difficile individuare un criterio certo che consenta di risolvere il problema delle antinomie tra diversi livelli negoziali che abbiano attuato il rinvio legislativo.

Al contrario, non si pone alcun problema di conflitto tra contratti collettivi di diverso livello attuativi del rinvio legislativo, tutte le volte in cui è lo stesso legislatore ad individuare quale tipologia di contratto collettivo debba intervenire nella regolamentazione della disciplina del rapporto di lavoro.

---

dell’art. 39, Cost. relaizzerebbe la costituzionalizzazione del solo contratto collettivo nazionale di categoria, con la conseguenza che i contratti di secondo livello, siano essi territoriali, siano essi aziendali, dovrebbero considerarsi subordinati a quelli nazionali,

<sup>221</sup> *Ivi*, p. 242.

<sup>222</sup> La dottrina si è divisa tra quanti ritengono applicabile il criterio gerarchico, quello di specialità ovvero quello cronologico. Si vedano, tra i tanti: M. TREMOLADA, *Concorso e conflitto fra regolamenti da contratti collettivi incompatibili*, Padova, Cedam, 1994; V. MAIO, *Concorso e conflitto di diritti che discendono da contratti collettivi incompatibili*, ADL, 2004, pp. 571 e ss.; P. BELLOCCHI, *Art. 2077 c.c.*, in A. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Milano, Giuffrè, 2017; G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, Lav. Dir., 1987, pp. 229 e ss..

<sup>223</sup> Fra i numerosi criteri elaborati dalla giurisprudenza, vanno annoverati: il criterio del *favor*, quello della revoca del mandato, quello di gerarchia, quello che poggia sul limite dell’abuso di potere in caso di deroga peggiorativa da parte del contratto aziendale, quello cronologico, quello di specialità e quello di uniformità dei trattamenti.

A titolo esemplificativo, si pensi:

a) all'art. 4, legge n. 300 del 1970, così come modificato dal d.lgs. n. 151 del 2015 il quale dispone: *“gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori [...] possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali”*<sup>224</sup>, in mancanza del quale è possibile richiedere un'autorizzazione amministrativa;

b) agli artt. 21, comma 5 e 41, comma 1, d.lgs. n. 148 del 2015 i quali dispongono che il contratto di solidarietà è stipulato dall'impresa mediante i contratti collettivi aziendali di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

Sebbene l'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 generi dubbi in relazione alla soluzione di eventuali antinomie sorte in seno ai contratti collettivi di diverso livello attuativi del rinvio, ciò che va detto è che si tratta di *“una norma più rispettosa della autonomia collettiva, perché lascia alle parti contraenti la scelta del livello più adatto a intervenire nelle diverse materie, a seconda delle circostanze e del tipo di delega da esercitare”*<sup>225</sup>.

Al contempo, però, va detto che proprio questa equiparazione tra diversi livelli negoziali aventi, come minimo comune multiplo, il requisito della rappresentatività comparata, potrebbe comportare una insanabile contraddizione.

Nel caso di contratti di diverso livello, infatti, *“non sarebbe possibile dare prevalenza al contratto stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, anche perché, se il livello di contrattazione non è omogeneo, ed anzi si assume diverso, anche*

---

<sup>224</sup> Tale accordo, non potrà essere sostituito dal consenso alla installazione espresso individualmente dai lavoratori impiegati nell'unità produttiva (cfr., di recente, Cass. pen., sez. III, 31 gennaio 2017, n. 22148).

<sup>225</sup> T. TREU, *L'art. 51 del decreto 81/2015: i livelli contrattuali pari sono*, Giur. Lav., 2015.

*la rappresentanza sindacale, per definizione non è più comparabile, atteso che un sindacato può essere realmente molto rappresentativo in un contesto aziendale, ma non esserlo affatto nel livello territoriale in cui l'azienda si colloca*"<sup>226</sup>.

## **5. L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi oggetto di rinvio.**

Dopo aver esaminato i requisiti che il contratto collettivo attuativo del rinvio legislativo deve presentare affinché possa essere pienamente valido ed efficace, occorre soffermarsi sulla questione relativa all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi oggetto di rinvio.

Va anzitutto premesso che l'eterogeneità dei rinvii esclude "*una omogeneità degli effetti prodotti*": la omogeneizzazione degli effetti del rinvio, infatti, finirebbe con lo sminuire "*la grande ricchezza delle fattispecie di collegamento tra fonte legale e previsioni contrattuali*"<sup>227</sup>.

Pertanto, dopo aver analizzato gli aspetti di carattere generale, ci si soffermerà sulla questione della efficacia soggettiva dei contratti collettivi c.d. delegati in relazione alle macro-categorie di rinvii analizzate in apertura del presente capitolo.

Per i contratti collettivi attuativi del rinvio legislativo il problema dell'efficacia soggettiva assume una valenza particolare, dovuta alla presenza di una fonte di rango primario che, in astratto, giustifica una considerazione del contratto collettivo che va ben oltre il "diritto comune".

Ed è proprio con l'attribuzione al contratto collettivo delle funzioni delegategli dalla legge che la giurisprudenza e gli interpreti hanno dovuto

---

<sup>226</sup> V. MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Milano, Cedam, 2013, pp. 176 e 177.

<sup>227</sup> A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 250-251.

risolvere tutti gli interrogativi connessi al problema dell'efficacia *erga omnes*.

Tuttavia, le soluzioni accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza non sono state univoche.

Fondamentale, nella ricostruzione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo “delegato”, è stato il dibattito che si è instaurato sulla rimozione del divieto di lavoro notturno per le donne<sup>228</sup>.

Ed infatti, in tale circostanza, la Suprema Corte era giunta alla conclusione per cui i contratti collettivi dovevano ritenersi applicabili anche alle lavoratrici dissenzienti sul presupposto che le stesse erano iscritte alle associazioni contraenti e tali erano rimaste anche dopo la stipula del contratto<sup>229</sup>.

Negli anni successivi, la sempre maggiore diffusione del meccanismo del rinvio della legge al contratto collettivo, ha indotto la dottrina a teorizzare “*una scissione, nel genus, tra più tipi (n.d.r., di contratti collettivi) in relazione alle singole materie che vengono in osservazione*”<sup>230</sup>.

E così, è stato sostenuto che i contratti collettivi c.d. derogatori costituirebbero l'espressione, non già dell'autonomia negoziale, quanto piuttosto di “*un vero e proprio potere regolamentare pubblico*”<sup>231</sup>.

In tali ipotesi, quindi, l'accordo sindacale sarebbe legittimato dalla fonte primaria a “manipolare” un precetto normativo altrimenti inderogabile e, di conseguenza, avrebbe la capacità di vincolare tutti i soggetti rientranti nella sfera applicativa della norma<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> Già riconosciuto dall'art. 5 della legge n. 903 del 1977.

<sup>229</sup> Cfr. Cass., 24 aprile 1993, n. 4802, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 749.

<sup>230</sup> P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di diritto privato, Il lavoro subordinato*, F. CARINICI (a cura di), *Il diritto sindacale, Tomo I*, G. PROIA (a cura di), p. 287.

<sup>231</sup> *Ivi*, p. 288.

<sup>232</sup> F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, *cit.*, pp. 43 e ss..

Del resto, come è stato giustamente osservato, la “*deregolamentazione*” ha “*sensu*” e può “*in concreto funzionare*” soltanto nel caso in cui “*la legge devolvente attribuisca ai contratti collettivi delegati la stessa efficacia normativa e generale che è propria della legge devolvente*”<sup>233</sup>.

Anche nel caso dei rinvii c.d. autorizzatori è stato osservato che, con particolare riferimento al ruolo che l’autonomia collettiva riveste nella disciplina dei rapporti di lavoro flessibile, il legislatore avrebbe “*riconosciuto ai contratti collettivi [...] funzioni di produzione normativa con efficacia generale*”<sup>234</sup>.

Secondo le opinioni appena riferite, dunque, non si porrebbe neppure un problema di contrasto con la seconda parte dell’art. 39 Cost. poiché la attribuzione al contratto collettivo di una efficacia generale conseguirebbe alla legge il cui contenuto verrebbe definito dalle parti sociali<sup>235</sup>.

Al fine di individuare il fondamento della efficacia *erga omnes* di tali tipologie di contratti collettivi, la dottrina ha adottato due soluzioni.

La prima è quella che sostiene che i contratti collettivi delegati, siano essi derogatori, siano essi autorizzatori, non sono utilizzati “*come fonte regolativa di natura negoziale, ma come elemento di integrazione di una fattispecie alternativa alla norma legale*”<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in RIDL, I, 1989, p. 364.

<sup>234</sup> L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in MGL, 1980, 5, p. 305.

<sup>235</sup> M. D’ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in DLRI, 1990, p. 546. Ciò nonostante, la giurisprudenza, in taluni casi, ha “*del tutto obliterato il significato della devoluzione da parte della legge di funzioni normative all’autonomia collettiva*”, disconoscendo la efficacia generalizzata del contratto collettivo “delegato”. In questo senso, G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, cit., p. 27. L’Autore riporta, inoltre, una rassegna della giurisprudenza formatasi su tale specifica questione.

<sup>236</sup> Così L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, cit., p. 697.

In altre parole, in questi casi, il legislatore riconosce alla autonomia collettiva una sorta di delega in bianco il cui contenuto deve essere riempito da contratti collettivi che acquistano efficacia *erga omnes* poiché si pongono sullo stesso piano della norma delegante.

Un'altra parte della dottrina, invece, ha affermato che il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi attuativi del rinvio legale vada risolto nel senso di ritenere che il prodotto dell'autonomia collettiva sarebbe investito di un "effetto terzo", diverso dalla efficacia obbligatoria e dalla efficacia normativa "costitutivo della speciale legittimazione negoziale" derivante dal meccanismo del rinvio<sup>237</sup>.

La seconda soluzione che è stata adottata per fondare l'efficacia *erga omnes* di questi contratti è quella della c.d. procedimentalizzazione<sup>238</sup>.

Secondo una simile ricostruzione, il contratto collettivo è rivolto "a manipolare in via diretta non il contenuto dei singoli rapporti individuali, bensì direttamente la norma legale"; tutti i lavoratori non possono perciò che trovarsi "naturalmente esposti all'esercizio dei poteri imprenditoriali che hanno riacquisito una latitudine maggiore in conseguenza della modifica dell'assetto normativo avvenuta sullo stesso piano della legge"<sup>239</sup>.

Da ciò consegue logicamente che i contratti collettivi delegati avranno "efficacia nei confronti di tutti i lavoratori [...] senza che questi possano contestare ex post la carenza di mandato rappresentativo dei sindacati stipulanti o dissentire dalla loro azione"<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 554. L'Autore si riferisce agli effetti dei contratti collettivi attuativi del rinvio di cui all'art. 23, legge . 56 del 1987.

<sup>238</sup> Seguita anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 268 del 1994.

<sup>239</sup> Cfr. F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/1991*, in Riv. giur. lav., 1993, I, p. 42.

<sup>240</sup> G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva, cit.*, p. 30.

Un discorso ancora diverso, può essere fatto facendo riferimento alla questione della efficacia soggettiva dei contratti collettivi chiamati dalla legge ad esercitare “*funzioni tradizionalmente proprie della contrattazione collettiva*”<sup>241</sup>.

In questi casi, infatti, “*qualsiasi pattuizione migliorativa da parte dell’autonomia collettiva [...] non dovrebbe passare attraverso la strettoia dell’art. 51 del decreto legislativo n. 81/2015*”, “*a meno di un intervento legislativo che, al fine di preservare l’interesse generale sotteso alla riforma del lavoro (ad esempio, rilancio della occupazione, riduzione del dualismo nel mercato del lavoro), sancisse in modo esplicito e con carattere di eccezionalità l’inderogabilità assoluta del precetto legale, vale a dire [...] l’assoggettività della contrattazione in melius ai requisiti di cui all’articolo 51*”<sup>242</sup>.

Dall’analisi delle problematiche sottese all’efficacia soggettiva dei contratti collettivi delegati dalla legge nel sistema dei rinvii costruito dall’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 emerge che il legislatore ha, con un deciso cambio di rotta rispetto al passato, preferito abbandonare lo schema adottato dall’art. 8, d.l. n. 138 del 2011 che, come visto, attribuisce ai contratti collettivi aziendali una efficacia *erga omnes* e la capacità di stabilire deroghe, anche peggiorative, alle norme inderogabili di legge e a quelle contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Pertanto, dal discorso sin qui condotto deve essere escluso il contratto collettivo aziendale di cui all’art. 8, d.l. n. 138 del 2011 atteso che tale norma ricorre ad una tecnica normativa completamente diversa dal rinvio alla contrattazione collettiva, attribuendo direttamente al

---

<sup>241</sup> P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 135.

<sup>242</sup> P. TOMASSETTI, *op. cit.*, pp. 377 e 378.

contratto di prossimità un'efficacia generale e rendendo “superflua” qualsiasi interazione con la legge delegante<sup>243</sup>.

In conclusione, la possibilità di applicare il contratto collettivo oltre il perimetro dei rapporti compresi nell'ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo di diritto comune discende proprio “*dal meccanismo legale per cui la norma collettiva viene incorporata nella fattispecie complessa disegnata dalla disposizione rinviante*”<sup>244</sup>.

### **5.1. Il contratto collettivo delegato dalla legge ad individuare le condizioni di accesso al tipo contrattuale.**

Come detto, la eterogeneità dei rinvii della legge al contratto collettivo, impone una analisi diversificata che tenga conto delle peculiarità del ruolo che il prodotto dell'autonomia collettiva è destinato ad assumere.

Quanto alla categoria di rinvii volti ad attribuire ai contratti collettivi il compito di individuare le condizioni di accesso a determinate tipologie contrattuali, deve preliminarmente osservarsi che, rispetto al passato, l'autonomia collettiva viene raramente investita di tale funzione.

