



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

Ciclo XXVIII

Tesi di dottorato

# **La funzione della contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro**

Il fondamento ordinamentale del modello di integrazione  
tra legge e contratto collettivo

Coordinatore della Scuola di dottorato  
Chiar.mo Prof. Giuseppe Bertagna

Coordinatore area giuridica  
Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Tutor del dottorando  
Chiar.mo Prof. Pierluigi Rausei

Candidato  
Dott. Carmine Santoro  
Matricola n. 1027222



## INDICE

### *Abstract*

#### Capitolo I

##### Il modello generale di integrazione tra legge e contrattazione collettiva

1. Ragioni e caratteri del fenomeno
2. Natura e funzione del contratto collettivo nel sistema “integrato” legge-contrattazione
3. I supposti indizi normativi dell’inserimento del contratto collettivo nel sistema delle fonti
4. Il problema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo “delegato”:
  - a) La contraddittoria giurisprudenza costituzionale
  - b) L’efficacia relativa della contrattazione “delegata”
5. La questione della rappresentatività delle organizzazioni stipulanti
6. Il sindacato comparativamente più rappresentativo
7. L’efficacia soggettiva del contratto “separato”
8. Il contratto aziendale
9. I contratti di prossimità

#### Capitolo II

##### Il contratto collettivo nel sistema sanzionatorio amministrativo

1. Posizione del problema: il modulo integrativo legge-contrattazione nel sistema sanzionatorio

##### Sezione I – I principi pubblicistici

2. Principio di legalità dell’amministrazione
3. Il principio di sussidiarietà orizzontale
4. Il principio di riserva di legge dell’illecito amministrativo
5. La riserva di legge e la contrattazione collettiva
6. Il principio di tassatività delle fattispecie di illecito

##### Sezione II – Le problematiche costituzionali e civilistiche

7. Il problema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo:
  - a) Efficacia nei confronti dei datori di lavoro
  - b) Efficacia nei confronti dei lavoratori

8. Il principio di eguaglianza
9. I poteri ispettivi sulla contrattazione collettiva
10. La verifica dell'abilitazione dei sindacati stipulanti
11. La contrattazione di prossimità

#### Sezione III – Le questioni specifiche del modello

12. La deroga contrattuale come esimente: critica
13. La possibilità dell'inoperatività della fattispecie sanzionatoria ad opera della contrattazione collettiva
14. La punibilità del datore di lavoro che applichi clausole negoziali invalide

### Capitolo III

#### Le singole fattispecie sanzionatorie “delegificate”

1. L'art. 509 c.p. Inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro
2. La violazione degli obblighi dei minimi inderogabili (L. 741/1959)
3. I tempi di lavoro (d.lgs. 66/2003):
  - a) Superamento del limite massimo dell'orario di lavoro
  - b) Violazioni concernenti lo straordinario
  - c) Violazioni riguardanti i riposi dei lavoratori: generalità
  - d) riposo giornaliero
  - e) riposo settimanale
  - f) Violazioni in materia di ferie
  - g) Violazioni in materia di lavoro notturno
4. L'apprendistato: il rinvio ai principi legislativi attuati dal contratto collettivo
5. Il contratto a tempo determinato
6. La somministrazione
7. Una fattispecie particolare: la violazione del limite di contingentamento dei contratti a tempo parziale del CCNL edilizia

### Conclusioni

#### *Literature review*

#### Bibliografia

## **Abstract**

Nella legislazione sanzionatoria del lavoro si è imposto da tempo un modello di eterointegrazione del precetto normativo primario, che contempla il ricorso, in varie modalità, alla fonte contrattuale collettiva. Sicché, in vari settori presidiati dalle misure punitive, le figure di illecito amministrativo sono modellate con il concorso determinante della fonte pattizia. Il recente d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che ha riordinato la disciplina dei contratti di lavoro, è intervenuto ripetutamente sul tema: con la fattispecie di cui all'art. 23 sul contratto a tempo determinato – che replica lo schema già previsto dalla legge 78/2014 -, con quella dell'art. 40 sulla somministrazione di lavoro, e con quella dell'art. 47, comma 2 sull'apprendistato. Il fenomeno più consistente sul piano quantitativo è costituito dalla disciplina dei tempi di lavoro di cui al d.lgs. n. 66/2003, laddove è agevolmente rilevabile, anche nel settore sanzionatorio, un'ampia opera di “delegificazione” in favore della fonte contrattuale.

Peraltro, i rinvii normativi, nelle discipline suddette, non hanno carattere del tutto omogeneo, sicché l'interprete non può prescindere da un'analisi specifica per ciascuna di esse. Si riscontra, in primo luogo, il rinvio in funzione di deroga del dettato normativo primario – il più rilevante sul piano quantitativo –, laddove la legge pone un precetto “cedevole”, che disciplina la fattispecie fino alla stipulazione della clausola contrattuale oggetto di rinvio, che occupa il posto del primo. Si registra, poi, il rinvio in funzione di integrazione, ove la legge sanziona la violazione di principi da essa stessa posti ma specificati dalla contrattazione collettiva, come avviene nella citata disciplina dell'apprendistato. Infine, il rinvio alla fonte pattizia in funzione di precetto, che costituisce la tipologia maggiormente critica: in tali ipotesi, la legge autorizza l'autonomia collettiva a determinare in via originaria la condotta che dà luogo all'applicazione della sanzione; il fenomeno è noto tra i penalisti con la denominazione di “norme penali in bianco”. In tal modo, non si ha il tradizionale rapporto di eterointegrazione tra fonte primaria e secondaria, tale per cui la fonte subordinata si limita ad integrare per meri aspetti tecnici la norma legislativa, ma si realizza una compartecipazione a pari titolo tra legge e contrattazione collettiva nella formazione della fattispecie sanzionatoria. La legge svolge in questi casi il solo compito di fissare la misura sanzionatoria, ciò che costituisce il *minimum* inderogabile del principio di riserva –pur relativa- di legge, essendo una sanzione introdotta da una fonte secondaria certamente contrastante con tale principio, sia esso ricavabile dall'art. 23 Cost., sia a maggior ragione dall'art. 25 comma 2 Cost..

Il presente studio mira ad individuare il fondamento giuridico di un tale modello sanzionatorio, e i suoi possibili limiti di compatibilità, per un verso, con la Carta costituzionale – in

particolare con gli artt. 3 e 39 Cost. - e, per l'altro, con i principi del sistema sanzionatorio amministrativo, segnatamente con il principio di legalità nei suoi corollari della riserva di legge e della tassatività. In vista di tale obiettivo è previamente necessario analizzare, sebbene in maniera non esaustiva e limitata ai fini del presente studio, il fenomeno generale del rinvio normativo alla fonte pattizia, nonché la posizione del contratto collettivo nel sistema delle fonti, problematiche ampiamente studiate dalla dottrina del diritto sindacale. Questi temi suscitano tuttora svariate discussioni e notevoli questioni ermeneutiche, che determinano un quadro complessivo del fenomeno tutt'altro che stabile. Bisogna aggiungere che, all'opposto, risulta allo stato inedito lo studio e la ricerca in merito al tema specifico del rinvio normativo alla contrattazione collettiva, nel contesto delle fattispecie sanzionatorie amministrative; di conseguenza, il presente risulta il primo tentativo in tal senso.

L'analisi effettuata consente di individuare taluni esiti argomentativi, in relazione ai problemi segnalati circa il fondamento del fenomeno nel diritto sanzionatorio ed i suoi limiti di compatibilità sistematica con quest'ultimo.

Nella trattazione si sostiene essere obiettivo del Legislatore la ricerca del consenso e/o della partecipazione dei potenziali destinatari delle misure punitive. Da questo punto di vista, il concorso dei consociati all'edificazione del sistema sanzionatorio esprime la massima potenzialità in termini di tenuta complessiva del medesimo. In tale contesto logico, il problema – particolarmente dibattuto in sede giuslavoristica - della collocazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto si ridimensiona, dal momento che, nell'ottica consensuale considerata, l'accordo collettivo non può che mantenere la sua natura propria di atto di autonomia. Dunque, l'ordinamento sanzionatorio apprezza il contratto collettivo non quale fonte del diritto eteronoma, bensì quale atto espressione di autonomia negoziale.

In relazione ai temi tradizionali del diritto sindacale, la questione dell'efficacia soggettiva del contratto nei confronti dei lavoratori non si presenta critica, poiché la mancata adesione di uno o più lavoratori ai contenuti dell'autonomia collettiva non preclude nei confronti di costoro l'applicazione del precetto contrattuale, limitatamente ai fini dell'applicazione delle sanzioni al datore di lavoro. L'applicazione indifferenziata del contratto a tutti i lavoratori coinvolti nell'azione di vigilanza non appare in tal caso contrastante con il disposto costituzionale di cui all'art. 39, atteso che essa avviene, da parte di un potere pubblico, ai soli fini sanzionatori e non già contrattuali, lasciando illesa la sfera giuridica dei prestatori.

Il fenomeno in esame, peraltro, deve essere inquadrato nell'ambito di taluni moderni canoni del diritto pubblico, che ne fondano la legittimità sistematica.

Il modello di integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio sembra, in particolare, conforme al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.). Il modello in esame può essere ritenuto una modalità del principio di sussidiarietà sul piano delle fonti, da inquadrare nel paradigma della deregolamentazione. Non si tratta, dunque, di un fenomeno di delegificazione, poiché la legge non abdica alla sua funzione regolatoria della materia, ma ne affida taluni profili agli atti di autonomia.

Il modello deve anche essere rapportato ai principi specifici dell'ordinamento sanzionatorio amministrativo. In tale contesto, rileva il rapporto con la riserva di legge e con la tassatività. Riguardo al primo principio, la tradizionale *ratio* garantista di contrasto agli atti di arbitrio, tanto del potere esecutivo quanto di quello giudiziario, non è configurabile, giacché i soggetti che pongono in essere la contrattazione sono espressione, diretta o indiretta, anche degli interessi dei potenziali destinatari delle sanzioni. Ciò porta a concludere che la contrattazione può certamente eterointegrare/derogare il precetto della fonte primaria. La previsione, parziale o integrale, del precetto da parte della contrattazione collettiva incontra, però, precisi limiti ordinamentali.

Innanzitutto, il principio di riserva di legge può consentire l'inclusione della fonte contrattuale nelle figure di illecito amministrativo, a condizione che il contratto collettivo sia a ciò espressamente e specificamente "autorizzato" dalla legge stessa. La seconda condizione che si deve individuare ai fini dell'ammissibilità dello schema "precetto contrattuale- sanzione legale" è che sia la legge ad introdurre l'ipotesi punitiva ed a stabilire la sanzione.