In alcuni casi, però, il legislatore riconosce all'autonomia collettiva il compito di integrare, di sostituire ovvero di derogare la disciplina relativa alle condizioni di accesso a talune tipologie contrattuali.

Basti pensare alla disciplina dettata dall'art. 23, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2015 che riconosce ai contratti collettivi il potere di

---

<sup>243</sup> In dottrina, è stato sollevato un dibattito molto acceso sulla compatibilità di tale norma con il sistema delineato dall'art. 39, Cost.. In particolare, è stato sostenuto che “non può esservi dubbio che la recente disposizione legislativa sia in contrasto con il dettato costituzionale perché ne viola i principi fondamentali, e cioè quelli considerati imprescindibili una volta depurata la norma da disposizioni procedurali transeunte”. G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 2011, p. 775.

<sup>244</sup> Così, I. ALVINO, *op. cit.*, p. 239.

modificare la percentuale di contingentamento definita in via generale dal legislatore nel 20% dei lavoratori a tempo indeterminato<sup>245</sup>.

Con riferimento a tali ipotesi, sembrano potersi condividere le conclusioni cui è pervenuto quell'orientamento che ritiene ancora attuali le conclusioni cui era pervenuta la dottrina in relazione all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi deputati alla fissazione dei presupposti necessari per l'impiego di una determinata tipologia contrattuale<sup>246</sup>.

In particolare, era stato sostenuto che, nel caso di contratti collettivi abilitati dalla legge ad individuare il tipo contrattuale<sup>247</sup>, le norme deleganti non regolano rapporti, ma distribuiscono competenze; con la conseguenza che la condizione per cui la fonte delegata deve avere la stessa efficacia della fonte devolvante è perfettamente assolta dalla produzione dell'effetto costitutivo *“che è appunto un effetto che il contratto collettivo produce con caratteri di generalità e con la forza propria della legge ogni volta che ve ne sono i presupposti”*<sup>248</sup>.

Muovendo da tali conclusioni, quindi, per i contratti collettivi che, su rinvio della legge, disciplinano, integrando la fonte primaria, le condizioni di accesso a talune tipologie contrattuali non si pone *“un problema di efficacia soggettiva, poiché (n.d.r., le parti sociali) [...] hanno la semplice funzione di modificare i presupposti che rendono legittima l'assunzione del lavoratore con quel certo contratto”*<sup>249</sup>.

Cosicché, una volta costituito il rapporto di lavoro, lo stesso potrà essere sottoposto alla regolazione di tutti quei contratti collettivi che posseggano i requisiti di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015<sup>250</sup>.

---

<sup>245</sup> Cfr. par. 3, capitolo 1.

<sup>246</sup> Così, I. ALVINO, *op. cit.*, pp. 226 e ss..

<sup>247</sup> Il riferimento è all'art. 23, legge n. 56 del 1987.

<sup>248</sup> M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 559.

<sup>249</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, pp. 227.

<sup>250</sup> *Ibidem.*

Presupponendo, quindi, che il datore di lavoro potrebbe in astratto invocare tutti i contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi, occorre chiedersi se la scelta dovrebbe ricadere sul contratto collettivo riferibile alla categoria nella quale opera lo specifico datore di lavoro.

Ed infatti, la categoria professionale “è il prius, il sindacato è il posterius”: lo “stesso sorgere” del sindacato “è provocato dalla consapevolezza di un interesse comune che in una certa fase storica si fa strada tra i membri della categoria; esso nasce, cioè, nella e dalla categoria per la cura dell’interesse di questa, onde può dirsi che [...] il sindacato è impensabile senza una categoria in cui affonda le proprie radici”<sup>251</sup>.

Dalla rilevanza che la categoria professionale assume nell’ordinamento sindacale non può farsi discendere un vincolo in capo al datore di lavoro in ordine all’applicazione del solo contratto collettivo attuativo del rinvio legislativo riferibile alla categoria di appartenenza.

È noto, infatti, che il principio di autonomia sindacale deve essere interpretato nel senso che, oltre alle organizzazioni sindacali, anche le parti del rapporto di lavoro sono libere di scegliere quale contratto collettivo debba applicarsi al rapporto stesso.

In particolare, costituisce un principio oramai pacifico quello secondo cui “il comma 1 dell’art. 2070 c.c. (secondo cui la appartenenza alla categoria professionale, ai fini della applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l’attività effettivamente esercitata dall’imprenditore) non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune [...]. Pertanto nell’ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore

---

<sup>251</sup> V. SIMI, *La funzione della legge nella disciplina collettiva del rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1962.

*corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale*<sup>252</sup>.

Pertanto, il rapporto di lavoro potrà essere regolato, nel suo svolgimento, da qualunque contratto collettivo scelto dalle parti nell'esercizio della libertà sindacale, purché sottoscritto, come detto, dai sindacati che posseggano, dopo la novella del 2015, il requisito della rappresentatività comparata.

## **5.2. Il contratto collettivo delegato dalla legge alla disciplina del rapporto di lavoro.**

La questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo si pone in modo diverso con riferimento a quei contratti che sono delegati dalla legge a modificare le regole applicabili al rapporto di lavoro.

In questo ambito rientra, ad esempio, la disposizione di cui all'art. 2103, così come riformato dalla novella del 2015 la quale riconosce al contratto collettivo il potere di individuare ulteriori ipotesi di assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori.

Ebbene, in questo caso, la regola collettiva attuativa del rinvio, diversamente da quanto appena visto con riferimento ai contratti collettivi delegati dalla legge ad intervenire sulle condizioni di accesso ad un determinato tipo contrattuale, non esaurisce la sua funzione al momento della costituzione del rapporto di lavoro, ma è destinata a disciplinare il rapporto durante il suo svolgimento.

---

<sup>252</sup> Cass. SS.UU., 26 marzo 1997, n. 2665, in Giur. It., 1998, p. 915, con nota di M. MARAZZA.

Anche in questi casi, non si viene a creare alcun problema sulla efficacia *erga omnes* del contratto collettivo delegato, poiché tale schema opera negando la presenza di quelli che sono i presupposti costitutivi del problema dell'efficacia: manca, infatti, quella sfasatura tra l'area dei rappresentanti e quella dei rappresentati che costituisce il nucleo del problema dell'estensione del contratto collettivo ai non iscritti<sup>253</sup>.

La dottrina si è anche occupata di individuare le condizioni tecniche necessarie affinché si possa fare ricorso a tale schema: in primo luogo è necessario che il potere del datore di lavoro sia unilaterale e deve preesistere all'accordo collettivo<sup>254</sup>.

Inoltre si è aggiunto che il contratto deve pur sempre intendersi deputato a svolgere una funzione di tutela del lavoratore, poiché attenua, anche quando è strumento di distribuzione di sacrifici, le conseguenze dell'esercizio di un potere in origine libero e illimitato<sup>255</sup>.

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

Come altrimenti è stato detto, *“la contrattazione collettiva [...] è una tecnica di condizionamento dei poteri imprenditoriali, [...] non una tecnica proiettiva sul piano collettivo degli interessi individuali del lavoratore”*. E se *“è così, il contratto collettivo aziendale è sempre efficace erga omnes [...], cioè è sempre vincolante nei confronti di tutti i lavoratori, poiché il suo compito è quello di vincolare, a favore di tutti, l'unica controparte datoriale”*<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> Cfr. B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit., p. 139.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>255</sup> P. TOSI, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pp. 449 e ss..

<sup>256</sup> M. NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, Intervento in *AA.VV., Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, 1998, pp. 165 ss..

È stato giustamente osservato che una simile ricostruzione è quella più coerente con la possibilità riconosciuta dall'ordinamento al legislatore di scegliere discrezionalmente *“la strada della specificazione della regola a livello categoriale, territoriale o aziendale laddove tale specificazione permetta una migliore soddisfazione dell'interesse generale. Migliore soddisfazione derivante dal fatto che il contenuto della regola sia definito dalle associazioni dotate di maggiore forza rappresentativa tenendo conto dell'interesse collettivo del gruppo di lavoratori ai quali quella disciplina è destinata ad applicarsi”*<sup>257</sup>.

In conclusione, tramite queste disposizioni non si realizza un'estensione dell'efficacia soggettiva di un atto di autonomia privata, quanto piuttosto l'associazione delle parti sociali nell'esercizio della funzione regolativa propria delle legge in ambiti predeterminati<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> I. ALVINO, *op. cit.*, pp. 232 e 233.

<sup>258</sup> F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione, cit.*, p. 275.

## CAPITOLO TERZO

### IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO NEL DIALOGO TRA GLI ORDINAMENTI

#### 1. Il rapporto tra due sistemi normativi distinti: una premessa.

L'analisi sin qui condotta ha dimostrato che il diritto del lavoro si caratterizza per la complessità dei suoi elementi di formazione che si estendono ben al di là dei tradizionali confini del diritto di produzione statale.

Come è stato autorevolmente affermato, infatti, *“uno degli aspetti più caratteristici della realtà giuridica contemporanea consiste in un più ampio ed articolato concetto di positività del diritto costruito attraverso il contestuale operare di diversi fattori, legislazione, politiche sociali, prassi giudiziaria, alle quali concorrono sia gli operatori giuridici sia i soggetti privati, sia le formazioni sociali e fra queste, in particolare, le associazioni sindacali”*<sup>259</sup>.

E così, dopo aver analizzato la legislazione degli ultimi anni al fine di cogliere la complessità delle interazioni tra legge e contrattazione collettiva, così come desumibili dall'operatività del meccanismo del rinvio, occorre ora soffermarsi sulle modalità attraverso le quali dialogano l'ordinamento giuridico statale e i centri di produzione giuridica diversi dallo Stato.

E lo si farà, analizzando le principali “ipotesi teoriche” che si sono nel tempo succedute, volte ad individuare i rapporti tra i vari ordinamenti “*generatori del diritto*” del lavoro, cercando di comprendere in che modo

---

<sup>259</sup> F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro, vol I: Le fonti, il sindacato, lo sciopero*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 13.

la dottrina ha “*scevera(to) i punti di tangenza e di compenetrazione*” tra “*l’ordinamento originario*” e quello “*derivato*” ed ha ricercato un “*equilibrio*” tra le fonti primarie e quelle “*estranee alla [...] piramide delle fonti*” dell’ordinamento statale<sup>260</sup>.

L’analisi delle principali teorie sviluppate in relazione al rapporto tra i due ordinamenti sarà condotta fornendone una ricostruzione ragionata e sintetica volta a comprendere l’evoluzione del pensiero della dottrina sulle modalità attraverso le quali “*dialogano*” la legge e il contratto collettivo.

E l’importanza di tale ricostruzione deve farsi discendere da ciò che “*l’autonomia collettiva ha dimostrato, dalla liberazione al nuovo secolo, di riuscire ad esprimere una tecnica regolativa capace di produrre sintesi virtuose degli interessi contrapposti, anche in termini evolutivi della razionalità assiologica del diritto del lavoro, nonché insieme equilibrati bilanciamenti dei valori costituzionali, coniugando nella sua efficacia strumentale la tutela della persona e la realtà dell’impresa (fonte di occupazione e di benessere sociale)*”<sup>261</sup>.

## **2. Dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici alla teoria dell’autonomia privata collettiva.**

L’analisi delle ipotesi teoriche sviluppate in relazione alle modalità attraverso le quali dialogano l’ordinamento statale e quello sindacale, non può prescindere dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici.

---

<sup>260</sup> G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 17 e ss..

<sup>261</sup> R. PESSI, *L’efficacia del diritto del lavoro e l’autonomia privata collettiva* - Riv. it. dir. lav., fasc.1, 2009, p. 71.

La conoscenza dei diversi fenomeni di produzione del diritto presuppone, secondo Santi Romano, la “ri-costruzione” della nozione di ordinamento giuridico.

L’illustre Autore muove dalla necessità, da un lato, di ridefinire la tradizionale nozione di “diritto”, inteso come insieme di “*regole di condotta*”, e, dall’altro lato, di integrare quella definizione con i “*vari significati*” che in concreto può assumere<sup>262</sup>.

In particolare, secondo Santi Romano, il diritto “*in un primo significato, si designa come [...] una o più norme singole – una legge, una consuetudine, un codice e così via – considerandole ciascuna in sé o anche raggruppandole materialmente, secondo il loro oggetto comune, o la fonte da cui derivano, o il documento in cui si contengono*”<sup>263</sup>.

In un secondo significato, invece, “*per diritto si intende qualche cosa non soltanto di più comprensivo, ma anche di sostanzialmente diverso. Ciò si verifica allorquando si ha riguardo all’intero ordinamento giuridico di un ente: per esempio quando si parla del diritto italiano o francese, del diritto della Chiesa ecc... [...]. Allora, la definizione generalmente adottata, per sostenersi, ha bisogno di ricondurre ad un espediente: quello di concepire ciascuno di tali ordinamenti come un complesso di norme*”<sup>264</sup>.

Pertanto, secondo tale impostazione teorica, la definizione del diritto non può coincidere con quella delle norme che in esso sono ricomprese poiché l’ordinamento giuridico “*è un’entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto*

---

<sup>262</sup> S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1951, pp. 4 e 5.

<sup>263</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>264</sup> *Ibidem*.

*l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura*"<sup>265</sup>.

Ed è proprio prendendo le mosse da tale significato di ordinamento giuridico, che Santi Romano fa discendere l'esistenza di *"tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni"*<sup>266</sup>.

Il principio della pluralità è stato applicato dall'Autore a tutte le organizzazioni dotate di una certa autonomia ed individuabili all'interno dell'ordinamento statale tra le quali vengono annoverati anche tutti gli *"enti che sono regolati dallo Stato, ma che hanno anche un ordinamento proprio non riconosciuto dallo Stato (ordinamenti disciplinari privati; organizzazione interna di stabilimenti di lavoro; le c.d. associazioni o istituzioni non riconosciute)"*<sup>267</sup>.

E così, l'Autore, sul presupposto che *"tutte le volte che si ha un organismo sociale, di qualche complessità, sia pur lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri, di norme, di sanzioni"* descrive nei termini che seguono i rapporti che si instaurano tra tale ordinamento e quello statale.

Quello delle *"organizzazioni di unioni"* è un *"fenomeno giuridico a doppia faccia, che non si può completamente spiegare, se non ammettendo che esso si svolge, nel medesimo tempo e con atteggiamenti diversi e magari contrari, nelle rispettive orbite dei due distinti ordinamenti giuridici. L'uno è quello dello Stato, e per esso la figura del contratto è, almeno di regola, la sola che può avere rilevanza [...]. L'altro è l'ordinamento particolare che si concreta in un'istituzione o più istituzioni costituite di gruppi di intrainprenditori e di operai, e ciò che per diritto dello Stato è un contratto, per tale ordinamento vale come un sistema a*

---

<sup>265</sup> S. ROMANO, *op. cit.*, pp. 14 e 15.

<sup>266</sup> *Ivi*, p. 106.

<sup>267</sup> *Ivi*, p. 125.

*sé, più o meno autonomo, di diritto obbiettivo, che si fa valere con i mezzi di cui l'organizzazione dispone, nell'interno di essa: mezzi che per lo Stato possono essere anche extragiuridici o antiggiuridici, ma che sono viceversa legittimi pel regime speciale cui si riferiscono*"<sup>268</sup>.

Così ricostruiti i rapporti tra i due distinti ordinamenti giuridici, l'Autore giunge alla conclusione che, sebbene *"l'ordinamento dei gruppi professionali"* tende *"ad elevarsi da regola intra partes a precetto super partes"*, *"i rapporti di lavoro [...] non possono essere presi in considerazione nel vigente Stato italiano, almeno in massima parte, se non come rapporti contrattuali"*<sup>269</sup>.

La teoria della pluralità degli ordinamenti, quindi, ha come merito quello di aver contribuito a passare dalla tradizionale concezione statalistica del diritto del lavoro, ad una prospettiva pluriordinamentale nella quale l'autonomia collettiva o, meglio, i prodotti della autonomia collettiva, hanno carattere di fonte regolativa dei rapporti di lavoro.

Santi Romano, in altre parole, riconosce che la produzione di norme non appartiene al monopolio esclusivo dello Stato poiché ogni istituzione, ivi inclusa l'impresa (definita come *"un mondo giuridico a sé, completo nel suo genere e nei suoi fini"*<sup>270</sup>) è dotata di un proprio ordinamento giuridico.

Quindi, i rapporti collettivi di lavoro, *"nonostante gli sforzi e le risorse della più acuta dialettica"*, non possono essere ridotti sotto il profilo contrattuale *"se non sacrificando alcuni elementi di tali rapporti, o almeno deformandoli"*<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> S. ROMANO, *op. cit.*, pp. 128 e 129.

<sup>269</sup> *Ivi*, p. 128.

<sup>270</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e il carattere del diritto*, Pisa, Spoerri, 1917, p. 76.

<sup>271</sup> *Ivi*, p. 114.

Più in particolare, l'analisi di Santi Romano fa riferimento proprio al contratto collettivo e alle difficoltà della dottrina nell'inquadrare il complessivo fenomeno “*se non ammettendo che esso si svolge, nel medesimo tempo e con atteggiamenti diversi e magari contrari, nelle rispettive orbite di due distinti ordinamenti giuridici*”<sup>272</sup>.

La strada tracciata da Santi Romano, quindi, ha consentito alla dottrina di “incamminarsi” verso una riconsiderazione del ruolo “normativo” della contrattazione collettiva quale prodotto di un ordinamento giuridico dotato di proprie regole e di una propria autonomia.

È però subito il caso di precisare che la dimensione ordinamentale dell'autonomia collettiva sarà ripresa soltanto in un momento successivo quando Gino Giugni, sulla scorta dei principi già affermati nella teoria della pluralità degli ordinamenti, elaborerà la teoria dell'ordinamento intersindacale<sup>273</sup>.

Prima dell'intervento giugniano, infatti, a fronte della inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. e della conseguente formazione del c.d. sistema sindacale di fatto, fu la dottrina privatistica dell'autonomia collettiva di cui Francesco Santoro Passarelli fu “ideatore”<sup>274</sup> a garantire la tenuta del pluralismo sindacale, nonché l'apparato concettuale necessario a giustificare l'efficacia del contratto collettivo di diritto comune e l'esercizio della libertà sindacale.

Ma procediamo con ordine.

---

<sup>272</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e il carattere del diritto*, cit., pp. 128 e ss..

<sup>273</sup> Si veda, *infra*, par. 3.

<sup>274</sup> Per una ricostruzione più ampia dell'insegnamento di SANTORO PASSARELLI, si veda, E. GHERA, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale*, in LD, 2009, pp. 351 e ss..

Il vuoto normativo lasciato dall'inattuazione dell'art. 39 Cost. venne occupato dalle “*uniche strutture giuridiche da sempre utilizzabili: ovviamente quelle del “vecchio” diritto privato*”<sup>275</sup>.

E così il sindacato, abbandonata la prospettiva di essere riconosciuto dall'ordinamento come persona giuridica, viene relegato nelle “*povere e scarse norme*” che il Codice Civile detta con riferimento alle associazioni non riconosciute<sup>276</sup>.

Ed è in tale contesto che viene elaborata una teoria generale che rifonda il diritto del lavoro dalle sue radici dando vita “*a una rappresentazione magistrale svolta tramite le categorie comuni civilistiche dell'autonomia collettiva e individuale, in contrapposizione alla pubblicizzazione del diritto del lavoro corporativo*”<sup>277</sup>.

Nell'opera di Santoro Passarelli<sup>278</sup> un ruolo centrale, in simbiosi con la nozione di interesse collettivo, è ricoperto dall'autonomia privata collettiva definita dall'illustre studioso come la potestà dei gruppi sociali intermedi tra l'individuo e la società generale di regolare liberamente i propri interessi<sup>279</sup>.

In particolare, nella sua lezione, l'Autore considera l'autonomia privata collettiva come la sintesi, e non la somma, degli interessi individuali dei singoli destinati a soccombere proprio di fronte all'interesse collettivo la cui tutela è garantita dalle associazioni sindacali alle quali i lavoratori abbiano conferito mandato<sup>280</sup>.

---

<sup>275</sup> L. GAETA, «*La terza dimensione del diritto*»: legge e contratto collettivo nel novecento italiano, cit., p. 36.

<sup>276</sup> P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in Jus, 1956, p. 1.

<sup>277</sup> L. GAETA, op. cit., p. 36.

<sup>278</sup> In particolare, si veda, F. SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1944. Successivamente, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954 (la cui ultima ristampa è del 2012) e *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961.

<sup>279</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 255 e ss..

<sup>280</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in Riv. It. Sc. Giur., 1949, pp. 138 e ss.. Da ciò il collegamento dell'autonomia collettiva con la libertà sindacale di cui all'art. 39, primo comma Cost. concepita, non soltanto come libertà di

Cosicché, quanto agli esiti di tale teoria sulla efficacia del contratto collettivo, questo, essendo atto di autonomia privata o meglio, di autonomia privata collettiva, si limita a dettare la “*legge di tutti gli appartenenti al gruppo*”<sup>281</sup>.

Ora il primato della legge sul contratto collettivo viene affermato, non già richiamando le norme sulla gerarchia delle fonti, quanto piuttosto applicando le regole civilistiche relative al rapporto tra le fonti primarie e gli atti di autonomia privata secondo le quali la legge prevale sulle previsioni difformi della contrattazione collettiva rendendole nulle ovvero sostituendole (artt. 1339 e 1419 secondo comma, Cod. Civ.).

Perciò, sebbene Santoro Passarelli, qualificando il contratto collettivo come contratto di diritto privato, lo aveva sottratto alla logica della gerarchia delle fonti in cui lo aveva collocato l’ordinamento corporativo, ha poi finito col giungere alle medesime conclusioni cui era pervenuto l’ordinamento corporativo stesso affermandone la subordinazione gerarchica alla legge.

In questo “disegno ordinatore” resta fuori la dimensione ordinamentale che, come già anticipato, non costituisce lo “zoccolo duro” della teorica di Passarelli.

L’Autore, infatti, si limita a ricostruire i rapporti tra i due ordinamenti in questi termini: “*l’ordinamento giuridico, realizzata imperativamente la tutela degli interessi generali della collettività, lascia*

---

associazione, ma anche come libertà di organizzazione e di azione per la tutela degli interessi della categoria professionale. Santoro Passarelli, quindi, giunge ad una sostanziale identificazione tra la libertà sindacale e l’autonomia collettiva che viene intesa proprio come “*il potere, conferito ai privati e, in particolare, ai sindacati, di regolare gli interessi collettivi professionali e provvedere, con la stipulazione dei contratti collettivi, alla disciplina dei rapporti di lavoro tra i singoli appartenenti alle contrapposte categorie*” (E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in RIDL, 2012, I, pp. 195 e ss.).

<sup>281</sup> L. GAETA, *op. cit.*, p. 37. Al riguardo, è stato autorevolmente affermato che, nella ricostruzione teorica di Santoro Passarelli, l’autonomia collettiva viene “*statualizzata e [...] ridotta ad eterointegrazione dell’attività negoziale del sindacato – associazione*”. M. D’ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Napoli. 1990, XXII.

*agli individui una sfera di libertà per la realizzazione dei loro interessi, e concede loro, al tempo stesso, gli strumenti attraverso i quali tale realizzazione viene garantita”.*

Ed è proprio tale sfera di libertà, “*riconosciuta, sia pure con limiti diversi, da ogni ordinamento*”, l’ambito nel quale opera l’autonomia dei privati che va intesa “*così come la potestà di regolare i propri interessi, derivante dalla legge e alla stessa subordinata*”<sup>282</sup>.

Questo sistema continuerà a funzionare per tutti gli anni Cinquanta del secolo scorso, anche perché “*l’interscambio legge – contrattazione si svolge comunque su poste modeste*”: da un lato, la legge si occupa di definire il “perimetro” della disciplina dei rapporti di lavoro, dall’altro lato, la contrattazione collettiva interviene in materia di minimi salariali e normativi<sup>283</sup>.

E funziona anche “*grazie a una tacita definizione di competenze tra le due “fonti” che vuole l’autonomia collettiva titolare di una sorta di “riserva assoluta” nella regolazione del rapporto di lavoro*”<sup>284</sup>.

Tale sistema mostrerà i primi cedimenti quando, alla fine del decennio, divennero sempre più insistenti le esigenze di un moderno sistema di relazioni industriali.

La “limitatezza” della teoria privatistica fu corretta, prima ancora che dalla dottrina, dalla giurisprudenza che, già agli inizi degli anni Cinquanta, cominciò ad applicare *ultra partes* i minimi salariali fissati dai contratti collettivi in tutti quei casi in cui i contratti individuali non erano idonei a garantire la retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all’art. 36 Cost.<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile, cit.*, pp. 255 e ss..

<sup>283</sup> L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 306 e ss..

<sup>284</sup> L. GAETA, *op. cit.*, p. 39.

<sup>285</sup> Cfr. , Cass., 12 maggio 1951, n. 1184, in Foro It., 1951, I, 691.

In un simile contesto, quindi, si avvertì ben presto l'esigenza di rifondare il diritto del lavoro e, in particolare, di descrivere i rapporti tra i due ordinamenti su basi completamente diverse rispetto a quelle della teoria privatistica di Santoro Passarelli.

Un'esigenza, quella avvertita dalla dottrina giuslavoristica successiva e, in particolare, da Gino Giugni, mossa dall'idea del superamento di *“uno dei grandi equivoci delle teorie privatistiche tradizionali: l'illusione di poter utilizzare il diritto privato sia come diritto dei privati, sia come diritto dello stato relativo a questi ultimi”*<sup>286</sup> e diretta al riconoscimento del carattere normativo dell'autonomia collettiva sino a quel momento rimasto nell'ombra.

Sul punto, va per il momento soltanto detto che la dottrina successiva a quella di Santoro Passarelli, recupererà la dimensione pluriordinamentale elaborata da Santi Romano muovendo dall'idea che proprio la teoria della pluralità degli ordinamenti avrebbe potuto rappresentare un modello ben più adeguato alla tipicità sociale delle relazioni industriali.

In particolare, il modello ordinamentale sarà utilizzato con la consapevolezza che, al contrario del modello *“individuale – volontarista imperniato sulla nozione dell'autonomia privata collettiva”*<sup>287</sup>, avrebbe colto l'essenza dell'autonomia collettiva *“come fenomeno di dinamica organizzativa del corpo sociale”*<sup>288</sup> e, al contempo, come attività di produzione normativa *iure proprio*.

---

<sup>286</sup> G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene, 1984, p. 102.

<sup>287</sup> E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro*, RISG, 2010, pp. 319 e ss..

<sup>288</sup> G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 16 e ss..

### 3. Il recupero della dimensione ordinamentale: la teoria dell'ordinamento intersindacale.

Negli anni in cui la dottrina privatistica sembra essersi radicata nella dottrina giuslavoristica, appare un'opera destinata ad influenzare profondamente il diritto sindacale italiano.

Il riferimento è alla monografia di Gino Giugni del 1960, *“Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva”* con la quale fa il suo ingresso nel pensiero giuslavoristico la teoria dell'ordinamento intersindacale.

Uno scritto, questo, definito come *“una vera opera di rottura”* che rappresenta al contempo una *“svolta storica: cioè la conquista di uno spazio culturale a fronte del legalismo allora dominante che impediva una considerazione autonoma del fenomeno sindacale e della contrattazione collettiva”*<sup>289</sup>.