È necessario precisare, quale ulteriore limite al relativo ruolo, un carattere fondamentale che la contrattazione deve possedere all'interno della fattispecie sanzionatoria: l'accessorietà. Si deve ritenere che, nel sistema sanzionatorio, la funzione derogatoria, integrativa o persino sostitutiva di una norma di rango primario "cedevole" del negozio collettivo, non può arrivare a stabilire la condotta vietata in maniera esclusiva ed originaria, mediante una disposizione legislativa di mero rinvio, cioè una norma "in bianco". Conseguenza a quanto sopra che la previsione sanzionatoria con un precetto posto direttamente dalla contrattazione collettiva, senza la previsione "cedevole" della disposizione legislativa, è suscettibile di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 97, 23, 25, 101 e 113 della Carta, cioè del principio di legalità.

Il meccanismo di integrazione tra legge e contratto deve misurarsi anche con il principio della "sufficiente" determinatezza della fattispecie. Tale meccanismo, sul piano strutturale, segue il metodo del rinvio; pertanto, la tecnica sanzionatoria deve essere attuata in modo da poter quantomeno agevolmente ricostruire gli elementi dell'illecito in via interpretativa. Ne deriva l'inammissibilità, anche sotto tale profilo, di norme "in bianco", di disposizioni sostanzialmente

senza precetto che si limitino a rinviare genericamente alla contrattazione collettiva, senza fornire corretti criteri ermeneutici per l'identificazione della condotta vietata.

La complessiva compatibilità del modello integrativo legge-contrattazione collettiva con il sistema sanzionatorio amministrativo discende, in definitiva, sia dalle moderne tendenze del diritto pubblico, sia dai principi specifici dell'ordinamento punitivo. Da questo punto di vista, lo sviluppo del contratto collettivo come fonte "autonoma" del diritto sanzionatorio non necessita dell'attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., poiché in tale branca ordinamentale il relativo problema dell'efficacia soggettiva generale non si pone, quantomeno non negli stessi termini del fenomeno generale del diritto sindacale.

Sul versante delle criticità, il maggiore problema concreto del modello consiste nella definizione di criteri puntuali per la selezione delle organizzazioni sindacali legittimate a stipulare i contratti "delegati" dalla fonte primaria, criteri attualmente affidati alla mutevole sensibilità dei vari interpreti ed operatori. L'ulteriore criticità è rappresentata dalle figure di illecito costituite con un contratto-precetto senza la compartecipazione della norma legislativa in funzione sussidiaria; tuttavia, l'analisi dimostra che tali fattispecie sono confinate, per lo più, al piano astratto.

# Capitolo I

## **Il modello generale di integrazione tra legge e contrattazione collettiva**

### **1. Ragioni e caratteri del fenomeno**

È stato autorevolmente affermato che il Legislatore, mediante il rinvio alla contrattazione collettiva nella disciplina dei rapporti di lavoro, ricorre ad uno strumento socialmente adeguato in termini di flessibilità, vicinanza agli interessi concreti coinvolti e, quindi, di capacità di attirare consenso alle norme da parte dei relativi destinatari. Tale ultimo dato è particolarmente rilevante nel giustificare la scelta legislativa di affidare, con i limiti che saranno evidenziati (Cap. 2), all'autonomia collettiva talune fattispecie sanzionatorie amministrative.

Sotto altro profilo, è stato osservato che l'integrazione tra legge e contrattazione collettiva s'inserisce nel fenomeno, in espansione, del diritto promozionale del lavoro<sup>1</sup>, che si esprime tramite le cc.dd. norme incentivo (*soft laws*). Queste ultime costituiscono una recente alternativa alle norme inderogabili di legge, espressione dell'intervento autoritativo dello Stato, e si pongono l'obiettivo di estendere l'applicazione del contratto collettivo al di là della sua efficacia di diritto comune, limitata alle parti stipulanti ed ai relativi iscritti. L'espansione del fenomeno risponde alla logica del principio di sussidiarietà, già indicato nel Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 come obiettivo fondamentale nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva: «Il legislatore (nazionale o regionale) dovrebbe intervenire solo dove le parti non abbiano sufficientemente svolto un ruolo regolatorio. In questo senso verrebbe esaltata appieno la funzione del contratto collettivo (nella sua prospettiva interaziendale) come strumento regolatore di una corretta competizione fra imprese sul piano sociale».

Sul piano strutturale, tra i modelli di combinazione tra legge e contratto collettivo, individuati in dottrina, possono qui essere citati i seguenti:

-la legge pone una regola, consentendo al contratto di derogarla, come nel caso dell'art. 2120 c.c.; come si vedrà, questa tecnica è diffusamente utilizzata nelle varie fattispecie sanzionatorie amministrative;

---

<sup>1</sup> Nell'attività ispettiva del lavoro, espressioni del diritto promozionale sono la diffida (art. 13 d.lgs. 124/2004), la conciliazione monocratica (art. 11 d.lgs. 124 cit.), la prescrizione (art. 15 d.lgs. 124 cit.) e la disposizione (art. 14 d.lgs. 124 cit.).

-la legge affida al contratto il compito di integrare le norme da essa poste, ad esempio contratto di apprendistato (già nel d.lgs. 167/2011 ed ora nel d.lgs.81/2015 agli artt. 41 ss.);

-la legge pone una norma suppletiva, che si applica in mancanza di diversa disposizione contrattuale, come nel caso dell'art. 5 della legge n. 223/1991.

Le questioni che agitano il modello integrativo in argomento sono molteplici.

In primo luogo, il problema di carattere generale riguarda l'assenza di una disciplina organica del fenomeno, sicché tutte le analisi non possono che fare riferimento alle singole leggi di rinvio. Naturalmente, tale situazione costringe l'interprete a considerare, di volta in volta, i singoli interventi legislativi in un quadro spesso incoerente e contraddittorio. Ad aggravare il contesto, si deve aggiungere che nemmeno le singole leggi di rinvio si curano di definire le regole specifiche del rapporto legge-contratto collettivo. Questo è, verosimilmente, il portato del timore del legislatore di creare un sistema alternativo ed incompatibile con quello prefigurato dal costituente nell'art. 39 Cost..

Gli ulteriori problemi che emergono in relazione a tale ruolo della contrattazione collettiva afferiscono alla natura ed alla conseguente efficacia soggettiva del contratto previsto dalla norma di rango primario. Invero, essendo quest'ultima naturalmente di efficacia ed applicazione generale, è necessario verificare in che misura tali caratteri di generalità afferiscano anche al contratto collettivo cui la legge rinvia. In merito, bisogna rammentare la nota situazione determinata dalla mancata attuazione dell'art. 39, seconda parte Cost., che prevede l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dai sindacati registrati secondo la procedura ivi prevista. Occorre a tal proposito chiedersi, con particolare attenzione, se le norme che conferiscono – o si propongono di farlo - tale efficacia generalizzata al contratto collettivo siano compatibili con l'art. 39, comma 4 Cost., o ne costituiscano una sostanziale elusione. La dottrina ha a lungo dibattuto il tema, ma non si può dire che sia addivenuta a soluzioni certe e definitive. Della questione è stata più volte partecipe la Corte Costituzionale, la quale, se in un suo noto intervento (Sentenza n. 106/1962) aveva fissato chiari limiti all'opera legislativa di "autorizzazione" di norme contrattuali con efficacia *erga omnes*, nelle successive pronunce sembra aver preso atto, con sostanziale ed implicita approvazione, della tendenza normativa a generalizzare i prodotti dell'autonomia collettiva ben oltre la portata *inter partes* attualmente loro imposta dall'ordinamento. Tale atteggiamento della Consulta è stato verosimilmente indotto dalla persistente inerzia del Legislatore, sia nell'attuare che nel modificare o abrogare la seconda parte dell'art. 39 Cost.,.

Al fine di affrontare le questioni cennate, è necessario preliminarmente individuare la natura giuridica del contratto collettivo oggetto di rinvio legislativo, che costituisce a sua volta un notevole dilemma del modello.

## 2. Natura e funzione del contratto collettivo nel sistema “integrato” legge-contrattazione

La prima questione emergente, in senso logico, appare dunque quella della natura e funzione della contrattazione collettiva oggetto di rinvio legislativo. Bisogna, in particolare, chiarire se - come sostiene parte della dottrina e, almeno in talune pronunce, la Corte Costituzionale - lo svolgimento di un ruolo integrativo, derogatorio, suppletivo, qualificatorio, ecc. della legge possa aver determinato, accanto alla tradizionale figura di negozio di diritto comune, la genesi di un nuovo tipo di contratto collettivo, avente la natura di fonte di diritto oggettivo e la funzione del perseguimento di interessi generali. Si vedrà che, nel contesto del presente studio, la questione ha effetti pratici notevoli, in relazione sia al fondamento del fenomeno nel diritto sanzionatorio, sia ai rapporti della fonte autonoma con il principio di legalità delle sanzioni amministrative.

Orbene, in merito all'individuazione dei caratteri essenziali della contrattazione di rinvio, la tesi preferibile appare, a Costituzione invariata, quella della tradizionale natura di diritto comune del contratto collettivo e della conseguente funzione di regolamentazione di interessi privati, attraverso la composizione del conflitto tra le contrapposte categorie dei datori e dei lavoratori. Tale conclusione deriva innanzitutto da esigenze di certezza, giacché la stessa dottrina che sostiene la natura alternativa dell'autonomia contrattuale è divisa e perplessa sulla precisa configurazione del contratto collettivo: si parla, alternativamente, di fonte *extra ordinem*, di fonte fatto, di fonte fatto di diritto scritto, fonte-atto dell'ordinamento intersindacale, ecc., senza peraltro specificare l'esatta consistenza di tali nozioni. Si deve aggiungere che non appare pacifica, tra tali autori, la stessa nozione di fonte del diritto, come le ampie discussioni sul punto dimostrano. Inoltre, tali incerte definizioni si fondano sullo svolgimento, da parte della contrattazione collettiva, di una funzione di perseguimento degli interessi pubblici che appare più affermata che dimostrata, poiché - come ben precisato in dottrina - è la legge, e non il contratto, a perseguire tali interessi tramite il ricorso allo strumento dell'autonomia. Per di più, i connotati di tale pretesa figura di contratto “funzionalizzato” all'interesse pubblico non sono definiti in alcuna norma positiva, nemmeno nelle stesse leggi che rinviano alla fonte pattizia, né queste richiamano regimi speciali per tale pretesa nuova tipologia negoziale. Sicché, incertezze dottrinali in disparte, di un contratto collettivo “altro” non risulta traccia né in Costituzione, né in alcuna fonte legislativa che richiama la categoria pattizia. Ora, tutto questo non può, all'evidenza, essere addebitato a dimenticanze del legislatore, le quali sarebbero così tante, quante sono le disposizioni di rinvio all'autonomia collettiva, da far dubitare della sua stessa consapevolezza di azione. In tale contesto si vuole sostenere, invece, che la legge compie deliberatamente tale operazione, proprio in quanto la contrattazione resta un atto di autonomia, cioè

un atto che si fonda sul consenso liberamente prestato dagli attori sociali. In altre parole, il legislatore presume che la disciplina di una determinata materia, con il concorso della contrattazione, sia socialmente adeguata in termini di consenso, proprio per la compartecipazione di un atto di autonomia che proviene dai consociati. Non avrebbe senso affidarsi ad uno strumento che costituisce – o diventa, con il rinvio legislativo - una fonte eteronoma, se l'obiettivo è il coinvolgimento democratico dei destinatari delle norme al processo di formazione delle stesse, nell'ottica della sussidiarietà e della tenuta del sistema dei rapporti di lavoro. In definitiva, la legge, nel paradigma in esame – che ben risponde ai postulati di quello che è stato definito il “diritto riflessivo” -, presuppone la contrattazione come atto di consenso autonomo, e la coinvolge esattamente in quanto tale; proprio per questo motivo essa non può mutarsi in fonte del diritto in ragione del richiamo legislativo, pena la dispersione della *ratio* originaria del fenomeno. Pertanto, in quanto atto autonomo, il contratto collettivo non può che assumere, anche nelle ipotesi di rinvio normativo, i contorni del contratto di diritto comune.