Abbandonando il positivismo scientifico proprio della tradizione civilistica ed utilizzando la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano<sup>290</sup>, questa dottrina si è proposta l'obiettivo di riconoscere e analizzare gli elementi costitutivi dell'autonomia collettiva come potere sociale organizzato e cioè come *“struttura organizzativa permanente fondata su peculiari forme di garanzia sociale”*<sup>291</sup> e, dunque,

---

<sup>289</sup> T. TREU, *Editoriale. In ricordo di Gino Giugni*, Dir. Rel. Ind., 2010, fasc. 1, pp. 1 e ss..

<sup>290</sup> Cfr. *retro par. 2*. In realtà, la teoria giugniniana non è influenzata soltanto dalla teoria della pluralità degli ordinamenti. Sul punto, con particolare riferimento all'analisi delle influenze dottrinarie “subite” da Giugni, si veda, L. GAETA, , *«La terza dimensione del diritto»*, cit., p. 42. In particolare, l'Autore osserva che: *“la ricostruzione, tributaria dell'insegnamento di Santoro Passarelli quanto al rifiuto di ogni interferenza pubblicistica, si fonda su due ben evidenti pilastri culturali: da un lato, l'esperienza pluralista anglosassone delle industrial relations - con cui viene rimisurato il pluralismo romaniano e il realismo ascarelliano -, frutto diretto degli studi alla “scuola del Wisconsin”, dove è ancora vivo il magistero di John Commons e dove insegna Selig Perlman, di cui Giugni traduce la più importante monografia con una ricca introduzione; dall'altro, la rielaborazione originale delle teorie di Sinzheimer e dei giuslavoristi weimariani”*.

<sup>291</sup> G. GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 22.

istituzione o ordinamento originario, come tale dotato di un “*sistema autosufficiente di norme sulla produzione giuridica*”<sup>292</sup>.

Nella visione giugniana l'autonomia collettiva assume significati completamente diversi da quelli assunti nella teoria privatistica di Santoro Passarelli.

Non è più “*proiezione della autonomia individuale del lavoratore sul piano collettivo [...], ma potere sociale organizzato che si qualifica dal punto di vista giuridico come un ordinamento autonomo alternativo a quello statale*”<sup>293</sup>.

Ciò premesso, occorre ora tracciare le linee della notissima teoria.

Come visto, la teoria dell'ordinamento intersindacale prende le mosse dall'idea che “*la conoscenza delle manifestazioni di autonomia collettiva (e segnatamente di quel fenomeno dato dal formarsi di strutture «contrattuali» permanenti, che appaiono garantite da una sottostante realtà di forza e di potere che non sono quelle dello Stato [...]), si possa giovare [...] (del)la nozione dell'ordinamento giuridico*” così come elaborata da Santi Romano<sup>294</sup>.

La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici viene fatta propria dall'illustre studioso e “piegata” al soddisfacimento dell'esigenza di comprendere i rapporti che intercorrono tra i due ordinamenti e i prodotti della loro attività normativa.

E così, “*la sostanza del pluralismo*” è “*condensata*” da Giugni nei “*seguenti punti*”:

a) “*la realtà giuridica è più vasta che non possa concepirsi nei limiti ristretti dati dalla nozione, storicamente relativa, del potere coercitivo statale*”;

---

<sup>292</sup> Ivi, p. 48.

<sup>293</sup> R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 130, 2011, 2, p. 191.

<sup>294</sup> G. GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 35.

b) “ogni ordinamento contiene un sistema «chiuso» ed autosufficiente di valutazioni normative, in funzione delle quali esso formalmente ignora l’esistenza di altri ordinamenti”;

c) “ogni ordinamento deve essere conosciuto, nella sua unità intrinseca, con una distinta posizione dell’oggetto conoscitivo, ma con uniformità di metodo, e cioè attraverso i canoni tecnico giuridici della interpretazione in funzione normativa, che sono applicabili a qualsiasi struttura organizzativo normativa, quando ne sia constatata l’esistenza”<sup>295</sup>.

Dagli elementi che astrattamente consentono di fondare un’esperienza ordinamentale, Giugni individua sia il momento “normativo”, rinvenibile nell’esperienza della contrattazione collettiva capace di regolare tanto i rapporti di lavoro quanto i rapporti tra le organizzazioni stipulanti, sia quello “sanzionatorio”, rinvenibile nell’esercizio del diritto di sciopero in caso di inadempimento degli obblighi assunti con il contratto collettivo, sia quello “esecutivo” e quello “giurisdizionale” che sarebbero deducibili dall’apparato previsto dai contratti collettivi per regolare, rispettivamente, l’amministrazione delle relazioni sindacali e la risoluzione delle controversie<sup>296</sup>.

Con particolare riferimento alla capacità dell’ordinamento intersindacale di produrre norme diverse da quelle di derivazione statale, l’Illustre studioso prende le mosse dall’idea che “*la struttura pluralista è logicamente incompatibile con una unità coordinata di fonti*” in quanto ogni ordinamento “*svolge la sua esistenza in modo chiuso ed autosufficiente*”<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> *Ivi*, pp. 54 e 55.

<sup>296</sup> *Ivi*, pp. 36 e ss..

<sup>297</sup> *Ivi*, pp. 64 e 69.

Tale apparente incomunicabilità, però, non impedisce che i due ordinamenti entrino in contatto.

E così *“la rilevanza dell’ordinamento extrastatuale si concreta nella possibilità che i fatti normativi da questo posti in essere vengano assunti, in una o nell’altra guisa, a fattispecie concreta della norma statale; ciò comporta, logicamente, la possibilità di una difformità valutativa tra i due ordini di realtà giuridiche, a cavallo delle quali l’istituzione iure proprio conduce la sua esistenza formale”*<sup>298</sup>.

Il modello ordinamentale di creazione giugniana, quindi, è un modello dualistico nel quale il *“dualismo”*<sup>299</sup> appunto viene risolto utilizzando il concetto di *“bivalenza normativa”* o di *“plurivalenza normativa”*<sup>300</sup> come chiave di lettura delle concrete manifestazioni dell’autonomia collettiva.

In un simile contesto, la *“bivalenza”* del contratto collettivo si estrinseca nella sua capacità di produrre norme valide ed efficaci in entrambi gli ordinamenti.

Occorre chiedersi allora: quale tipo di rilevanza possono avere i contratti collettivi nell’ordinamento statale?

Le manifestazioni tipiche dell’attività e delle relazioni sindacali vengono ricondotte al modello teorico del c.d. diritto dei privati e, nel concreto, all’autonomia collettiva come ordinamento particolare *“nell’ambito del quale contratto ed obbligazione si riqualificano nella peculiare luce di strumenti organizzativi del potere sociale paritario”*<sup>301</sup>.

Attraverso tali premesse Giugni prova ad *“inquadrare i vari aspetti dell’autonomia collettiva, quale si esplica nell’attività contrattuale, nel*

---

<sup>298</sup> *Ivi*, p. 77.

<sup>299</sup> *Ibidem*.

<sup>300</sup> G. GIUGNI, *op. cit.*, pp. 82 e ss.. Dalla bivalenza normativa discende una *“discrepanza tra dati normativi inerenti allo stesso fatto naturalisticamente inteso, riflesso del diverso rispecchiarsi della realtà nel prisma dei vari orientamenti e dei loro organi”* (p. 86).

<sup>301</sup> *Ivi*, p. 71.

*profilo di un ordinamento che, astraendo dai suoi profondi elementi di colleganza con l'apparato statale, possa essere analizzato e valutato nelle sue componenti originarie*"<sup>302</sup>.

La teoria dell'ordinamento intersindacale, depurando la "costruzione di Santi Romano di gran parte dei suoi retaggi corporativi – istituzionali"<sup>303</sup>, assegna al diritto privato il piano di rilevanza giuridica statale del prodotto dell'ordinamento intersindacale<sup>304</sup>.

E così, l'Autore pur ammettendo che le parti sociali abbiano fatto qualcosa di più "che un puro e semplice contratto" avendo "costituito una comunità su basi contrattuali, disciplinando le forme per lo svolgimento di una normazione collettiva, che è diventata [...] la regola, per così dire, fisiologica, nelle loro reciproche relazioni"<sup>305</sup>, conclude che l'unica valenza che il contratto collettivo può assumere nell'ordinamento statale è quello di un contratto di diritto privato.

Ciò perché, utilizzando le parole di Giugni, il complesso delle relazioni che intercorrono tra le parti sociali "sono ignorate dal diritto comune dei contratti" il quale "non riconosce altro che il contratto, il singolo contratto e il generico dovere di correttezza (art. 1337 c. civ.) nelle trattative"<sup>306</sup>.

Quello delineato dalla teoria dell'ordinamento intersindacale è un modello dall'indubbia capacità descrittiva che, più di ogni altro, consente di spiegare, da un lato, le interazioni tra i due ordinamenti e, dall'altro lato, le costanti di comportamento tipiche di ciascun sistema di relazioni industriali<sup>307</sup>.

---

<sup>302</sup> *Ivi*, p. 106.

<sup>303</sup> G. VARDARO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>304</sup> G. GIUGNI, *Aspetti dell'autonomia collettiva*, in Studi Sassaesi, Milano, Giuffrè, pp. 365 e ss..

<sup>305</sup> G. GIUGNI, *Introduzione*, *cit.*, p. 109.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, *cit.*, p. 58.

Va però detto che il modello sotteso alla ricostruzione giugniana, sebbene si fondi sulla affermazione della sussistenza di un ordinamento giuridico autonomo rispetto a quello statale, non consente di fondare un ordinamento originario che implichi la rinuncia dell'ordinamento generale ad ingerirsi nelle materie dallo stesso regolate.

Ed infatti, è lo stesso Autore a riconoscere che l'ordinamento intersindacale incontra un limite “*nella stessa natura dell'ordinamento, che si inserisce in quello statale, senza esaurirsi in esso, ma, proprio per questa ragione, deve essere considerato in costante riferimento con quest'ultimo, e con le forme di organizzazione normativa che gli sono proprie*”<sup>308</sup>.

In conclusione, il riconoscimento dell'ordinamento intersindacale come ordinamento presupposto da quello statale non è in contrasto con la natura privatistica del sindacato e della stessa autonomia collettiva.

In tale prospettiva il diritto positivo come categoria dell'esperienza giuridica, si presenta come “*struttura particolare di un universo plurale*”<sup>309</sup> e quindi caratterizzato da una pluralità di “*sistemi strutturati da processi di decisione*”<sup>310</sup> e cioè di ordinamenti giuridici diversi tra loro che costituiscono altrettante istituzioni.

L'evoluzione avviata a partire dallo Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970 n. 300), comportò una trasformazione del diritto sindacale in senso neoistituzionale<sup>311</sup> e determinò la valorizzazione sul piano della dogmatica della dimensione ordinamentale della autonomia collettiva.

---

<sup>308</sup> *Ivi*, p. 138.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> G. VARDARO, *op. cit.*, p. 112.

<sup>311</sup> L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società postindustriale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, n. 13, pp. 11 e ss..

Anche se non più come sistema autosufficiente – era l’ipotesi di Giugni nel 1960 – bensì integrandola, almeno in parte, nell’ordinamento statale.

#### **4. La teoria sistemico – funzionale.**

L’intensificarsi dei raccordi tra legge e contrattazione collettiva hanno sollecitato un dibattito dottrinario sulla attualità del modello elaborato da Giugni e sulla dimensione ordinamentale dell’autonomia collettiva.

Il processo di giuridificazione delle relazioni sindacali si presenta dagli anni Settanta in poi caratterizzato da una costante interazione tra poteri sindacali e poteri pubblici.

All’autonomia collettiva, infatti, viene riconosciuta la capacità di produrre norme in coerenza con quelle poste dall’ordinamento statale.

Cosicché, tra la legge e la contrattazione collettiva si instaura una *“relazione di integrazione funzionale [...] nel sistema delle fonti e dei procedimenti di regolazione (o di produzione normativa) del mercato del lavoro, dei rapporti di lavoro e delle stesse relazioni sindacali”*<sup>312</sup>.

In tale contesto, la dottrina giuslavoristica comincia presto a mettere in discussione gli approdi della teoria dell’ordinamento intersindacale e a costruire su nuove fondamenta i rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sindacale e tra legge e contratto collettivo.

E così, nel panorama dottrinario italiano dei primi anni Ottanta, Luigi Mengoni mette in discussione il meccanismo della sostituzione automatica delle clausole dei contratti collettivi in contrasto con disposizioni di legge di cui all’art. 1419, secondo comma, Cod. Civ.

---

<sup>312</sup> E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, cit., pp. 212 e 213.

ritenendolo oramai non più idoneo a gestire i rapporti tra fonte autonoma e fonte eteronoma<sup>313</sup>.

Muovendo dalla valorizzazione del ruolo del sindacato maggiormente più rappresentativo, l'Autore arriva al punto di affermare *“un'efficacia tendenzialmente generale del contratto collettivo da esso concluso e una effettiva fungibilità tra legge e contratto collettivo, in un sistema dove sostanzialmente vige la derogabilità reciproca, anche in pejus, tra queste fonti”*<sup>314</sup>.

In quegli stessi anni, Giuseppe Ferraro e Gaetano Vardaro sono l'espressione del *“disagio degli studiosi nel continuare a ricostruire il fenomeno sindacale all'interno del diritto comune, col conseguente inquadramento di un contratto collettivo dalle mille facce nella categoria civilistica del contratto normativo”*<sup>315</sup> che ignora l'*“irrompere sulla scena delle relazioni sociali di un soggetto collettivo che rappresenta interessi strutturalmente eterogenei rispetto a quelli individuali e che si muove per sua natura tra un atteggiamento di integrazione nel sistema e un atteggiamento di autonomia regolamentare”*<sup>316</sup>.

Quella di Gaetano Vardaro, come si vedrà più dettagliatamente nel prosieguo, è una teoria che propone una rilettura critica in chiave sistematica della teoria dell'ordinamento intersindacale.

È però subito il caso di dire che ciò che *“la teoria sistemica intende offrire, [...] non è solo una rappresentazione fenomenologica ed un'appropriata configurazione della dialettica legge – contratto*

---

<sup>313</sup> L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in MGL, 1980, pp. 692 e ss..

<sup>314</sup> L. GAETA, *op. cit.*, p. 51. L'Autore richiama alla nota 187 l'opera di G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam, 1981.

<sup>315</sup> *Ivi*, p. 52.

<sup>316</sup> Questa l'interpretazione di G. FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 189.

*collettivo, ma una vera e propria strategia operativa per la neutralizzazione dei conflitti sociali e per la riduzione della complessità emergente nel settore economico e della produzione*<sup>317</sup>.

Proprio per questa ragione si ritiene opportuno approfondire, tra le tante ipotesi dottrinarie succedutesi nel tempo, la teoria sistemico – funzionale elaborata da Vardaro.

Con ciò non si vuole certo dire che le conclusioni elaborate da altri illustri autori non meritano un adeguato approfondimento, ma soltanto che, ai nostri fini, pare più utile analizzare la teoria sistemico-funzionale come ultima “tappa” del percorso sino ad ora seguito per ricostruire i rapporti tra i due ordinamenti.

La premessa dalla quale muove Vardaro è la seguente: *“la costituzione italiana, per il modo in cui affronta il problema sindacale, consente non solo di affermare l’esistenza di un ordinamento intersindacale, originario rispetto a quello statale, ma anche di prospettare forme di coordinamento interordinamentale che non implicano né l’inglobamento dell’ordinamento intersindacale entro quello statale né un principio di «monovalenza» normativa del contratto collettivo all’interno dell’ordinamento statale*<sup>318</sup>.

L’Autore, però, critica la concezione privatistica dell’ordinamento intersindacale che, come visto, determina la impossibilità di qualificare, nell’ordinamento statale, i prodotti dell’autonomia collettiva come qualcosa di diverso da contratti di diritto comune.

---

<sup>317</sup> P. TULLINI, *Breve storia delle fonti del mercato del lavoro*, in ADL, 2005, p. 141.

<sup>318</sup> G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, cit., p. 109. L’Autore specifica che, in realtà, *“la costituzione italiana non parla né di ordinamento intersindacale né delle forme di coordinamento di quest’ultimo con l’ordinamento statale; né potrebbe farlo, perché altrimenti verrebbe contraddetta quella che, come si è detto, costituisce la caratteristica peculiare della prima parte della corte costituzionale: la formulazione di proposizioni normative talmente ampie, da prestarsi ad una pluralità di interpretazioni”*.

In particolare, viene affermato che quella concezione “*ha condotto i suoi sostenitori (a cominciare da Giugni) in una sorta di circolo vizioso, nel quale l’utilità stessa della prospettiva ordinamentale risultava ampiamente svalutata*” atteso che le “*forme di rilevanza giuridica del processo di normazione intersindacale venivano legate in maniera definitiva ad una prospettiva privatistico contrattuale*”<sup>319</sup>.

Vardaro, quindi, propone una visione dell’ordinamento intersindacale di tipo sistemico funzionale<sup>320</sup> alla base del quale vi è l’idea che “*così come il sistema giuridico – statale si configura come sottosistema del più ampio sistema politico, analogamente quello intersindacale si rivela essere il sottosistema giuridico del sistema di relazioni industriali*”<sup>321</sup>.

Tra i due ordinamenti vi è un rapporto “*bidirezionale*” con la conseguenza che tra di essi si instaurano “*due livelli di comunicazione intersistemica*”: “*uno sul piano più ampio dei circuiti di comunicazione fra i due sotto-sistemi*”; “*l’altro sul piano più specificamente giuridico*”<sup>322</sup>.

Sul primo piano, i rapporti tra legge e contrattazione collettiva devono essere osservati nel più complessivo quadro dei rapporti tra il sistema delle relazioni industriali ed il sistema politico<sup>323</sup>.

Sul piano più squisitamente giuridico, invece, i rapporti tra legge e contratto collettivo, secondo l’Autore, realizzano “*un circuito di informazione di strumenti normativi, per modo che mentre il contratto collettivo si configura come vero e proprio strumento normativo nell’ambito del sistema giuridico-statale, la legge e gli altri strumenti*

---

<sup>319</sup> *Ivi*, p. 110.

<sup>320</sup> La teoria sistemico-funzionale di VARDARO fu il tentativo di “trapiantare” la teoria di NIKLAS LUHMANN all’interno delle teorie ordinamentali del sindacato.

<sup>321</sup> G. VARDARO, *op. cit.*, p. 117.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> *Ivi*, p. 118.

*normativi propri di quest'ultimo assumono un'analogia configurazione all'interno del sistema intersindacale*<sup>324</sup>.

In questo modo, Vardaro traccia le coordinate di un sistema nel quale l'ordinamento statale e quello intersindacale trovano una corrispondenza reciproca che viene declinata anche nel senso di garantire che “*all'atto dell'un ordinamento all'interno dell'altro*” venga riconosciuta una “*sufficiente aderenza della (n.d.r., sua) valenza normativa*”<sup>325</sup>.

Così ricostruiti, in termini generali, i rapporti tra i due ordinamenti e le loro reciproche integrazioni, occorre ora verificare quale rilevanza abbiano gli atti di ciascun sistema giuridico all'interno dell'altro.

Vardaro riprende la nozione di “*bivalenza normativa*” di derivazione giugniana.

L'Autore, infatti, riprendendo il pensiero di Giugni, afferma che il concetto di “*bivalenza normativa*” degli atti posti in essere all'interno di entrambi gli ordinamenti debba interpretarsi nel senso di ritenere che “*la valenza normativa assegnata all'atto intersindacale all'interno del sistema giuridico statale dovrà essere, sì, attribuita da quest'ultimo, ma essa dovrà essere pur sempre sorretta da una manifestazione di volontà da parte dei soggetti del sistema intersindacale*”<sup>326</sup>.

Vardaro, però, andando oltre l'impostazione di Giugni, afferma che “*fra le molteplici valenze normative assegnabili al contratto collettivo*

---

<sup>324</sup> *Ibidem.*

<sup>325</sup> *Ibidem.*

<sup>326</sup> *Ivi*, p. 122. L'Autore giunge a tale conclusione muovendo dalla seguente considerazione: il fatto che “*l'unica valenza normativa espressamente menzionata dal costituente è quella erga omnes (n.d.r., la cui) attuazione è comunque subordinata ad una manifestazione di volontà da parte dei soggetti del sistema giuridico intersindacale*” sta a “*dimostrare*” che “*i contratti collettivi non registrati non godranno della particolare rilevanza (costituzionale) assegnata a quelli espressamente menzionati dall'art 39 c. 4°; ma non per questo saranno giuridicamente irrilevanti*” poiché “*potranno assumere, all'interno del sistema giuridico statale, tutte le possibili valenze normative che quest'ultimo attribuisce agli atti dei sistemi giuridici «secondari»*”.

*nell'ambito del sistema giuridico – statale, quella di contratto di diritto privato può rivelarsi una delle più coerenti a questo principio. Ma essa non è necessariamente l'unica [...]. La sua invocabilità dipenderà dal grado di «complessità interna» riscontrabile nel sistema giuridico – intersindacale. Cosicché, in presenza di una limitata complessità interna, quella nozione potrà essere da sola idonea ad esaurire la rappresentazione giuridica statale di tutte le tipologie di contratto collettivo, riscontrabili nel sistema giuridico intersindacale; ma al crescere della complessità interna di quest'ultimo essa potrà rivelarsi insufficiente o addirittura inutilizzabile e, perciò, dovrà essere integrata e, nel secondo caso, sostituita»<sup>327</sup>.*

La rilettura dell'ordinamento intersindacale in chiave funzionalistico – sistemica, quindi, consente di raggiungere una serie di risultati sino a questo momento sconosciuti alla dottrina giuslavoristica.

In particolare, tali risultati sono riassumibili nei termini che seguono:

a) viene superata “*la impostazione istituzional – organicistica della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, rendendo possibile un coordinamento per così dire «concordatario» fra ordinamento statale e ordinamento intersindacale*”;

b) viene ristabilito “*un sostanziale equilibrio fra [...] indagini di relazioni industriali ed indagini di diritto sindacale*”;

c) vengono tenuti “*distinti il problema del coordinamento fra contrattazione collettiva e legislazione (risolvibile sul piano dei rapporti fra sistema di relazioni industriali e sistema politico) da quello del coordinamento fra contratti collettivi e legge (risolvibile sul piano del*

---

<sup>327</sup> *Ivi*, pp. 122 e 123.

*coordinamento fra sotto – sistema giuridico intersindacale e sottosistema giuridico – statale)”*;

d) viene ridimensionato “*il ruolo del diritto positivo e, con specifico riferimento al contratto collettivo, quello della sua qualificazione privatistica, perché, da un lato, la configura solo come una delle possibili valenze normative attribuibili agli atti dell’ordinamento intersindacale nell’ambito di quello statale e, dall’altro, ne subordina l’invocabilità all’evoluzione della costituzione materiale e alla corrispondenza alle valenze normative che tali atti assumono all’interno dell’ordinamento di provenienza*”<sup>328</sup>.

La ricostruzione teorica di Vardaro, a prescindere dalla condivisione delle conclusioni alle quali l’Autore perviene, ha certamente il merito di aver “riletto” i rapporti tra i due ordinamenti guardando al sempre più evidente coinvolgimento sindacale nella funzione legislativa attraverso il meccanismo del rinvio della fonte primaria all’autonomia collettiva per la “*determinazione di aspetti, volutamente lasciati in bianco*”<sup>329</sup>.

E proprio la consapevolezza che la contrattazione collettiva sia diventata “*la principale cassa di risonanza di questo processo di istituzionalizzazione contrattata*”<sup>330</sup> ha spinto la dottrina ad interrogarsi ancora sulle relazioni tra i due ordinamenti.

E così, è possibile rinvenire in dottrina il contributo di quanti si “riappropriano” delle conclusioni cui era pervenuta la teoria della pluralità degli ordinamenti, così come reinterpreta da Giugni, per sostenere che la norma collettiva, pur dotata di certe caratteristiche nell’ordinamento intersindacale, rileverà comunque come contratto in quello statale e non

---

<sup>328</sup> *Ivi*, pp. 123 e 124.

<sup>329</sup> *Ivi*, p. 125.

<sup>330</sup> *Ibidem*.

invece ed immediatamente in quest'ultimo conservando la stessa natura che aveva nell'altro<sup>331</sup>.

A conclusioni antitetiche, invece, pervengono quanti affermano che l'intensificarsi dei rapporti tra legge e contratto collettivo richiederebbe la necessità di teorizzare una tendenziale equivalenza del contratto alla legge<sup>332</sup> e di riproporre una concezione "neocorporativa" del ruolo che il contratto collettivo ricopre nell'ordinamento statale.

Come a dire che l'autonomia collettiva è il "*criterio ordinatore di un sistema extrastatale i cui equilibri e i cui prodotti vengono assunti dall'ordinamento statale [...] direttamente dal legislatore attraverso la norma di rinvio*"<sup>333</sup>.

Negli ultimi anni, a fronte di un quadro in così repentino e profondo cambiamento, la dottrina è "*sembrata polarizzarsi su sponde opposte, ognuna delle quali, però, diversificata al proprio interno*"<sup>334</sup>.

Su un primo versante, si collocano quelle posizioni dottrinali che si prefiggono un recupero delle dottrine privatistiche.

In particolare, al fondo di tali posizioni, è dato intravedersi il rifiuto di ogni dimensione eteronoma dell'autonomia collettiva la quale opererebbe come vera e propria autonomia privatistica. Di talché, il contratto collettivo sarebbe assoggettabile integralmente alle regole proprie di ogni contratto, salvo che la legge non doti il contratto collettivo di un'efficacia diversa da quella degli atti di diritto privato<sup>335</sup>.

---

<sup>331</sup> V. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato: ordinamento statale, organizzazione sindacale e teoria della pluralità degli ordinamenti*, Napoli, Jovene, 1986, p. 151.

<sup>332</sup> G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*; Padova, Cedam, 1981.

<sup>333</sup> R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro, cit.*, p. 196.

<sup>334</sup> *Ivi*, p. 198.

<sup>335</sup> A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996. L'Autore qualifica il contratto collettivo come normativo o di diritto privato.

Di impostazione più tradizionale, invece, è quella dottrina che, recuperando in modo esplicito la teoria santoriana<sup>336</sup>, afferma che il contratto collettivo è uno ed uno solo come una soltanto è l'autonomia collettiva che l'art. 39 Cost. riconduce alla sua funzione tradizionale di fondamento del contratto collettivo, funzionale al perseguimento dell'interesse collettivo<sup>337</sup>.

Accanto alle teorie che riprendono i principi santoriani vi sono quelle che, al contrario, configurano l'autonomia collettiva ed il suo prodotto principale cioè il contratto collettivo come una vera e propria fonte del diritto<sup>338</sup>.

Tra le molteplici ragioni della annessione del contratto collettivo alle fonti del diritto del lavoro, vanno certamente ricordate: il riconoscimento dell'inderogabilità di cui all'art. 2113 Cod. Civ.; la modifica dell'art. 360, primo comma, n. 3, Cod. Proc. Civ.; i sistematici rinvii della legge alla contrattazione collettiva.

Ed è proprio il meccanismo del rinvio a costituire *“la vera ragione dell'iscrizione del contratto collettivo al novero delle fonti del diritto del lavoro, in una con il convincimento che un siffatto rinvio reclaims l'efficacia generalizzata del contratto stesso”*<sup>339</sup>.

In particolare, i rinvii della legge al contratto collettivo vengono interpretati come esempi di inserzione di un atto di autonomia privata, ancorché collettiva, in un circuito normativo che ne determina un

---

<sup>336</sup> Cfr. *retro* par. 2.

<sup>337</sup> M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, ADL, 1999. L'Autore ritiene che l'unico tipo di contratto collettivo sia quello di tipo normativo.