Inoltre e soprattutto, sul piano più strettamente positivo, non possono essere trascurate le decisive obiezioni di natura costituzionale che si frappongono all'accoglimento della tesi del contratto collettivo come fonte del diritto variamente definita. La conclusione ultima di tale ricostruzione è che il contratto collettivo “funzionalizzato”, al contrario di quello di diritto comune, non sarebbe sottoposto all'art. 39 Cost.. Si tratta di un esito ermeneutico “creativo”, in contrasto con l'immodificato dato costituzionale, che non conosce la distinzione menzionata. Né vale l'argomentazione, ricorrente tra i sostenitori della tesi che qui non si condivide, che il Costituente non poteva conoscere l'evoluzione del modello delle relazioni sindacali. Invero, detta argomentazione produce l'unico effetto, giuridicamente irrilevante, di evidenziare la noncuranza dell'attuale legislatore nell'aggiornare il testo costituzionale, ovvero, da altro punto di vista, la sua visione – anacronistica, se si vuole - della perdurante validità della disposizione costituzionale. In tale ambito, si deve condividere l'autorevole opinione dottrinale secondo cui se il contratto collettivo costituisse davvero una fonte di diritto, cui la legge possa delegare funzioni di produzione normativa con efficacia generale, la disciplina costituzionale di cui all'art. 39 seconda parte Cost., fondata sull'identificazione di sindacati registrati e sul principio maggioritario con tutela delle minoranze, sarebbe surrettiziamente surrogata da rinvii legali in bianco agli atti di soggetti sindacali diversamente individuati ed operanti. Le svariate tesi, anche del giudice costituzionale (cfr. § 4/a), formulate per giustificare costituzionalmente l'efficacia generale della contrattazione oggetto di rinvio legislativo, appaiono quindi più come tentativi di dimostrare – secondo le opzioni soggettive del singolo interprete - l'anacronismo della disciplina costituzionale, che orientamenti tesi a evidenziare fondatamente la compatibilità del modello legislativo con la Carta. Pertanto, il contratto

collettivo oggetto di rinvio legislativo non può mutare la sua natura di negozio di diritto comune, applicabile solo agli iscritti o ai non dissenzienti, pena la violazione della disposizione costituzionale. Parimenti, sono destinati a collidere con l'immutato testo costituzionale le tesi dottrinali che fondano il potere sindacale di stipulare contratti collettivi non sulla rappresentanza volontaria di stampo civilistico, bensì su di un potere originario loro spettante. Sebbene l'assunto sia certamente degno di essere preso in considerazione, esso contrasta con il dettato costituzionale, evidentemente fondato sulla teoria della rappresentanza volontaria, tant'è che tale dettato, introducendo l'ipotesi dell'efficacia *erga omnes* solo a determinate condizioni - ovvero, come è stato efficacemente osservato in dottrina, l'eccezione al divieto di efficacia *erga omnes* -, presuppone l'efficacia soggettiva limitata del contratto collettivo.

Il "diritto vivente" conforta la presente impostazione, giacché la giurisprudenza non ha mai dubitato, in linea generale, della natura di diritto comune della contrattazione collettiva. È, infatti, consolidato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in forza del quale «il contratto collettivo ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione» (Cass. SS.UU., 26 marzo 1997, n. 2665). In questo senso, sono da ritenere tuttora attuali le affermazioni della Suprema Corte: «...dal principio della libertà sindacale, tutelato non soltanto dal richiamato art. 39 Cost. ma anche dal precedente art. 2 poiché il sindacato rientra fra le "formazioni sociali" ivi previste, deriva l'impossibilità di applicare un contratto collettivo di diritto privato, vale a dire non imposto *erga omnes*, a persone che non vi abbiano direttamente o indirettamente aderito e che vi sarebbero assoggettate in base a definizioni o delimitazioni autoritative». (Cass. 2665 cit.).

### **3. I supposti indizi normativi dell'inserimento del contratto collettivo nel sistema delle fonti**

Peraltro, non può sottacersi che la questione della natura di fonte del diritto del contratto collettivo ha ricevuto impulso da un rilevante intervento normativo, quale in particolare il d.lgs. n. 40 del 2006, che, in riforma del processo civile, ha previsto il ricorso in Cassazione per violazione e falsa applicazione di norme dei contratti collettivi nazionali, equiparandoli, sotto tale profilo, agli atti normativi di rango primario (nuovo art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c.). Tale norma aveva visto un precedente di rilievo in tema di pubblico impiego nell'art. 63, comma 5 del d.lgs. 165/2001 (già art. 68, comma 5 del d.lgs. 29/1993). Inoltre, in entrambi i settori, pubblico e privato, la legge consente anche l'accertamento pregiudiziale dinanzi alla Corte di Cassazione sull'efficacia, validità e interpretazione del contratto collettivo (art. 420 *bis* c.p.c.). Tuttavia, la giurisprudenza ha stabilito

che la denuncia di violazione o di falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi di lavoro, ai sensi del novellato art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., è sì parificata a quella delle norme di diritto, ma esclusivamente sul piano processuale, sicché anch'essa comporta l'interpretazione della Corte di Cassazione delle loro clausole in base alle norme codicistiche di ermeneutica negoziale (artt. 1362 ss. c.c.) come criterio interpretativo diretto e non come canone esterno di commisurazione dell'esattezza e della congruità della motivazione (Cass., 19 marzo 2014, n. 6335). Com'è agevolmente ricavabile da tale principio di diritto, la Suprema Corte, da un lato, limita al piano processuale il ruolo di fonte del contratto collettivo e, dall'altro, espressamente riferisce i canoni di interpretazione del contratto collettivo agli artt. 1362 e ss. c.c., così ribadendone la natura negoziale. Non si può fare a meno di menzionare la disposizione che, forse più di ogni altra, sembra aver "rivoluzionato" il sistema delle fonti del diritto del lavoro, l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, che ha istituito la contrattazione di prossimità. Come si osserverà, tale precetto ha addirittura equiparato, quanto ad efficacia, il contratto collettivo di secondo livello alla legge. Si pone il problema, dunque, di comprendere se la pattuizione di cui all'art. 8 cit. costituisca, o meno, una fonte del diritto oggettivo.

Tuttavia, si può dire in senso contrario che anche ove la legge avesse inteso inserire tale tipo di contratto collettivo nel sistema delle fonti, ciò avrebbe fatto a prezzo di uno stravolgimento del medesimo sistema, poiché non ha dotato della medesima forza ed efficacia la fonte finora pacificamente ritenuta – anche dagli stessi attori sociali stipulanti - sovraordinata al contratto di prossimità, cioè la contrattazione di primo livello. In virtù di tale contraddizione, l'art. 8 non costituisce una risposta univoca al problema dell'inserimento della generale figura del contratto collettivo nell'ordinamento delle fonti. In aggiunta, la contraddizione rilevata ha fatto dubitare della conformità dell'art. 8 cit. all'art. 39, comma 1 Cost., per lesione del principio della libertà dell'organizzazione sindacale, intesa come libertà di organizzare le fonti dell'ordinamento intersindacale. Peraltro, sul medesimo art. 8 gravano ulteriori, gravi dubbi di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di eguaglianza (art. 3), con il principio di legalità (art. 101), oltre che con la seconda parte dell'art. 39 Cost. cit. (*infra* § 9).

Anche gli esaminati indizi normativi, dunque, non hanno consentito di raggiungere un sufficiente grado di certezza esegetica, per cui allo stato non si può affermare quale sia l'esatta collocazione, ammesso che ne abbia una, del contratto collettivo "delegato" all'interno del sistema delle fonti.

Del resto, la problematicità della configurazione del contratto quale fonte del diritto è evidenziata dalle ulteriori questioni dell'efficacia soggettiva del negozio collettivo e della rappresentatività dei sindacati stipulanti, delle quali è ora necessario trattare.

#### 4. Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo "delegato":

##### a) La contraddittoria giurisprudenza costituzionale

In merito alla problematica dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, non può essere trascurata l'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale. La più rilevante pronuncia che la Corte ha adottato in tema è, probabilmente, la sentenza 19 dicembre 1962, n. 106. In tale occasione, la Consulta ha, innanzitutto, chiarito che nella Carta costituzionale non sussiste alcuna riserva della materia dei rapporti di lavoro in favore della contrattazione collettiva, essendo viceversa pienamente ammissibili, ed anzi doverosi, interventi legislativi diretti ad attuare i principi costituzionali della tutela della dignità personale del lavoratore e del lavoro in qualsiasi forma e da chiunque prestato, nonché della garanzia al lavoratore di una retribuzione sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa. Secondo il giudice delle leggi, l'art. 39 pone due principi, l'uno riguarda la libertà sindacale, l'altro l'autonomia collettiva professionale. Col primo sono garantite la libertà dei cittadini di organizzarsi in sindacati e la libertà delle associazioni che ne derivano; con l'altro è riconosciuta alle associazioni sindacali la regolazione dei conflitti di interessi che sorgono tra le contrapposte categorie mediante il contratto, al quale è conferita efficacia obbligatoria *erga omnes*, purché sia stipulato in conformità ai requisiti procedurali e soggettivi previsti. L'affermazione centrale della pronuncia merita di essere riportata testualmente: «Una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima.». Da notare che la Consulta, utilizzando il termine «risultato», in riferimento all'estensione soggettiva *erga omnes* del contratto, sembrava aver preventivamente delegittimato non solo disposizioni che violassero apertamente la statuizione costituzionale, ma anche quelle che si rivelassero idonee ad eluderla nella sostanza. Dunque, considerati i termini omnicomprensivi ed il tono perentorio adoperati, tale intervento della Corte non pareva lasciare adito a dubbi sull'incostituzionalità di qualunque provvedimento normativo tendente ad estendere –anche indirettamente–, senza il rispetto delle formalità contemplate dall'art. 39 cit., l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi oltre l'ambito loro proprio di negozi di diritto comune.

Senonché, in successive decisioni la Corte, pur non prendendo esplicitamente le distanze dall'originaria impostazione, è sembrata averla di fatto rinnegata. In primo luogo, il giudice delle leggi ha circoscritto l'ambito di applicabilità della disposizione costituzionale, sostenendo che quelli

contemplati dall'art. 39 Cost. costituiscano una particolare categoria negoziale, i contratti collettivi "normativi", destinati a regolare i rapporti di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese (Sentenza 30 giugno 1994, n. 368). Non riguarda, invece, il modello in esame di integrazione tra legge e contratto: nei confronti dei singoli lavoratori l'efficacia delle clausole del contratto si fonda, alla stregua del pensiero della Corte, sulla legge che ad essi rinvia. Inoltre, la Consulta ha affermato la legittimità del modello di integrazione legge-contratto collettivo «quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro» (Sentenza 18 ottobre 1996, n. 344). Secondo tale nuovo orientamento, la "legificazione" del contratto collettivo è costituzionalmente legittima quando oggetto della contrattazione collettiva sia un conflitto di interessi tra imprenditori e lavoratori incidente sull'assetto generale del mercato del lavoro - maggiore o minore elasticità dei modi d'impiego della mano d'opera, mantenimento dei livelli di occupazione ecc.-, senza il coinvolgimento di interessi di terzi soggetti estranei alle parti del rapporto di lavoro. Pertanto, dall'impostazione del giudice delle leggi risulta la legittimità del fenomeno della "legificazione" della pattuizione collettiva, nella misura in cui il contratto sia limitato a specifiche materie relative al mercato del lavoro ed abbia - come peraltro normalmente avviene - rilevanza limitata alle parti del rapporto di lavoro. La Consulta, in tale occasione, non ha esitato ad affermare che esistono «leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale, configurandola come fonte di diritto *extra ordinem*, destinata a soddisfare esigenze ordinamentali che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, della Costituzione» e, nondimeno, ha semplicemente preso atto del fenomeno, senza giudicarlo in contrasto con la superiore disposizione citata. In proposito, non sono mancate critiche dottrinali secondo le quali il *dictum* della Consulta si pone in contrasto con l'art. 39 comma 4 cit., poiché finisce per legittimare la sostituzione, per via normativa primaria, al sistema costituzionale fondato sul principio maggioritario con tutela delle minoranze un rinvio legale in bianco agli atti di soggetti sindacali diversamente identificati. E' stato anche condivisibilmente sottolineato come la nozione di fonte *extra ordinem* sia equivoca in sé, mancando una sua precisa individuazione dogmatica. In questa visione, la "funzionalizzazione" del contratto collettivo ad interessi pubblici è lesiva della libertà di organizzazione sindacale garantita dal comma 1 dell'art. 39 Cost..

Probabilmente, la più significativa pronuncia della Consulta che, nella sostanza, confuta l'assunto fondamentale della sentenza n. 106/62 cit., è la n. 309 del 16 ottobre 1997. In essa, la Corte ha ritenuto legittimo il meccanismo legislativo di generalizzazione dei contratti collettivi del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 29/1993, attraverso la valorizzazione, dal lato del datore di lavoro

pubblico, del dovere delle pubbliche amministrazioni di applicare i contratti collettivi e, dal versante del dipendente, del contratto individuale che rinvia a quello collettivo. Secondo il *dictum*, «tale meccanismo non realizza dunque quell'efficacia *erga omnes* conferita dall'art. 39, quarto comma, della Costituzione ai contratti stipulati dalle associazioni sindacali in possesso di determinate caratteristiche, ma si colloca sul distinto piano delle conseguenze che derivano, per un verso, dal vincolo di conformarsi imposto alle amministrazioni e, per l'altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo». Non si può fare a meno di rilevare, tuttavia, che il congegno normativo non censurato dalla Corte realizza proprio quel risultato ultimo – l'efficacia *erga omnes* per l'intera categoria - che la stessa Corte, nella sentenza n. 106/1962 cit., riteneva causa d'illegittimità costituzionale di ogni legge che l'avesse perseguito, in assenza della realizzazione delle condizioni costituzionali.

Da ultima in ordine di tempo, si segnala la sentenza n. 51 del 26 marzo 2015, ove la Consulta ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 7 comma 4, del d.l. n. 248 del 2007, che impone alle società cooperative di corrispondere, ai propri soci lavoratori, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. La motivazione evidenzia che la disposizione richiamerebbe i trattamenti economici complessivi minimi previsti nei contratti collettivi menzionati, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost..

A prescindere dalla divisibilità o meno delle singole pronunce del giudice delle leggi, non appare dubbio come il relativo orientamento riveli una certa tolleranza nei riguardi del fenomeno dell'integrazione legge-contratto collettivo. Molti commentatori hanno scorto, non senza approvazione, un deciso pragmatismo dei supremi giudici, i quali hanno avallato il mutato contesto delle relazioni industriali rispetto al periodo di entrata in vigore della Costituzione. Tuttavia, è stata anche sottolineata la disinvoltura, se non la spregiudicatezza, del nuovo orientamento del giudice delle leggi rispetto ad un testo costituzionale rimasto immutato.

Peraltro, ove anche si volesse condividere la recente giurisprudenza costituzionale, rimarrebbe il punto critico dell'incerta delimitazione del relativo orientamento, nel senso che l'elaborazione della Corte non sembra aver precisamente determinato la categoria di contratto collettivo che può a buon diritto sottrarsi al conflitto con l'art. 39 Cost.. Oltre alle dispute dottrinali sul tema, una dimostrazione di tale incertezza è offerta dal documento conclusivo di un'indagine conoscitiva sull'assetto delle relazioni industriali e sulle prospettive di riforma della contrattazione collettiva, svolta dalla XI Commissione della Camera dei Deputati nel 2009. Nel documento si legge: «...per il

contratto categoriale, la via diretta ed automatica di un'estensione *erga omnes* resta bloccata dalla mancata attuazione dell'articolo 39 della Costituzione, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, che ha conosciuto due sole eccezioni sostanziali (peraltro argomentate in maniera da non sembrare tali), cioè la contrattazione di comparto nel pubblico impiego privatizzato e la contrattazione relativa all'individuazione delle prestazioni indispensabili e delle misure idonee a garantirle in caso di scioperi nei servizi pubblici essenziali.» Per quanto sopra riferito, in effetti, non sembra che le eccezioni individuate, peraltro in forma dubitativa, nella relazione colgano appieno il pensiero della Consulta, la quale sembra aver anche escluso dall'ambito di applicabilità dell'art. 39 cit. il c.d. contratto collettivo fonte *extra ordinem*. In ogni caso, a Costituzione immutata, l'incertezza è alimentata dalla sempre possibile modifica dell'attuale orientamento della Consulta.

#### **b) L'efficacia relativa della contrattazione “delegata”**

Discende necessariamente dalla sopra sostenuta natura di diritto comune dei contratti oggetto di rinvio legislativo che l'efficacia degli stessi riguarda gli iscritti alle organizzazioni stipulanti e quei non dissenzienti che possono identificarsi secondo il noto criterio del rinvio del contratto individuale. Viceversa, il contratto collettivo non può applicarsi a coloro che siano iscritti alle organizzazioni non stipulanti, a meno che non risulti che intendano assoggettarsi comunque alla disciplina contrattuale. Questa è l'unica ricostruzione che appare compatibile con il vigente quadro costituzionale. E' noto che in dottrina sono stati elaborati vari tentativi ricostruttivi, anche autorevoli, tesi a delineare la legittimità di sistemi alternativi a quello contemplato dall'art. 39 Cost.. Tali tentativi risultano fondati, di volta in volta, su vari criteri - principio di effettività delle relazioni sindacali, norme dell'ordinamento intersindacale, prassi consolidate, ecc.,- che, in sintesi, avrebbero dato luogo ad un sistema contrattuale di fatto vigente, sostanzialmente *praeter legem* (o meglio: *constitutionem*). In tale contesto, sembra emergere, in tutta la sua intensità, il contrasto tra principio di effettività e principio di legalità, già oggetto di ampie discussioni in sede dogmatica. In adesione ad una corrente dottrinale di origine pubblicistica, si deve affermare che il principio di legalità, in quanto pretende di porsi come criterio di validità degli atti di produzione del diritto, esclude la concepibilità di una norma per cui la validità dei medesimi dipenda puramente e semplicemente dal criterio di effettività. Invero, ove si rovesciassero i termini della menzionata dicotomia, nel senso della prevalenza di una supposta effettività, si avvererebbe il rischio secondo cui il singolo giurista, in definitiva, affermi come «diritto» ciò che egli spera diventi effettivamente tale, o ciò che ritiene probabile diventi effettivamente tale, o ciò che abbia avuto la forza di imporsi di fatto come tale. Nel presente ambito di indagine, occorre aggiungere che la pretesa effettività delle relazioni e delle

norme intersindacali devono confrontarsi con il principio di legalità costituzionale; in tale quadro concettuale, stupisce la disinvoltura di non irrilevanti filoni dottrinali, nonché della stessa giurisprudenza costituzionale, di superare il disposto dell'art. 39 Cost., in nome del suo asserito anacronismo - anche se di rado esplicitato come tale - e della presunta esistenza di un sistema sindacale "materiale", contrapposto a quello "formale". In tali percorsi argomentativi, appaiono emergere più opzioni soggettive dei vari autori o giudici che fondate argomentazioni di diritto positivo. Invero, non sembra sia stato dimostrato che l'art. 39 Cost. ammetta legittime alternative al sistema di contrattazione, se non quella vigente del regime di diritto comune dei contratti. Non solo l'efficacia soggettiva generalizzata della contrattazione di rinvio contrasterebbe con la seconda parte della disposizione costituzionale, per inosservanza delle condizioni da essa imposte, ma finanche con il comma 1, per violazione della libertà sindacale negativa. Infatti, come evidenziato in dottrina ed in giurisprudenza (Cass. SS.UU. 2665/1997 cit.), la contrattazione che s'impone ai non iscritti e dissenzienti, in mancanza dell'attuazione della seconda parte dell'art. 39, contrasta con la libertà contrattuale "negativa", garantita dal comma 1 della medesima disposizione, di non assoggettarsi ad alcuna disciplina pattizia.