<sup>338</sup> Non è questa la sede per approfondire le tematiche relative alla problematica relativa alla collocazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto del lavoro. È chiaro, però, che lo studio e l'analisi delle teorie ordinamentali coinvolgono anche tutti gli aspetti connessi alla idoneità del principale prodotto dell'autonomia collettiva a farsi fonte del diritto del lavoro. Si vedano, in questo senso, L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2003; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, *cit.*.

<sup>339</sup> R. ROMEI, *op. cit.*, p. 201.

*“mutamento strutturale, nel senso che la legge presuppone che il contratto collettivo agisca alla stregua di una fonte produttiva di norme giuridiche e che esso abbia un’efficacia generalizzata, pena la perdita di efficienza o addirittura di senso del rinvio da parte della legge”<sup>340</sup>.*

In altre parole, è come se il contratto collettivo rilevasse *“non tanto come fattispecie dotata di effetti giuridici diretti e immediati su un determinato ambito di rapporti di lavoro, ma piuttosto come fonte di produzione normativa extra-statuale”<sup>341</sup>.*

Conclusa questa rapida ricognizione delle posizioni assunte dalla dottrina giuslavoristica, va da ultimo osservato che alcuni studiosi, discostandosi dalle posizioni poc’anzi descritte hanno scelto di collocarsi in una posizione intermedia ritenendo che *“nel contesto del rinvio, il contratto collettivo nella sua materialità, e cioè di atto di diritto privato, diviene parte di una sequenza procedimentale [...] dal cui compimento discende l’effetto generalizzante, voluto però da chi, e cioè dal legislatore, la fattispecie ha creato, ed ascrivibile solo a quest’ultima e cioè alla legge, e non all’atto che ne rappresenta il momento finale”<sup>342</sup>.*

## **5. Il rinvio legale e il contratto collettivo come fonte fatto.**

A questo punto occorre domandarsi in che modo si spiega la particolare efficacia che il contratto collettivo ha nell’ordinamento giuridico statale qualora sia la legge a delegare all’autonomia collettiva l’esercizio di potestà normative.

---

<sup>340</sup> *Ivi*, p. 202.

<sup>341</sup> In questo senso, G. FERRARO, *L’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in RGL, 2011, p.747.

<sup>342</sup> *Ivi*, p. 214. L’Autore, in realtà, richiama le conclusioni cui era pervenuto L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, cit., p. 695.

In particolare sarà necessario chiedersi se l'indagine sino ad ora condotta ci consente di concludere che il meccanismo del rinvio ha finito con l'alterare la *“funzione dell'autonomia collettiva”*<sup>343</sup> e se, in tal caso, occorre abbandonare la ricostruzione del contratto collettivo come atto di autonomia privata, privilegiando l'idea che quell'atto possa essere considerato e configurato *“in termini normativi sostanzialmente regolamentari”*<sup>344</sup>.

Il punto di partenza del nostro ragionamento deve essere il seguente: quando la legge rinvia al contratto collettivo in funzione derogatoria o suppletiva, quest'ultimo può essere ancora considerato, sulla scorta delle conclusioni cui è pervenuta la dottrina giuslavoristica, espressione del diritto dei privati?

Una parte della dottrina ha osservato che il contratto collettivo di cui la legge vuole *“utilizzare il contenuto normativo”* è sempre frutto di autonomia privata collettiva, con la conseguenza che la sua efficacia non è diversa *“da quella del contratto collettivo, per così dire, normale”*<sup>345</sup>.

In particolare, è stato sostenuto che anche in caso di rinvio, la legge *“nulla toglie e nulla aggiunge alla sfera di autonomia di cui i soggetti privati collettivi già godono e, dunque, nulla autorizza ad affermare che il contratto collettivo che intervenga in quell'ambito non sia espressione di autonomia privata, sia qualcosa di diverso dal contratto collettivo di diritto comune”*<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in *Atti AIDLASS*, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002, p. 113.

<sup>344</sup> V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli, Jovene, 2008, p. 213.

<sup>345</sup> M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.* n. 132, 2011, p. 532.

<sup>346</sup> *Ibidem.*

E tali conclusioni non cambiano neppure quando la legge può essere derogata solo dal contratto collettivo stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>347</sup>.

Ed infatti, è stato sostenuto che in tali casi “*i soggetti legittimati stipulano il contratto collettivo alla luce ciascuno del proprio interesse e non alla luce di un interesse pubblico, anche se il legislatore – nel consentire che lo standard legale sia derogato od integrato dal contratto collettivo stipulato da quei soggetti sindacali e non da altri – assume che in questo modo sarà soddisfatto anche l’interesse pubblico*”<sup>348</sup>.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta quella dottrina che ha escluso che il contratto collettivo attuativo del rinvio possa essere considerato qualcosa di diverso da un atto di autonomia privata poiché, stante l’eccezionalità dei casi nei quali è consentito all’autonomia collettiva di derogare alle disposizioni di legge, non potrebbe affermarsi un rapporto di fungibilità tra la fonte primaria e la contrattazione collettiva<sup>349</sup>.

Una siffatta impostazione, però, è stata messa in discussione da una nota ricostruzione secondo la quale, l’intensificarsi delle relazioni tra la legge e l’autonomia collettiva dovrebbe condurre ad una conclusione opposta, ossia a ritenere che il contratto collettivo, pur rimanendo un prodotto dell’autonomia collettiva, sia una “*fonte fatto*”<sup>350</sup>.

Con la conseguenza che la “*contrattazione collettiva*” potrebbe “*essere classificata – sia pure in posizione del tutto peculiare – nel sistema delle fonti del diritto oggettivo*”<sup>351</sup>.

---

<sup>347</sup> Come accade nel caso del meccanismo di rinvio di cui all’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>348</sup> M.G. GAROFALO, *op. cit.*, p. 533.

<sup>349</sup> A. MARESCA, *La stagione della flessibilità e l’ordinamento del lavoro: un primo bilancio*, in M. D’ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli, Jovene, 1990, pp. 95 e ss..

<sup>350</sup> G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva, cit.*, pp. 185 e ss..

<sup>351</sup> *Ivi*, p. 186.

Tale ricostruzione prende le mosse dalla seguente “constatazione”:  
l’attribuzione alla contrattazione collettiva del compito di “integrare, specificare e a volte anche derogare, la disciplina legale” “presuppone” che alla contrattazione collettiva “sia stato riconosciuto non il semplice potere di creare, modificare, o estinguere rapporti giuridici, com’è proprio del negozio giuridico, bensì – o, almeno, anche – quello di ipotizzare e qualificare fatti e situazioni, com’è proprio della fonte di diritto obiettivo”<sup>352</sup>.

Si tratterebbe, però, di una fonte fatto del tutto “peculiare”.

A ben vedere, infatti, se ci si attiene alla distinzione classica tra fonti atto e fonti fatto, va rilevato che le prime sono “l’espressione di volontà normativa di un soggetto cui l’ordinamento attribuisce l’idoneità di porre in essere norme giuridiche”, mentre le seconde “sono [...] una categoria residuale [...], tutte le altre fonti che l’ordinamento riconosce e di cui ordina o consente l’applicazione, non perché prodotte per volontà di un determinato soggetto indicato dall’ordinamento, ma per il semplice “fatto” di esistere”<sup>353</sup>.

Dopo aver acquisito la nozione di fonte fatto, la riferita ricostruzione ritiene che il contratto collettivo oggetto di rinvio abbia comunque un’efficacia soggettivamente limitata.

Al riguardo, viene rilevato che l’“ostacolo costituito dai principi dettati – e non attuati – dalla seconda parte dell’art. 39 Cost.” impone di considerare la “disciplina collettiva come fonte di regole aventi efficacia solo tendenzialmente generale” e di riconoscere alle parti del rapporto di lavoro la libertà “di rifiutare l’applicazione di quella fonte”<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> *Ivi*, pp. 193 e 194.

<sup>353</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 289.

<sup>354</sup> G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, *cit.*, pp. 196 e 206.

Sul punto, è stato obiettato che la tesi in discorso “*conduce ad una eccessiva relativizzazione del concetto di fonte fatto*” poiché non chiarisce le ragioni per cui il contratto collettivo, “*una volta divenuto fonte di diritto oggettivo*”, non viene “*attratto definitivamente nella sfera normativa che lo considera, sfuggendo completamente alla logica privatistica, che anche la ricostruzione assume*”<sup>355</sup>.

Ad avviso di chi scrive, la teoria della fonte – fatto non potrebbe considerarsi smentita dalla circostanza che il contratto collettivo abbia una efficacia soggettiva limitata, imposta dall’inattuazione della seconda parte dell’art 39 Cost..

Ed infatti, quella ricostruzione prende le mosse dall’idea che il rinvio della legge al contratto collettivo riconoscerebbe a quest’ultimo il potere di introdurre nell’ordinamento giuridico statale “*fatti normativi*”<sup>356</sup>.

Ora, la definizione che la dottrina costituzionalista dà del fatto normativo è quella per cui esso si distinguerebbe dal c.d. fatto giuridico poiché da quest’ultimo “*l’ordinamento fa dipendere il sorgere di norme vincolanti per tutti*”<sup>357</sup>.

A questo punto, ipotizzando di accedere alla ricostruzione dottrinale che qualifica il contratto collettivo come una fonte, sia pur atipica, del diritto del lavoro, occorre domandarsi se il contratto collettivo finisca col mutare la sua natura e la sua funzione.

Ancora una volta, la dottrina è divisa.

E così, alcuni ritengono che il ruolo che la contrattazione collettiva riveste nel caso in cui sia chiamata dalla legge ad integrare, modificare

---

<sup>355</sup> V. MAIO, *op. cit.*, p. 225. L’Autore finisce col qualificare il contratto collettivo attuativo del rinvio come una fonte – atto.

<sup>356</sup> G. PROIA, *op. cit.*, p. 185.

<sup>357</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 289.

ovvero derogare la disciplina dettata dalla fonte primaria, sia quello di uno “speciale atto normativo”<sup>358</sup>.

Altri, invece, ritengono che i sempre più fitti rinvii della legge all'autonomia collettiva non comporterebbero una modifica della sua “natura originaria”<sup>359</sup> né, tantomeno, l'attribuzione alle parti sociali di una vera e propria potestà normativa.

E ciò in quanto l'ordinamento statale si limiterebbe a fare “rinvio alla contrattazione collettiva come ad un “fatto” ut sic, ai suoi naturali equilibri ed ai suoi spontanei esiti, limitandosi a dettare regole volte a garantire la “genuinità” del procedimento negoziale”<sup>360</sup>.

Una terza interpretazione, invece, suggerisce di ritenere che il meccanismo del rinvio costituisce una “tecnica neutra” compatibile “con il rispetto della libera determinazione delle parti sociali”<sup>361</sup> che, in quanto tale, non comporta alcuna “funzionalizzazione dell'interesse collettivo all'interesse generale, con conseguente mutamento funzionale dell'autonomia collettiva da privata a pubblica”.

Secondo tale impostazione teorica, quindi, il rinvio della legge al contratto collettivo sarebbe espressione di una valutazione meramente “politica” del legislatore che “preferisce integrare il contenuto della legge” con la contrattazione collettiva ritenendola “maggiormente idonea” ad individuare “il dosaggio di regolazione (o deregolazione) opportuno”<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> M. GRANDI, *In difesa della rappresentanza sindacale*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2004, pp. 638 e 639.

<sup>359</sup> G. PROIA, *op. ult. cit.*, p. 185.

<sup>360</sup> *Ivi*, p. 203, nota 119.

<sup>361</sup> V. MAIO, *op. cit.*, p. 230.

<sup>362</sup> *Ivi*, pp. 229 e 230.

## 6. Considerazioni conclusive.

Il dibattito dottrinario che si è formato sulla configurabilità del contratto collettivo come fonte della disciplina del rapporto di lavoro ci consente di tracciare alcune conclusioni e di creare un “raccordo” tra tutte le disposizioni di legge analizzate nel primo capitolo del presente elaborato e il ruolo che il contratto collettivo ha nel diritto del lavoro della crisi e della flessibilità.

Tutte le disposizioni di legge analizzate sono senza dubbio gli indici della esistenza di una valutazione del legislatore circa la idoneità dei contratti collettivi a fungere da disciplina integrativa ovvero sostitutiva di quella dettata dal legislatore ordinario.

Di modo che il diritto del lavoro deve oggi essere inserito all’interno di *“un più ampio ed articolato concetto di positività del diritto costruito attraverso il contestuale operare di diversi fattori, legislazione, politiche sociali, prassi giudiziaria, alle quali concorrono sia gli operatori giuridici sia i soggetti privati, sia le formazioni sociali e fra queste, in particolare, le associazioni sindacali”*<sup>363</sup>.

Come visto, infatti, il contratto collettivo nazionale post-corporativo<sup>364</sup> concorre con le norme di legge alla regolamentazione

---

<sup>363</sup> F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro, vol I: Le fonti, il sindacato, lo sciopero*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 13.

<sup>364</sup> Nell’ordinamento corporativo, l’art. 7 disp. prel. affermava il primato della legge sulla contrattazione collettiva (*“le norme imperative non possono derogare alle disposizioni imperative della legge e dei regolamenti”*). La disciplina sulle modalità di interazione reciproca tra legge e contratto collettivo trovava la sua fonte nell’art. 2068 Cod. Civ. (*“Non possono essere regolati da contratto collettivo i rapporti di lavoro, in quanto siano disciplinati con atti della pubblica autorità in conformità della legge.*

*Sono altresì sottratti alla disciplina del contratto collettivo i rapporti di lavoro concernenti prestazioni di carattere personale o domestico”*) e nell’art. 2071 Cod. Civ. (*“Il contratto collettivo deve contenere le disposizioni occorrenti, secondo la natura del rapporto, per attuare i principi della Carta del Lavoro e per dare esecuzione alle norme di questo codice concernenti la disciplina del lavoro, i diritti e gli obblighi degli imprenditori e dei prestatori di lavoro. Deve inoltre indicare le qualifiche e le rispettive mansioni dei prestatori di lavoro appartenenti alla categoria a cui si riferisce la disciplina collettiva. Deve infine contenere la determinazione della sua durata”*).

giuridica dei rapporti di lavoro dal momento della loro costituzione e sino al momento della loro estinzione.