Dunque, qualunque rinvio normativo alla contrattazione collettiva deve essere interpretato come operato ad un'autonomia che può esplicarsi solo nei confronti degli iscritti alle organizzazioni stipulanti ed ai non dissenzienti. Una diversa soluzione ermeneutica, che sostenesse l'efficacia *erga omnes* di tale contrattazione, potrebbe essere legittima costituzionalmente solo in presenza dell'attuazione della seconda parte dell'art. 39 cit. o di una sua modifica o abrogazione. I fondamentali principi di legalità costituzionale e della certezza del diritto non ammettono altre opzioni.

Ovviamente, questa ricostruzione rileva anche nel tema della funzione dell'autonomia collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro, introducendo elementi di criticità operativa nel sistema, come si avrà modo di osservare.

## **5. La questione della rappresentatività delle organizzazioni stipulanti**

La mancata attuazione dell'art. 39 cit. pone un altro rilevante problema ai sostenitori dell'efficacia soggettiva generalizzata dell'autonomia collettiva "delegata", quello di verificare i soggetti abilitati a porre in essere, nei limiti e nelle modalità considerate, tali pattuizioni. Appare evidente anche a tali teoriche che, in assenza delle formalità prescritte dalla seconda parte dell'art. 39 Cost., è necessario comprendere quali siano, e come vengano selezionate, le organizzazioni

sindacali in grado di incidere sulla generale platea di imprenditori e prestatori della categoria interessata, anche a prescindere dal loro consenso. Non è fuori luogo rammentare come a tal proposito la norma costituzionale più volte richiamata richieda, ai fini dell'efficacia *erga omnes* del contratto, precise formalità – l'iscrizione del sindacato in un registro pubblico - garanzie di democraticità- statuto a base democratica-, nonché di rappresentatività – principio maggioritario -. Il principio democratico e maggioritario di cui all'art. 39 Cost. comporta, invero, una rigorosa selezione delle organizzazioni sindacali stipulanti contratti oggetto di rinvio legale, in modo che queste abbiano raggiungano una soglia minima di rappresentatività. In altre parole, se si ammette che il patto collettivo, oggetto di rinvio legislativo, sia in grado di estendere la propria efficacia soggettiva *ultra partes*, il problema selettivo dei soggetti sindacali legittimati alla relativa stipula diviene oltremodo incombente, in particolar modo ove se ne sostenga l'efficacia *erga omnes*. E' pacifico, invero, che consentire a sindacati privi di adeguata rappresentatività di incidere così profondamente nell'ordinamento generale dei rapporti di lavoro troverebbe l'insormontabile ostacolo dell'art. 39, comma 4, Cost., che stabilisce un principio proporzionale e – implicitamente - maggioritario nella rappresentatività dei sindacati stipulanti e, pertanto, esige che questi esprimano la maggioranza degli appartenenti alla categoria di riferimento e che siano tutelate le minoranze ammesse alla trattativa. Non a caso, parte della dottrina qui non condivisa ritiene che, se non nella forma – registrazione dei sindacati – la disposizione costituzionale, deve essere rispettata nella sostanza del principio maggioritario dalle singole leggi che dispongono il rinvio medesimo.

Tuttavia, la normativa vigente non fornisce risposte sufficienti, né univoche, alla questione della reale rappresentatività di soggetti sindacali abilitati a porre in essere disposizioni di deroga alla legge, che siano efficaci oltre la cerchia degli iscritti alle associazioni stipulanti o dei non dissenzienti. I criteri adottati sono, com'è noto, quelli della “maggiore rappresentatività” – oramai recessivo - e della “maggiore rappresentatività comparata”.

Va, innanzitutto, registrata la fragilità intrinseca di tali metodi selettivi delle organizzazioni sindacali, connessa al fatto che la legge non specifica in alcun caso le nozioni richiamate, né menziona criteri o indici per la loro individuazione concreta. E' evidente, infatti, che l'astratta operazione normativa di scelta dei soggetti sindacali- ovvero del contratto collettivo - non è sufficiente, occorrendo anche l'operazione di individuazione in concreto dei medesimi, ad opera del giudice ed anche, come si vedrà, dell'ispettore del lavoro. Solo tale seconda attività consente, invero, di identificare il contratto da applicare alla fattispecie concreta.

Ma anche a prescindere dalla precisa individuazione di dette nozioni di sindacato, è certo che esse non s'identificano con quella di cui all'art. 39, Cost.. Sul piano formale, perché i “sindacati più rappresentativi” - comparativamente o meno - non sono i sindacati registrati, aventi uno statuto

a base democratica, né pertanto possono avere personalità giuridica. Sul piano procedurale, perché non debbono essere rappresentati unitariamente in proporzione ai loro iscritti. Sul piano sostanziale, nessun sindacato richiamato in norme di legge, in assenza dell'attuazione della disposizione costituzionale, ha l'obbligo di offrire quella garanzie di democraticità e di tutela delle minoranze, previste dalla regola maggioritaria e proporzionale di cui all'art. 39 Cost..

I dubbi sulla idonea selezione degli attori sindacali si aggravano se si pone mente alla contrattazione di prossimità (art. 8 d.l. 138/2011), che tante discussioni ha suscitato nelle sedi ermeneutiche. Com'è noto, mediante tale contrattazione di secondo livello – territoriale ed aziendale - è possibile derogare alla legge, oltre che ai contratti collettivi nazionali, «con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati». Tale efficacia generale è dalla legge assicurata, alla condizione che si rispetti un indistinto «criterio maggioritario» relativo alle rappresentanze sindacali legittimate alla stipula. Queste ultime sono individuate in «associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti ...». Non solo la disposizione citata ha aggiunto un'ulteriore ipotesi, per di più molto ampia, di deroga alla legge da parte della contrattazione collettiva, ma ha anche introdotto ulteriori incertezze sull'individuazione di soggetti sindacali abilitati alla relativa stipulazione. Invero, - analogamente a ciò che si è verificato in merito alla nozione di organizzazioni comparativamente più rappresentative - finora in dottrina non si è raggiunta una significativa convergenza né sulla nozione di «criterio maggioritario», né sulla nuova concezione di sindacato «comparativamente rappresentativo sul piano territoriale», né sulle relative rappresentanze aziendali. Nel prosieguo della trattazione si darà conto della rilevanza del tema in esame nel diritto sanzionatorio, giacché tra le materie indicate dalla legge come soggette alla disciplina derogatoria (art. 8 comma 2 cit.) rientrano svariati settori del diritto del lavoro sottoposti a sanzioni amministrative (orario di lavoro, contratto a termine, somministrazione).

## **6. Il sindacato comparativamente più rappresentativo**

La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo è quella maggiormente utilizzata dal legislatore nel modello di rinvio della legge sanzionatoria all'autonomia collettiva, sicché è necessario soffermarsi su di essa. Sull'identificazione dei soggetti sindacali dotati dello stigma comparativo si registrano gravi e numerose incertezze, dovute all'omessa specificazione legislativa dei relativi criteri. Inevitabilmente, tali dubbi condizionano negativamente sia l'idoneità

astratta del modello di relazioni sindacali a porsi quale reale alternativa a quello prefigurato dal Costituente, sia le attività operative, tra cui quella ispettiva, che necessitano di criteri idonei di individuazione dei soggetti sindacali stipulanti i contratti da applicare al caso concreto. In costanza di unità sindacale, il contratto sarà agevolmente individuabile in quello stipulato da tutte le maggiori organizzazioni; tuttavia, allorquando ci si trovi di fronte alla contrattazione c.d. separata, è necessario ricorrere ad altre, puntuali, regole di identificazione. In merito, la giurisprudenza ha individuato vari indici di rappresentatività, quali la consistenza numerica degli iscritti, la presenza in un ampio ambito di settori produttivi, lo svolgimento di attività di negoziazione, contrattazione e autotutela con caratteri di effettività, continuità e sistematicità. Il Ministero del lavoro, dal canto suo, ha ritenuto che occorresse fare riferimento al numero complessivo delle imprese associate, a quello dei lavoratori occupati, alla diffusione territoriale - numero di sedi presenti sul territorio ed ambiti settoriali -, al numero dei contratti collettivi nazionali stipulati e vigenti (Lettera circolare 1 giugno 2012, n. 10310, ritenuta legittima da TAR Lazio, n. 8865/2014). Tuttavia, tali indici appaiono allo stato, almeno in parte, superati per due fondamentali ragioni. La prima è che essi – più precisamente quelli di matrice giurisprudenziale - furono elaborati principalmente in relazione alla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo in un periodo nel quale vigeva l'unità sindacale, sicché essi non appaiono adeguati ad identificare in maniera puntuale, all'esito di un processo comparativo – specie se svolgentesi tra le maggiori organizzazioni -, i sindacati legittimati. La seconda è che i criteri in parola non tengono conto dell'attuale processo di “aziendalizzazione” delle relazioni sindacali, sicché, principalmente con riguardo alla contrattazione di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. 138/2011 – che pure fa riferimento al criterio comparativo di selezione dei sindacati – essi appaiono chiaramente inappropriati. Discende da quanto sopra che modalità selettive certe della contrattazione “autorizzata” dalla legge alla produzione normativa non sono, ad oggi, agevolmente rinvenibili.

L'unica soluzione ipotizzabile appare quella che deriva dalla combinazione dell'indeterminato «criterio maggioritario» di cui all'art. 8 cit. e dalle regole della recente stagione contrattuale sulla rappresentanza di cui Protocollo del 31 maggio 2013 e nel c.d. T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Da tale combinato disposto sembra discendere un generale principio maggioritario nelle relazioni sindacali, quale fondamento democratico delle decisioni negoziali in un contesto in cui la recente esperienza ha dimostrato che l'aspirazione all'unità sindacale può realisticamente venire meno. In questo senso, valorizzando tale principio, si può accogliere quella dottrina che ha recentemente proposto di adottare i criteri delle citate regole negoziali sulla rappresentanza. Si tratterebbe di adottare la soglia del 5%, come media del dato elettorale con il dato associativo, quale criterio ermeneutico diretto ad individuare i sindacati

comparativamente più rappresentativi legittimati ad attuare negli accordi collettivi la delega legale. Inoltre, trasponendo anche su questo punto le regole convenzionali introdotte dal protocollo del 2013, la regola contrattuale oggetto di rinvio legale dovrebbe essere ritenuta valida solo se espressa in contratti collettivi di lavoro sottoscritti da organizzazioni sindacali che nel loro complesso giungano al 50% +1 della rappresentatività. L'operazione ermeneutica estensiva si rileva necessaria, in quanto il valore solo obbligatorio e *inter partes* del protocollo del maggio 2013 non consente di ritenere che i criteri ivi adottati valgano per le ipotesi di rinvio legale.

## **7. L'efficacia soggettiva del contratto "separato"**

Per i rilevanti effetti pratici che determina, anche in merito alla vigilanza ispettiva, non può essere trascurata la problematica dell'efficacia soggettiva del contratto "separato", di quel negozio cioè – secondo una condivisa definizione dottrinale - sottoscritto non da tutte le organizzazioni sindacali che, secondo la prassi formatasi nel tempo, identificano le parti del sistema di relazioni negoziali operante nell'ambito di applicazione ove l'accordo è destinato ad operare. Nel momento attuale e nel tema specifico in esame, si può dire che tali organizzazioni s'identificano con quelle "storicamente" più rappresentative. Ragion per cui, nel presente contesto per accordo "separato" si deve intendere il contratto stipulato non da tutti i sindacati tradizionalmente più rappresentativi. Per quanto in precedenza sostenuto, occorre innanzitutto affermare che tale efficacia, in osservanza del principio di libertà sindacale, non può che essere limitata agli iscritti ed ai non dissenzienti, come del resto ritiene gran parte della dottrina e della giurisprudenza. Relativamente alla tesi avanzata in dottrina del rinvio del contratto individuale a quello collettivo che, in quanto rinvio dinamico ad una fonte e non ad uno specifico negozio, impedirebbe al singolo lavoratore il "distacco" dal contratto separato, bisogna precisare che tale rinvio non può ritenersi idoneo a vincolare in modo assoluto il prestatore. Se, infatti, costui fosse iscritto al sindacato dissenziente sarebbe lesa la sua libertà sindacale ove lo si ritenesse vincolato alle previsioni di un contratto che la sua associazione non ha condiviso, salvo che risulti altrimenti il suo consenso. L'opinione criticata, dunque, apre alla possibilità che una clausola contrattuale individuale possa conculcare un diritto costituzionalmente garantito. Per lo stesso motivo, non può ritenersi vincolato il non iscritto ad alcun sindacato – che esercita la sua libertà sindacale negativa -, sempre salvo il suo consenso. Per quanto concerne, inoltre, il rinvio normativo al contratto stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, appare ancor più evidente la necessità della soluzione dell'efficacia meramente *inter partes* del negozio, in ragione dell'inattuazione dell'art. 39 Cost., che non consente di

identificare i sindacati comparativamente più rappresentativi – i soggetti sindacali richiamati dalla norme di rinvio - con quelli registrati. In questo ambito, è da accogliere quella dottrina la quale ritiene che la divisione tra le organizzazioni sindacali di più significativa rappresentatività renda inevitabile, ai fini dell'operatività delle discipline legali di rinvio, la verifica in concreto del carattere comparativamente più rappresentativo della coalizione firmataria del contratto in rapporto all'insieme dei soggetti sindacali esistenti nel settore. Solo in tal modo è possibile, invero, colmare gli spazi regolativi delegati dal legislatore che utilizza la formula selettiva, pena l'invalidità delle norme contrattuali poste in tale ambito, in assenza del requisito soggettivo della coalizione stipulante. Si badi che in tal caso, come è stato correttamente evidenziato, non si pone la questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo ma, più a monte, della sua efficacia dispositiva, cioè della sua idoneità all'integrazione della legge. Ove, cioè, in un contratto dovesse rilevarsi l'assenza del requisito di prevalente rappresentatività della coalizione stipulante, in rapporto ai soggetti collettivi dissenzienti, le regole da esso poste in attuazione della legge dovrebbero ritenersi inefficaci anche per gli stessi iscritti alle associazioni stipulanti. Pertanto, in caso di contratto stipulato da soggetti sindacali sprovvisti del titolo della maggiore rappresentatività comparata il problema non sarebbe quello della legittimazione alla rappresentanza, ma della legittimazione regolativa della fonte contrattuale in rapporto a quella legale: questa ultima rimarrebbe inderogabile da parte di atti stipulati da coalizioni prive di un requisito legalmente richiesto.

## **8. Il contratto aziendale**

Ulteriori argomenti di dibattito riguardano la contrattazione aziendale: il principale è la sua efficacia soggettiva e la sua riconducibilità all'art. 39 Cost.. La tesi che convince maggiormente è quella che assoggetta anche la contrattazione decentrata all'art. 39 Cost. e ne limita, pertanto, l'efficacia soggettiva alle parti stipulanti ed ai relativi iscritti.

In primo luogo, sul piano letterale va evidenziato come la disposizione costituzionale non escluda la contrattazione di secondo livello dal proprio ambito di applicabilità. Inoltre, come ben è stato osservato in dottrina, il contratto collettivo, come tutti gli altri contratti, ha un'efficacia limitata alle parti *ex art. 1372 c.c.*; ne consegue che le eccezioni a tale regola devono essere espressamente contemplate. Orbene, tale eccezione è contenuta appunto nell'art. 39 Cost.: in mancanza della sua attuazione, pertanto, il contratto aziendale non può che avere efficacia soggettiva limitata ai sensi della disposizione codicistica richiamata.

Quanto alle argomentazioni della tesi avversa, secondo cui il concetto di «categoria» di cui all'art. 39 cit., sarebbe estraneo al livello decentrato, si può osservare, in senso contrario, che quella in questione è una nozione “mobile”, non definibile in astratto. Tale nozione, per di più, è riconducibile all'ordinamento intersindacale, il solo che, in un regime di libertà e pluralismo sindacale, può determinarne i confini. Quindi, essa è suscettibile di varie configurazioni, lasciate all'autonoma scelta dei soggetti sindacali. In tale contesto, non si vede come il concetto in esame possa ridursi al livello nazionale, senza un'evidente forzatura interpretativa, esterna al libero confronto tra le parti. Ne deriva che la categoria designa l'ambito dei destinatari della contrattazione, di qualsiasi livello, liberamente scelto dagli attori sociali.

La conseguenza del ragionamento svolto è che l'art. 39 Cost., nella sua interezza, si applica anche al contratto collettivo di livello aziendale.

Altro problema si riscontra ove la legge utilizzi la formula della maggiore rappresentatività comparata, nata in relazione alle organizzazioni nazionali, senza specificare il livello, sì da indurre l'interprete a ritenere compreso l'ambito contrattuale aziendale. La questione che emerge riguarda la necessità della verifica della rappresentatività anche a livello aziendale – secondo la regola della “concordanza”, vigente ad es. nell'ordinamento francese - ovvero la sufficienza della verifica al livello superiore confederale o nazionale. Al riguardo si deve concordare con chi ritiene che, posto che la formula selettiva è diretta ad individuare il contratto dotato di maggiore effettività, la rappresentatività non può che essere apprezzata con riguardo al corrispondente livello di contrattazione. Quindi, se la legge nomina il contratto aziendale, la rappresentatività non può che essere misurata in relazione a tale ambito decentrato. In caso contrario, invero, si rinuncierebbe a verificare un essenziale dato di idoneità del soggetto sindacale richiesto dalla legge, per presumere, senza riscontro alcuno, la rappresentatività di questo sulla base del possesso del requisito al livello superiore.

## **9. La contrattazione di prossimità**

Quello della contrattazione di prossimità costituisce un argomento oltremodo sensibile, produttivo di svariati dibattiti e critiche. Nell'economia del presente studio è necessario analizzare l'istituto, dal momento che la sua portata derogatoria della legge e della contrattazione di primo livello può avere notevole incidenza nel diritto sanzionatorio, come risulta evidente in tema, ad es., di orario di lavoro o di contratto a termine, entrambe materie devolute dall'art. 8 alla competenza di tale negoziazione.

I problemi che affliggono tale controverso istituto riguardano la sua compatibilità con le disposizioni costituzionali, tra tutte l'art. 3 e l'art. 39, la sua lamentata genericità ed imprecisione tecnica sotto vari profili, ed infine il suo rapporto con disposizioni preesistenti e successive che, nel rinviare alla contrattazione collettiva di vari livelli, disciplinino le stesse materie dell'art. 8.

In merito al rapporto tra l'art. 8 e gli artt. 3 e 39 Cost., appare arduo non concordare con la grande maggioranza della dottrina che ne ravvisa evidenti profili di contrasto. Con l'art. 3, perché appare indubbio che consentire la potenziale deroga a praticamente quasi tutta la disciplina, legislativa e contrattuale di primo livello, del rapporto di lavoro è irragionevole e sproporzionato nella sede decentrata di contrattazione. In tal modo si rendono possibili, in astratto, radicali differenze di trattamento tra lavoratori, le quali non possono ritenersi costituzionalmente giustificate dalla mera appartenenza degli stessi ad aziende diverse, una che stipula la contrattazione di prossimità e l'altra che non lo fa. Si osservi, in tal senso, che la legge consente che le aziende ipotizzate possono essere anche del tutto simili, quanto a dimensioni, numero di dipendenti, patrimonio. Né i vincoli di scopo normativi appaiono idonei a giustificare trattamenti differenziati, attesa la loro palese genericità ed indeterminatezza, come correttamente osservato in dottrina. In questi termini, non sembra che il Legislatore abbia adeguatamente considerato che la razionalità economico-produttiva – indubbiamente alla base della previsione dell'art. 8 cit. - non coincide necessariamente con quella giuridica.

In relazione all'art. 39, seconda parte, Cost., il contrasto appare ancor più stridente. Invero, quanto alla contrattazione territoriale, la cui sottoposizione alla disposizione costituzionale nessuno ha mai discusso, non è dubbio che i sindacati abilitati a porre in essere i contratti di prossimità – qualunque sia la loro concreta connotazione soggettiva – non possano identificarsi con i sindacati registrati aventi statuto a base democratica di cui all'art. 39 Cost., i soli soggetti autorizzati a stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*. Circa la contrattazione aziendale, valgono le medesime considerazioni se si ammette, come in questa sede, che anche tale livello è assoggettato all'art. 39 Cost. cit.. Né l'indistinto «criterio maggioritario» citato nell'art. 8 può identificarsi con il diverso principio proporzionale preteso dal precetto costituzionale. Da non sottovalutare, inoltre, è il contrasto con l'art. 39, comma 1, poiché la legge citata impone, di fatto, una gerarchia – per di più “alla rovescia” - tra i livelli di contrattazione, che dovrebbe essere lasciata alla libera determinazione degli attori sociali. E quando tale determinazione si è tradotta in atti concreti, come il T.U. sulla rappresentanza, il suo contenuto contrasta in maniera palese con il disposto dell'art. 8, nella misura in cui affida il rapporto tra livello nazionale e livelli decentrati alla tradizionale sovraordinazione del primo, quantomeno in termini di coordinamento.