Ne segue che nel diritto del lavoro la legge e il contratto collettivo coesistono occupandosi il legislatore di aspetti generali del rapporto di lavoro, le parti sociali di aspetti più specifici.

Ecco allora come potrebbe essere ricostruito il rapporto tra legge e contratto collettivo: *“è garantito uno spazio dentro il quale la legge, per quanto fonte superiore, non ha nei rapporti con la contrattazione collettiva [...], non può cioè intervenire con disposizioni che vincolino in modo tassativo l'autonomia delle associazioni sindacali”* essendovi nelle norme costituzionali una *“competenza garantita all'autonomia collettiva e non modificabile dalla superiore fonte legislativa”*: in particolare, *“la legge, pur non avendo limiti di competenza per materia, non può sostituirsi all'autonomia collettiva nella determinazione specifica di discipline organiche e globali per i rapporti di lavoro delle varie categorie professionali”*<sup>365</sup>.

Dal canto suo, il contratto collettivo *“per la sua stessa natura [...] viene a porre un comando, che dovrà essere attuato in sede di svolgimento dei rapporti di lavoro, inteso a subordinare una vera e propria condizione di realizzazione degli stessi interessi individuali. Soltanto non si tratta, giusta la classica distinzione, di un etero-comando che si impone agli interessati in forza di un potere sovrastante, ma di un auto-comando creato dagli stessi interessati. Sindacato e contratto collettivo sono un binomio inscindibile perché la funzione, tecnica e politica insieme, del sindacato sta appunto nella creazione della disciplina, o autodisciplina di categoria, espressa dal contratto collettivo, né si potrebbe concepire il riconoscimento di una formazione sociale ai sensi dell'art. 2 della*

---

<sup>365</sup> L MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass Giur. Lav.*, 1980, pp. 292 -293.

*Costituzione, come proiezione e tutela della sfera del singolo, se poi si negasse ad essa, nella specie al gruppo professionale, la capacità essenziale per lo svolgimento del proprio interesse*<sup>366</sup>.

Di talché, fonti legislative e fonti contrattuali intervengono nella disciplina di ogni aspetto del rapporto di lavoro secondo uno “schema” di “*sussidiarietà reciproca*” e non di “*conflitto o concorrenza competitiva*”<sup>367</sup>.

Ciò posto, va anche detto che l’uso della tecnica del rinvio è potenzialmente idonea a determinare una profonda alterazione della disciplina del rapporto di lavoro che porta con sé una serie di problemi che sarebbe opportuno risolvere anche con un apposito intervento legislativo.

Ed infatti, la scelta del legislatore di “prediligere” l’autonomia collettiva quale “mezzo” per il raggiungimento di obiettivi di ordine pubblico o più semplicemente di politica economica, proprio nella logica della composizione degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, richiede la soluzione di almeno due questioni di grandissima importanza.

Da un lato, quella della individuazione di criteri certi in forza dei quali individuare i soggetti legittimati alla stipulazione dei contratti collettivi attuativi del rinvio legislativo.

Come visto<sup>368</sup>, infatti, l’art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 si limita ad individuare il criterio della rappresentatività comparata, senza tuttavia dettare parametri certi in forza dei quali selezionare i soggetti collettivi cui è demandato il compito di integrare ovvero di derogare la disciplina dettata dalla fonte primaria.

---

<sup>366</sup> V. SIMI, *La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>367</sup> Cfr. M. DELL’OLIO, *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, Studi in onore di Mattia Persiani*, tomo I, Padova, 2005, pp. 101 e ss..

<sup>368</sup> Cfr. *retro* par. 3, cap. 2.

Dall'altro lato, occorrerebbe risolvere il problema relativo alla efficacia soggettiva dei contratti collettivi delegati dalla legge all'attuazione del rinvio legislativo.

Anche in questo caso, manca un parametro legislativo di riferimento, con la conseguenza che la soluzione da dare al problema è rimessa ad un dibattito dottrinario e giurisprudenziale allo stato non ancora sopito che tenta di bilanciare la "vocazione normativa" di tali contratti collettivi con l'esigenza di rispettare la inattuata seconda parte dell'art. 39 Cost..

E l'esigenza di dare una soluzione a tali questioni è avvertita proprio al fine di individuare una "cornice normativa" di riferimento che tracci il perimetro entro il quale i prodotti dell'autonomia collettiva dovranno muoversi al fine di realizzare gli interessi pubblicistici sottesi alla delega di funzioni normative che promanano dalla legge delegante.

E ciò anche in considerazione del fatto che il "*più ampio e sistematico insieme di rinvii*" e la "*rinnovata considerazione del ruolo delle relazioni collettive nel mercato del lavoro*", "*meritano di essere considerati in termini di opportunità, specie nella prospettiva di una più stabile e regolata interlocuzione tra fonte legale e fonte contrattuale*"<sup>369</sup>.

È noto che da una parte della dottrina l'introduzione di un modello sindacale disciplinato per legge sia ritenuto non solo utile, ma ineludibile per sciogliere i nodi di storica criticità del diritto sindacale italiano e soprattutto per rivelare le reali intenzioni del legislatore riguardo al fenomeno sindacale<sup>370</sup>.

Peraltro, la stessa Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 231 del 2013, dopo aver esposto le possibili soluzioni circa l'individuazione di

---

<sup>369</sup> S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel nuovo diritto del lavoro*, op. cit., p. 222.

<sup>370</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in *LD*, 2015, p. 423.

un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento dei diritti di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori, nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale, ha rimesso al legislatore la competenza circa la scelta tra l'uno o l'altro criterio proposto.

Non è questa la sede per dare conto delle proposte elaborate sul punto<sup>371</sup>.

Va però detto che in dottrina sono state manifestate alcune perplessità sulla opportunità di un intervento legislativo di carattere generale.

In particolare, è stato osservato che una legge di carattere generale *“segnerebbe senz'altro un elemento di forte e significativa rottura con il passato e quindi la necessità di ripensare il nostro sistema di relazioni industriali, non solo, come ovvio, nel rapporto con la fonte unilaterale, ma in tutte le sue composite sfaccettature, compresa quella del rapporto con l'art. 39 Cost. nella sua interezza”*<sup>372</sup>.

Al riguardo, è stato osservato che:

a) la codificazione delle regole di accertamento della rappresentatività sindacale porterebbe, come è avvenuto nel pubblico impiego, ad una *“burocratizzazione dell'azione sindacale anche nell'ambito del godimento dei diritti sindacali, sì come regolati dall'autonomia collettiva del settore”*<sup>373</sup>;

b) si correrebbe il rischio di rinunciare *“nel rapporto con le maggioranze parlamentari di turno destinate ad occuparsi della «Legge*

---

<sup>371</sup> Per una analisi di dettaglio e di comparazione fra le proposte, si veda, A. LASSANDARI, *Tre proposte per una legge sindacale*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, Roma, Ediesse, pp. 37 – 56.

<sup>372</sup> S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel nuovo diritto del lavoro*, op. cit., p. 273.

<sup>373</sup> *Ivi*, pp. 273 e 274.

*sindacale», alla faticosamente recuperata unità sindacale che ha caratterizzato la feconda stagione dei più recenti accordi interconfederali, i quali, pur difettando del requisito dell'estensibilità ultra partes, hanno però raccolto l'adesione (anche successiva) delle maggiori organizzazioni imprenditoriali. Le quali ultime sarebbero invece difficilmente propense, pur nella prevedibile e "forte" vicinanza con il legislatore, ad una codificazione delle regole di accertamento della rappresentatività dei datori di lavoro ai fini di legge e di vincolatività dei trattamenti previsti dai contratti collettivi nazionali»<sup>374</sup>;*

*c) "rispetto alle funzioni assegnate al sindacato da parte dell'ordinamento giuridico, nelle descritte e diverse forme di welfare occupazionale/contrattuale e nel rilancio di forme partecipate di negoziazione in azienda, una istituzionalizzazione del ruolo sindacale tramite intervento legislativo potrebbe compromettere la capacità del sindacato di sviluppare questo nuovo ruolo e soprattutto di integrare codeste sue nuove attività con quelle storicamente svolte nell'ordinamento del lavoro»<sup>375</sup>.*

Alla luce delle considerazioni appena svolte, pare opportuno interrogarsi anche sulla utilità di un intervento legislativo che ridisegni le relazioni reciproche tra le "fonti" del diritto del lavoro.

Al riguardo, va subito detto che dal dato formale e quantitativo sull'utilizzo crescente delle deleghe alla contrattazione collettiva non è possibile trarre conclusioni in ordine alla sua natura e alla sua collocazione tra le fonti del diritto del lavoro.

Non è questo, del resto, lo scopo del presente lavoro.

L'analisi sin qui condotta dimostra che il nuovo scenario normativo esige sempre di più un costante approfondimento degli snodi giuridici

---

<sup>374</sup> *Ibidem.*

<sup>375</sup> *Ivi*, p. 274.

complessi e problematici posti dai rinvii legali e uno studio degli effetti sostanziali che tali rinvii producono sugli equilibri esistenti tra i due distinti ordinamenti.

Proprio per questo il tema dei rapporti tra legge e contratto collettivo è stato osservato a partire dagli interventi legislativi degli ultimi anni che fanno un massiccio ricorso alla tecnica del rinvio al fine di comprendere entro quali limiti la contrattazione collettiva possa svolgere una funzione “*normativa e para-legislativa*”<sup>376</sup>.

Sembra di poter concludere che tutte le “iniezioni” di flessibilità applicate dalla legge al sistema e il conseguente abbassamento del livello legale di protezione dei lavoratori, in un contesto ancora caratterizzato dal fitto dialogo tra legge e contratto collettivo, lasciano intravedere con maggiore evidenza la funzione della contrattazione collettiva che si è visto essere quella di “fonte” “*non esclusiva ma concorrente e sostanzialmente irrinunciabile*”<sup>377</sup> di disciplina del rapporto di lavoro.

In altre parole, il meccanismo del rinvio costituisce il mezzo attraverso il quale la contrattazione collettiva ha l’opportunità di integrare la disciplina legislativa nel senso di garantire un maggiore bilanciamento tra gli interessi di entrambe le parti del rapporto di lavoro.

In questo senso, la legislazione lavoristica degli ultimi anni ha dimostrato di offrire un’opportunità alle organizzazioni sindacali legittimate alla attuazione del rinvio che avranno il compito di trovare il necessario equilibrio tra le finalità perseguite dal legislatore<sup>378</sup> e la garanzia di una adeguata tutela nei confronti dei lavoratori.

---

<sup>376</sup> M. FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*, in Dir. Rel. Ind., 2016, n. 4, p. 1098.

<sup>377</sup> *Ibidem*.

<sup>378</sup> Le finalità che i decreti attuativi del Jobs Act intendevano raggiungere erano certamente quelle di una flessibilizzazione del mercato del lavoro. Al contrario, le finalità perseguite dal decreto dignità sembrano essere orientate verso un irrigidimento del mercato del lavoro, sia in entrata che in uscita.

Infine, dal punto di vista degli ordinamenti coinvolti e dell'interesse generale, la complessità esegetica della situazione descritta rischia di minare *“l'effettività delle nuove discipline, anche a scapito delle imprese che vogliono condurre delle politiche contrattuali chiare e sicure”*<sup>379</sup>.

In un tale contesto, quindi, sembra auspicabile un intervento di disposizioni-quadro che ridisegnino anche le relazioni reciproche tra le fonti *“ché altrimenti, a far operare le innovazioni nel vuoto istituzionale, si rischia di accreditare soluzioni pasticciate e confusionarie”*<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> M. FALSONE, *op. cit.*, p. 1099.

<sup>380</sup> O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in DLRI, I, 2011, p. 235.

## BIBLIOGRAFIA

ALVINO I., *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, Jovene Editore, 2018.

ALVINO I., *Il microsistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra livelli della contrattazione collettiva*, in RIDL, 2016, 4.

BALLESTRERO M.V., *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in Riv. It. Dir. Lav., I, 1989, p. 364.

BALLETTI E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S.*, Napoli, 16-17 giugno 2016, pp. 103 e 104.

BARBERA M., PERULLI A. (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Padova, Cedam, 2014.

BAVARO V., *Azienda, contatto e sindacato*, Bari, Cacucci editore, 2012, p. 117.

BAVARO V., *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in Lav. Dir., 2014, p. 3.

BELLOCCHI P., *Art. 2077 c.c.*, in AMOROSO A., DI CERBO V., MARESCA A. (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Milano, Giuffré, 2017.

BELLOCCHI P., *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di diritto privato, Il lavoro subordinato*, F. CARINICI (a cura di), *Il diritto sindacale, Tomo I*, G. PROIA (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007.

BELLOCCHI P., *Lavoro intermittente*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2007.

BELLOMO S., *Artt. 2107 - 2109 c.c.*, in AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A. (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. I, Milano, Giuffr , 2017.

BELLOMO S., *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Gior. Dir. Lav.*, 145, 2015, I, p. 61.

BERTOCCO S., *Art. 10. Ferie annuali*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al D.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, Giuffr , 2003.

BIASI M., ZILIO GRANDI G. (a cura di), *Commentario breve alla riforma del "Jobs Act"*, Padova, Cedam, 2016.

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 289.

BOLEGO G., *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Padova, Cedam, 2004.

BROLLO M., *Disciplina delle mansioni*, in FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt E Book, n. 48/2015.

CARABELLI U., LECCESE V., *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina sull'orario di lavoro*", in WP CSDLE, n. 22/2004.