Relativamente ai rapporti tra l'art. 8 e le disposizioni, preesistenti o successive, che regolino le medesime materie, la tesi preferibile appare quella di ritenere il medesimo art. 8 norma speciale, in quanto avente profili del tutto peculiari quanto ad ambito di applicazione, vincoli di scopo, efficacia soggettiva e potere derogatorio. Ne consegue che la sua disciplina dovrebbe prevalere sulle altre, in osservanza del brocardo *lex specialis derogat legi generali*. In tal modo, qualunque contratto decentrato che riguardi le materie dell'art. 8 dovrebbe essere sottoposto a quest'ultimo, a prescindere dal richiamo delle parti. Per lo stesso motivo le deroghe alla legge della contrattazione di prossimità prevalgono su quelle previste dalla contrattazione ordinaria, sebbene quest'ultima non possa ritenersi "espropriata" del potere derogatorio previsto dalla legge in riferimento alle medesime materie. In tale ordine di idee, può sostenersi che le deroghe della contrattazione nazionale abbiano carattere "cedevole" rispetto a quelle della contrattazione di prossimità, essendo dunque destinate ad essere sostituite da diverse previsioni di quest'ultima.

## Capitolo II

### **La contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio amministrativo**

#### **1. Posizione del problema: il modulo integrativo legge-contrattazione nel sistema sanzionatorio**

La strutturazione delle fattispecie di illecito amministrativo con la compartecipazione della fonte contrattuale collettiva rientra nel più generale fenomeno, sopra analizzato, dell'integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo. Anche in queste ipotesi la legge opera rinvii all'autonomia contrattuale in funzione derogatoria, integrativa e perfino sostitutiva del precetto primario.

Se dal punto di vista della politica del diritto, un impianto sanzionatorio "contrattato" è auspicabile in relazione ai suoi verosimili effetti in termini di consenso dei destinatari della normativa, in termini più strettamente tecnico-giuridici appare necessario verificare quanto tale impianto sia compatibile con i principi vigenti tanto nell'ordinamento generale quanto nell'ordinamento sanzionatorio. Sotto il primo profilo, obiettivo del Legislatore è l'adesione dei potenziali destinatari delle sanzioni ad un sistema che li rende compartecipi mediante la contrattazione liberamente scelta. Da questo punto di vista, dunque, un sistema sanzionatorio congegnato con il concorso, più o meno diretto, dei consociati esprime certamente la massima potenzialità in termini di tenuta complessiva. In tale contesto logico, il tanto dibattuto problema della collocazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto non solo perde consistenza ma può essere persino ignorato, nella misura in cui si osservi che, nell'ottica consensuale considerata, l'accordo collettivo non può che acquistare e mantenere la natura di atto di autonomia. In altre parole, se è fondata la ricostruzione proposta, secondo cui il Legislatore inserisce il patto collettivo nelle fattispecie sanzionatorie al fine di "intercettare" il consenso dei destinatari delle sanzioni, allora è chiaro che non ha senso discutere della pretesa natura di fonte del diritto del contratto collettivo. Infatti la sua natura, in tale ambito concettuale, non può che essere quella di atto di autonomia, al quale viene prestata libera adesione, senza spazio alcuno per un'efficacia soggettiva che prescinderebbe dal consenso degli interessati.

Con riguardo ai limiti di compatibilità ordinamentale del modello nel sistema sanzionatorio, discende da quanto detto che la criticità centrale è costituita proprio dalla possibile mancanza di quel consenso degli interessati, che rappresenta il fondamento del modello sanzionatorio "delegato"

all'autonomia collettiva. E' il problema, cioè, che si è analizzato in relazione all'efficacia soggettiva della contrattazione di rinvio, nella perdurante inattuazione dell'art. 39, seconda parte Cost.. La questione che si pone riguarda, in particolare, la possibile inapplicabilità delle previsioni contrattuali compartecipi delle varie figure di illecito a quei soggetti – non iscritti, dissenzienti, ecc.- cui non può estendersi la disciplina negoziale in virtù della sua natura di diritto comune. In altre parole, se si assume, per le ragioni sopra analizzate, che l'integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva non può che avvenire nella cornice di compatibilità costituzionale di cui all'art. 39 Cost., bisogna comprendere se, e come, la legge consente – o, peggio, impone – che le fattispecie sanzionatorie in discorso siano estensibili all'intera platea di datori e lavoratori coinvolti.

Vi è un altro tema da affrontare, quello della compatibilità del modello con il principio di eguaglianza. In tal senso, bisogna indagare quanto sia ragionevole un impianto sanzionatorio che, sebbene in regime di libertà sindacale, discrimina tra coloro che applicano la contrattazione collettiva e coloro che non la applicano; ovvero, in ipotesi di vigenza di più contratti nell'ambito di una medesima categoria, tra chi applica un contratto e chi ne applica uno diverso. In tali casi, infatti, si consideri che sono contemplabili differenti regimi punitivi per situazioni che, sotto tutti gli altri profili, possono essere identiche.

Relativamente alle coordinate del sistema sanzionatorio, si pongono ulteriori questioni che assillano il modello normativo in questione, derivanti dalla specificità del contesto del diritto dei poteri pubblici.

In una prospettiva generale, infatti, bisogna rilevare che lo schema del concorso legge-contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio amministrativo assume una connotazione affatto differente da quella del suo modello, già analizzato, di diritto sindacale. In quest'ultimo, il problema fondamentale riguarda la natura ed i caratteri del contratto collettivo nel suo contesto “naturale” del diritto dei privati, seppure in una dimensione di notevole rilevanza pubblica e costituzionale. Viceversa, nel diritto sanzionatorio, il poco osservato ruolo dell'autonomia negoziale collettiva deve confrontarsi sia con i principi generali del diritto pubblico che con quelli del sistema sanzionatorio. Da questo punto di vista, pertanto, il fenomeno si inserisce nell'ambito delle recenti evoluzioni del diritto pubblico, come conformate dai canoni della “contrattualizzazione” dei pubblici poteri, della sussidiarietà, del diritto riflessivo, ecc.. Inoltre, vanno analizzate le interrelazioni con il principio di legalità e di sussidiarietà.

Per quanto concerne il sistema punitivo, è necessario osservare il rapporto delle fattispecie “delegificate” con i principi di riserva di legge e di tassatività. In tale contesto, si deve appurare in che misura il primo principio possa ammettere non già una categoria formalmente sotto-ordinata nel sistema delle fonti del diritto, quale il regolamento, a proposito del quale il problema si è

tradizionalmente posto in ambito pubblicistico, quanto un atto espressione di autonomia negoziale. Il modello di integrazione funzionale deve, inoltre, rapportarsi con il principio di tassatività, o sufficiente determinazione della fattispecie, sia riguardo alla corretta formulazione delle clausole contrattuali, sia soprattutto in relazione alla configurabilità di rinvii “in bianco” alla contrattazione collettiva.

Gli specifici settori di indagine menzionati risultano allo stato inediti, non riscontrandosi studi o ricerche su di essi.

Il fenomeno sopra descritto di integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva si riproduce, dunque, anche nel sistema sanzionatorio amministrativo. Anche in tale settore dell’ordinamento si assiste, sul piano strutturale, allo schema del rinvio della legge alla fonte dell’autonomia collettiva. Il rinvio avviene in relazione al precetto, cioè alla condotta vietata, e giammai alla sanzione, poiché l’introduzione della misura punitiva per via contrattuale è generalmente ritenuta in contrasto con il principio di legalità delle sanzioni amministrative. Sul piano funzionale, pertanto, il ruolo del contratto è quello di derogare al precetto, integrandolo o addirittura sostituendolo *in toto*.

Peraltro, secondo parte della dottrina, sussiste una diversità tra i due modelli: nel diritto sanzionatorio non si sarebbe in presenza, come nel modello generale di diritto sindacale, di un effetto legale derivante dalla stipulazione di un accordo, bensì di un effetto sanzionatorio connesso alla sua violazione. Nondimeno, tale osservazione appare possedere solo valore descrittivo, atteso che sul piano sostanziale e ricostruttivo è difficile scorgere differenze di rilievo. Si deve considerare infatti che, a ben vedere, lo schema strutturale è identico; invero, nel modulo sanzionatorio alla stipula dell’accordo consegue l’effetto legale della costituzione di una nuova fattispecie sanzionatoria, “integrata” con la partecipazione della fonte autonoma. Pertanto, l’effetto legale immediato è la nascita di una nuova figura di illecito, risultante dalla combinazione tra legge e contratto, mentre l’effetto sanzionatorio è soltanto mediato.

## **I principi pubblicistici**

### **2. Principio di legalità dell'amministrazione**

Le sanzioni amministrative, com'è noto, si inseriscono nel contesto non già del diritto civile – sebbene a fini di giurisdizione afferiscano alla materia dei diritti soggettivi -, di cui il diritto del lavoro è pur sempre una partizione, bensì del diritto pubblico, giacché costituiscono una porzione della sfera di azione della P.A.. Uno dei principi fondamentali dell'attività amministrativa da considerare in questa sede è quello di legalità, che, per quanto non espressamente previsto in Costituzione, è comunemente desunto dagli artt. 97, 23, 24, 101 e 113 della Carta. Esso indica il primato della legge, cioè la subordinazione della P.A. alle disposizioni primarie, che devono definire fini ed interessi pubblici che la stessa P.A. deve tutelare ed attuare (cfr. art. 1 della legge 241/1990). In seno al principio in questione si distingue tradizionalmente tra legalità formale, la quale impone che ogni provvedimento amministrativo abbia fondamento nella legge e nei limiti da questa previsti, e legalità sostanziale, che prescrive la conformità dell'azione amministrativa alla disciplina legislativa. In questo secondo senso, la legge assume la dimensione di parametro di valutazione dell'attività dei pubblici poteri.

Come ha evidenziato la dottrina pubblicistica, la disciplina da prendere a riferimento, quale parametro di azione, non va identificata solo in quella della legge in senso formale, ma anche in quella di fonti ad essa collegate in vario modo – regolamenti, statuti, ecc. -. In tale contesto concettuale, si può inserire anche la contrattazione collettiva oggetto di rinvio da parte della fonte primaria, sebbene con l'importante precisazione che essa non costituisce fonte del diritto, neanche nel modello di integrazione funzionale in esame, come si tenterà di dimostrare nel corso della trattazione.