CARABELLI V., *Libertà e immunità del sindacato: ordinamento statale, organizzazione sindacale e teoria della pluralità degli ordinamenti*, Napoli, Jovene, 1986.

CARINCI F., *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 203, p. 684.

CARINCI F., *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Working Paper*, n. 164/2014.

CARINCI F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *ADL*, 2011, pp. 457 e ss..

CARINCI M.T., *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in TULLINI P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2017.

CARUSO B., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992.

CARUSO B., *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Gior. Dir. Lav.*, 2006, 581 – 624.

CASSANETTI E., FAILLA L., *La riforma delle collaborazioni e dell'associazione in partecipazione*, in *G. Lav.*, 2015, 9, p. 21.

CENTAMORE G., *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *Lav. e Dir.*, 2015, p. 504.

CESTER C., *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, p. 167.

CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pp. 341 e ss..

CIUCCIOVINO S., *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013.

COMANDÈ D., *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, I, p. 292.

D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 546.

D'ANTONA M., *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 80, pp. 665 e ss..

D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pp. 455 e ss..

D'ANTONA M. (a cura di), *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990.

DE LUCA TAMAJO R., *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in DRI, 2012, p. 12.

DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffr , 2016.

DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, I, p. 77.

DELL'OLIO M., *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, Padova, Cedam, 1980.

DELL'OLIO M., *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, Studi in onore di Mattia Persiani*, tomo I, Padova, 2005, pp. 101 e ss..

FALSONE M., *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*, in Dir. Rel. Ind., 2016, n. 4, p. 1098.

FERRANTE V., *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore (art. 3, d.lgs. 81/2015)* in MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A. (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. n. 81/2015, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016.

FERRARO G., *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano, Giuffr , 2008.

FERRARO G., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 2011, p. 775.

FERRARO G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam, 1981.

FERRARO G., *Sul rinnovato sistema delle relazioni industriali*, in ADL, 2014, p. 562.

FERRARO G., *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorit  dal punto di vista giuridico*, in ADL, 2016, p. 39.

FERRO V., MENEGOTTO M., *“L'impatto della contrattazione collettiva”*, in *“Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignit )”*, MENEGOTTO M., SEGHEZZI F., SPATTINI S. (a cura di), Adapt University Press, n. 73.

FIORILLO L. – PERULLI A. (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt E Book, n. 48/2015.

FRENI A., GIUGNI G., *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffr , 1971.

GAETA L., «*La terza dimensione del diritto*»: legge e contratto collettivo nel novecento italiano, in *Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S.*, Napoli, 16-17 giugno 2016.

GAMBACCIANI M., PROIA G., *Il contratto collettivo di diritto comune*, in PERSIANI M., CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. II, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, PROIA G. (a cura di), Padova, Cedam, 2014.

GARGIULO U., *Lo “jus variandi” nel nuovo art. 2103, c.c.*, WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT., n. 268/2015.

GARILLI A., *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in ADL, 2012.

GARILLI A., *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità e tutela del lavoratore*, Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., 2016, pp. 129 – 147.

GAROFALO D., *L’apprendistato nel decreto legislativo n. 81 del 2015*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, F. CARINCI (a cura di), Adapt University Press 2015, n. 48.

GAROFALO M.G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in Gior. Dir. Lav. Rel. Ind. n. 132, 2011, p. 532.

GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2002.

GHERA E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, pp. 195 e ss..

GHERA E., *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale*, in LD, 2009, pp. 351 e ss..

GHERA E., *Sulle fonti del diritto del lavoro*, RISG, 2010, pp. 319 e ss..

GIUBBONI S., *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368/2001*, in Riv. Giur. Lav., 2002, I, pp. 505 e ss..

GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, Dir. Lav. Rel. Ind., 1986, pp. 329 e ss..

GIUGNI G., *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 23-25 maggio 1997, Torino, Giuffrè, 1998.

GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960.

GRAGNOLI E., *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*; in Var. Temi Dir. Lav., 2016, 4.

GRANDI M., *Ammissione alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo e maggiore rappresentatività*, in Riv. It. Dir. Lav., 1986, II, pp. 129 e 130.

GRANDI M., *In difesa della rappresentanza sindacale*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2004, pp. 638 e 639.

GUARRIELLO F., *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., n. 149, 2016, 1.

ICHINO P., *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e dell'ordinamento statale*, in Riv. Giur. Lav., 1975, I, pp. 439 e 440.

LAMBERTUCCI P., *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 2009, pp. 551 e ss..

LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, Giuffré, 2001.

LASSANDARI A., *Tre proposte per una legge sindacale*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, Roma, Ediesse, pp. 37 – 56.

LECCESE V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento economico e profili di legittimità costituzionali*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 2012, pp. 479 e ss..

LIEBMAN S., *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in ADL, 2011, pp. 1281 e ss..

LISO F., *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., 2011, 331 – 344.

LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 23-25 maggio 1997, Torino, Giuffré, 1998.

LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pp. 242 e ss..

LISO F., *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/1991*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, I, p. 42.

MAGNANI M., *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in W.P. CSDLE “Massimo D’Antona”.it, 2014, n. 212.

MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro, (relazione alle giornate di studio Aidlass del 16-17 giugno 2016 - Napoli)*, in: AA. VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Milano, Giuffré, 2017, pp. 181 – 276.

MAIO V., *Concorso e conflitto di diritti che discendono da contratti collettivi incompatibili*, *ADL*, 2004, pp. 571 e ss..

MAIO V., *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli, Jovene, 2008.

MAIO V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, 2015, 1186.

MAIO V., *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Milano, Cedam, 2013.

MARAZZA M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in ADL, 2016, p. 484.

MARAZZA M., *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione nel diritto del lavoro?*, in DRI, 2012, pp. 24 e ss..

MARESCA A., *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in Riv. It. Dir. Lav., 2010, I, pp. 29 e ss..

MARESCA A., *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinati e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi a-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in Riv. It. Dir. Lav., 2008, I, p. 287.

MARESCA A., *La stagione della flessibilità e l'ordinamento del lavoro: un primo bilancio*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli, Jovene, 1990.

MARESCA A., *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Padova, Cedam, 2005, t. I.

MARESCA A., *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. Lav.: connessioni e connessioni sistemiche*, in AA.VV., *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Adapt Labour Studies*, n. 13/2013.

- MARIUCCI L., *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985.
- MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2003.
- MAZZOTTA O., “Apocalittici” e “integrati” alle prese con l’art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. Dir.*, 2012, pp. 19 e ss..
- MAZZOTTA O., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Dir. Lav. Rel. I, I*, 2011, p. 235.
- MENEGOTTO M., SEGHEZZI F., SPATTINI S. (a cura di), “*Il decreto dignità alla prova della contrattazione*”, in “*Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*”, Adapt University Press, n. 73.
- MENGHINI L., *Lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt E Book, n. 48/2015.
- MENGONI L., *La questione del «diritto giusto» nella società postindustriale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, n. 13, pp. 11 e ss..
- MENGONI L., *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, 5, p. 305.
- MEZZACAPO D., *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e*

*individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 6/2017.

MISCIONE M., *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, in DPL, 1997, n. 30, p. 2077.

MISCIONE M., *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, Lav. Giur., 2015, p. 437.

MONDA G. M., *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*", in "Il contratto a tempo determinato, (a cura di) FERRARO G., Giappichelli, 2000, pp. 271 e ss..

MONTESARCHIO L., *L'art. 23 della L. 28.2.1987, n. 56: una "delega in bianco" in favore delle parti sociali*, in Nuova Giur. Civ., 2007, 2.

NAPOLI M., *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, Intervento in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso Aidlass Milano, 23 – 25 maggio 1998, pp. 165 ss..

NAPOLI M., *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in Gior. Dir. Lav. Ind., 2012, pp. 467 e ss..

NOGLER L., *La subordinazione nel d.lgs. n 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità del punto di vista giuridico"*, in Working Paper CSDLE Massimo D'Antona.IT, 2015, n. 267/2015; G. ZILIO GRANDI – M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del "Jobs Act"*, Padova, Cedam, 2016.

OCCHINO A., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in Riv. Giur. Lav., 2008, pp. 189 e ss..

PASSALACQUA P., “*Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell’evoluzione delle relazioni sindacali*”, in Dir. Rel. Ind., 2014, n. 2.

PASSALACQUA P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, Giappichelli, 2005.

PASSALACQUA P., *I controlli preterintenzionali: la procedura*, in LEVI A. (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza*, Milano, Giuffré, 2016, pp. 75 e ss..

PASSALACQUA P., *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell’evoluzione delle relazioni sindacali*, in Dir. Rel. Ind., 2014, n. 2, pp. 378 e ss..

PASSALACQUA P., *L’equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all’autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81/2015*, in Dir. Lav. Mer., 2015, p. 296.

PERA G., *Commento all’art. 4*, in ASSANTI C., PERA G., *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972.

PERA G., *Note sui contratti collettivi “pirata”*, in Riv. It. Dir. Lav., 1997, I, pp. 381 e ss..

PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, ADL, 1999.

PERSIANI M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, Cedam, 1972.

PERULLI A., *Costanti e varianti in tema di subordinazione*, in LD, 2015, 2, pp. 271 e ss..

PERULLI A., *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1992, n. 55, p. 515.

PESSI R., *L'efficacia del diritto del lavoro e l'autonomia privata collettiva*, Riv. It. Dir. Lav., fasc.1, 2009, p 71.

PISANI C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, Giappichelli, 2015.

PRETEROTI A., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), Milano, Utet Giuridica, 2014, pp. 357 e ss..

PROIA G., *“Dalle origini al nuovo millennio”*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Tomo I. Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2009.

PROIA G., *Flessibilità e tutela “nel” rapporto di lavoro subordinato*, in Dir. Rel. Ind., 2002, pp. 411 e ss..

PROIA G., *Il contratto collettivo fonte e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in *Atti AIDLASS*, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002, p. 113.

PROIA G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, pp. 177 – 193.

PROIA G., *Questioni sulla contrattazione collettiva, Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, Giuffré, 1994.

PROIA G., *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2018.

PROIA G., *Trattamento dei dati personali, rapporti di lavoro e l’“impatto” della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, 547.

RAZZOLINI O., *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2015, n. 266.

RECCHIA G.A., *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Job Act II*, Bari, Cacucci, 2015, p. 119.

RESCIGNO P., *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, 1956.

RIMOLI F., *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in MODUGNO F., MENGONI L., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2004.

RIMOLI F., *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO, L. MENGONI, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 123 e ss..

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1951.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e il carattere del diritto*, Pisa, Spoerri, 1917.

ROMEI R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano, Giuffré, 2013.

ROMEI R., *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., n. 130, 2011, 2, p. 191.

ROMEI R., *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in AA.VV., *Fonti e tipologie dei contratti di lavoro*, Giuffré, Milano, 2017.

RUSCIANO M., *Contratto collettivo e autorità sindacale*, Torino, Utet, 2003.

SANTONI F., *Lezioni di diritto del lavoro, vol I: Le fonti, il sindacato, lo sciopero*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

SANTORO C., *La delega “in bianco” alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni “etero-organizzate” e prime applicazioni concrete*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 4, p. 1167.

SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1949, pp. 138 e ss..

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954.

SANTORO PASSARELLI F., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1944.

SANTORO PASSARELLI F., *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961.

SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, n. 48.

SANTORO PASSARELLI G., *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale*, in *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato, Atti delle giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989*, Milano, Giuffrè, 1989.

SCARPONI S., *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, p. 121.

SCARPONI S., *Rappresentatività e organizzazione aziendale*, Padova, Cedam, 2005.

SEGHEZZI F., *Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione. Appunti per una ricerca*, in Adapt University Pres, n. 169/2015.

SILVAGNA L., *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in Dir. Rel. Ind., 1999, pp. 212 e ss..

SIMI V., *La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffré, 1962.

SPEZIALE V., *La nuova legge sul lavoro a termine*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2001, 3, p. 369.

TATARELLI M., *Part-time e tempo determinato nel lavoro privato e pubblico*, Padova, Cedam, 1999.

TIRABOSCHI M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT – 335/2017.

TIRABOSCHI M., *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, Adapt E-Book n. 45/2015.

TOMASSETTI P., *Il decreto dignità alla prova della contrattazione*, in *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità)*, Adapt University Press, n. 73.

TOMASSETTI P., *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, p. 380.

TOSI P., *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pp. 449 e ss..

TREMOLADA M., *Concorso e conflitto fra regolamenti da contratti collettivi incompatibili*, Padova, Cedam, 1994.

TREU T., *Editoriale. In ricordo di Gino Giugni*, *Dir. Rel. Ind.*, 2010, fasc. 1, pp. 1 e ss..

TREU T., *Gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *QRS*, 2011, pp. 53 e ss..

TREU T., *L'art. 51 del decreto 81/2015: i livelli contrattuali pari sono*, *Giur. Lav.*, 2015.

TROJSI A., *Controlli a distanza e protezione dei dati dei lavoratori: legge, contratto collettivo e codice di deontologia (relazione alle giornate di studio Aidlass del 16-17 giugno 2016 - Napoli)*, in: AA. VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Milano, Giuffrè, 2017.

TULLINI P., *Breve storia delle fonti del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 141.

TURSI A., *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996.

TURSI A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in DRI, 2013, pp. 958 e ss..

VALLEBONA A., *Dubbi di costituzionalità per la disciplina del mutamento di mansioni*, in MGL, 2016, pp. 6 e ss..

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, 2009.

VALLEBONA A., *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'dolo dell'uniformità oppressiva*, in MGL, 2011, pp. 682 e ss..

VARDARO G., *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene, 1984.

VARDARO G., *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, Lav. Dir., 1987, pp. 229 e ss..

VOZA R., *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 262/2015.

ZOLIC., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, Dir. Lav. Rel. Ind., 2004, p. 359.

ZOLI C., *La disciplina delle mansioni*, in FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 337.

ZOPPOLI L., *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in LD, 2015, p. 423.