È vero che in ambito pubblicistico, all'opposto di ciò che si riscontra nel diritto civile ed in maggior grado che nel diritto del lavoro, l'attributo generale della legge, che deriva dal suo primato, è costituito dalla sua inderogabilità, vigendo un rigido principio di gerarchia tra le fonti. Tuttavia, tale primato, nei tempi attuali, risulta temperato da numerosi fenomeni, tra i quali vanno citati, per quanto riguarda il sistema delle fonti, la delegificazione; mentre, per quanto concerne i rapporti tra

P.A. e cittadini, è d'uopo riferirsi alle modalità di partecipazione dei consociati all'attività amministrativa, alla sussidiarietà, alle tecniche di amministrazione "concordata" e "contrattata". Tali fattori "dal basso" della fonte legislativa, in combinazione con quelli "dall'alto"- le fonti internazionali e comunitarie - hanno posto le basi di quella che è stata definita la "crisi della legalità", ossia il ridimensionamento della centralità della legge nel sistema giuridico generale.

Per quanto qui rileva, si può dire che imprescindibili istanze di democrazia e di rappresentanza di istanze sociali hanno determinato un inedito assetto di rapporti tra le due tradizionali sfere dell'autorità e della libertà, che si traduce in nuovi paradigmi.

### **3. Il principio di sussidiarietà orizzontale**

In tema di attività amministrativa della P.A., una delle più recenti acquisizioni è il principio di sussidiarietà, di diretta derivazione, come noto, dal diritto comunitario. Il principio in parola stabilisce che le funzioni amministrative tra enti territoriali siano ripartite secondo il criterio di maggiore prossimità alle esigenze ed interessi dei cittadini (sussidiarietà verticale). Secondo l'accezione che più interessa in questa sede, la sussidiarietà prevede che l'intervento dei pubblici poteri sia giustificato solo ove i privati, singoli o associati, non siano in grado di provvedere da sé stessi al soddisfacimento dei propri interessi (sussidiarietà orizzontale). Tale principio è ora espressamente recepito nella Carta costituzionale all'art. 118, comma 4: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». La sussidiarietà è, inoltre, rinvenibile nell'art. 2 Cost., che stabilisce la centralità degli individui e delle formazioni sociali che preesistono all'intervento statale.

Come la dottrina amministrativistica ha evidenziato, in relazione all'attività amministrativa il principio di sussidiarietà orizzontale si traduce nella semplificazione e delegificazione dei procedimenti amministrativi, secondo il paradigma degli artt. 20 e ss. della legge n. 59/1997, che, tra l'altro, consente la sostituzione dell'attività amministrativa diretta con forme di autoregolamentazione da parte dei cittadini. È stata altresì sottolineata una nuova concezione della legge come norma sulla normazione, cui spetta, quale fonte regolatrice del sistema, il ruolo di ordinazione e distribuzione delle competenze normative. In questa ottica, la legge risponde alla sua identità anche quando sceglie di autolimitarsi in favore di altre fonti, secondo il criterio di competenza piuttosto che quello di gerarchia.

Per quanto concerne l'oggetto della presente analisi, si deve rilevare che il modello di integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio sembra pienamente conforme al principio di sussidiarietà orizzontale. Invero, la legge affida al livello più prossimo ai potenziali destinatari della sanzione, compiti di integrazione del testo normativo che deve stabilire la condotta vietata o doverosa. Bisogna, peraltro, precisare che il modello in esame può essere ritenuto una modalità del principio di sussidiarietà sul piano delle fonti, da inquadrare nel paradigma della deregolamentazione, o meglio in quello della - parziale - autoregolamentazione. La fondamentale differenza con il fenomeno della delegificazione si può esprimere nei seguenti termini. Il soggetto pubblico, nella veste di legislatore, nell'ipotesi in discorso, non si ritrae ma partecipa alla definizione della fattispecie; inoltre, la sfera pubblica, in qualità di organo ispettivo, vigila sulla corretta applicazione non solo della legge - compito connaturato alla sua funzione - ma anche dei prodotti dell'autonomia collettiva (art. 7 comma 1, lett. b del d.lgs. 124/2004). Nel contesto sanzionatorio amministrativo, ovviamente, la consistenza degli interessi pubblici implicati, come si vedrà, è tale da non poter fare a meno tanto dell'uno quanto dell'altro ruolo dell'attore pubblico.

Del compito del legislatore ci siamo già occupati, mentre di seguito si avrà modo di trattare di quello dell'organo ispettivo. Preliminarmente, però, occorre analizzare il rapporto tra uno dei principi cardine del sistema sanzionatorio amministrativo, la riserva di legge, ed il paradigma di integrazione tra la fonte legislativa e quella autonoma, poiché innanzitutto da tale rapporto dipende la sostenibilità ordinamentale del modello.

#### **4. Il principio di riserva di legge dell'illecito amministrativo**

Il principale problema dell'inserimento della contrattazione collettiva nella fattispecie sanzionatoria è costituito dalla sua compatibilità con il principio di riserva di legge, giacché occorre comprendere come la fonte autonoma possa interagire con quella primaria, che deve disciplinare in via tendenzialmente esclusiva la previsione punitiva.

Si è sopra cennato al principio di legalità, quale paradigma generale di azione dei pubblici poteri, osservando come ne sia stata acquisita una nuova, più ampia, visione che include anche fonti extralegislative. Da tale ottica, quindi, il principio di legalità non è di ostacolo alla partecipazione dell'autonomia collettiva alle figure di illecito amministrativo. Appare ora necessario concentrare l'analisi verso una proiezione specifica di tale canone nel settore delle sanzioni amministrative, la

riserva di legge di cui all'art. 1 della legge 689/81, nel cui ambito i contratti collettivi possono essere registrati come elementi estranei.

È noto come il sistema sanzionatorio amministrativo sia retto dal principio di legalità stabilito dall'art. 1 della legge 689 cit., che implica, per quanto interessa nella presente sede, una riserva di legge nella creazione delle figure di illecito. È ben conosciuta la storica *ratio* di garanzia del canone in parola, diretta ad impedire abusi del potere esecutivo e giudiziario, che conculchino i diritti di libertà dei cittadini. Nei moderni Stati di diritto, le misure punitive devono promanare dall'organo legislativo, espressione della volontà popolare, cioè della platea potenziale di destinatari delle misure citate. La previsione delle pene deve avvenire, inoltre, attraverso un processo normativo nel quale possano partecipare ed esprimersi le varie istanze presenti nella comunità di riferimento. Devono essere qui evidenziate talune diversità di rilievo, nel confronto con l'analogo principio vigente nel sistema penale, che riflettono il differente bene garantito dai due sistemi, la libertà personale nell'uno ed il patrimonio nell'altro. Sul piano formale, mentre, com'è noto, il sistema penale prevede una riserva di legge di rango costituzionale (art. 25, comma 2 Cost.), la riserva di legge dell'illecito amministrativo è enunciata in una norma di livello primario (art. 1 della legge 689/81). In merito, peraltro, la dottrina non dubita del fondamento costituzionale dell'art. 1 della legge 689 cit., il quale è riscontrabile, secondo le diverse impostazioni, nell'art. 23 ovvero nello stesso art. 25 della Carta. In secondo luogo, mentre in ambito penalistico si afferma unanimemente il carattere assoluto della riserva, in quello sanzionatorio amministrativo non è del tutto pacifico se questa sia assoluta o relativa – pur prevalendo quest'ultima tesi –, sicché l'unico dato certo appare la esclusiva attribuzione della legge nella introduzione e fissazione della sanzione, mentre si discute sulle modalità e sui limiti dell'eterointegrazione del precetto con fonti di rango inferiore.

In argomento, la giurisprudenza offre un quadro non stabile ed in parte contraddittorio. È stato affermato che l'unico intervento ammissibile dalla fonte sotto-ordinata riguarda il precetto, mentre non può riguardare in alcun caso la sanzione, la quale resta affidata all'esclusiva area della legge (Cass. 18 gennaio 2005, n. 936). Ad ostacolare, infatti, tale possibilità sono i disposti costituzionali, tanto quello dell'art. 23, quanto quello dell'art. 25. Pertanto, le fonti sublegislative sono abilitate, entro limiti peraltro non lampanti, a prevedere la condotta illecita ma non la conseguenza punitiva che da essa scaturisce. La ragione di garanzia è evidente ed è stata già ricordata: solo il legislatore può determinare, in via generale, la misura della compressione dei diritti individuali del cittadino, al fine di evitare l'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario. Inoltre, è stato chiarito che non è compatibile con il principio di legalità l'introduzione diretta, da parte della fonte secondaria, della fattispecie sanzionatoria (Cass., 26 aprile 2006, n. 9584). La fonte

extralegale può intervenire, per immettere specificazioni tecniche, unicamente allorché i precetti normativi siano sufficientemente individuati. Fin qui, dunque, la giurisprudenza si mantiene entro i confini tradizionali dell'eterointegrazione tecnica del precetto da parte della fonte extralegislativa.

Si ritiene, tuttavia, ammissibile anche che la legge stabilisca una sanzione amministrativa per la violazione di regolamenti o di atti amministrativi (Cass., 25 gennaio 2005, n. 1696; *ead.*, 23 marzo 2004, n. 5743). Con quest'ultimo orientamento si è certamente varcata una soglia di attenzione, nella misura in cui non si tratta più di assegnare un ruolo meramente integrativo alla fonte subordinata, bensì compiutamente precettivo. Peraltro, nella stessa legislazione non mancano esempi in questa direzione, quale l'art. 7-*bis* del d.lgs. n. 267/2000. Nel medesimo senso, non può essere trascurata un'ulteriore disposizione, l'art. 20-*bis* della legge n. 50/1999, la quale, pur riguardando il fenomeno specifico della delegificazione riferito ai regolamenti dell'esecutivo, appare espressione di un indirizzo normativo generale nei confronti del principio di legalità delle sanzioni amministrative. La disposizione citata estende l'ambito di operatività della delegificazione regolamentare ai «procedimenti amministrativi che prevedono obblighi la cui violazione costituisce illecito amministrativo». Come parte della dottrina ha osservato, tale norma presuppone evidentemente la natura relativa della riserva di legge di cui all'art. 1 della legge 689 cit.. Essa consente, infatti, che il precetto possa essere interamente disciplinato dal regolamento di delegificazione, mentre affida all'esclusiva sfera di azione della legge la sola sanzione. Ne dovrebbe derivare, per estensione, l'ammissibilità anche di un precetto compiutamente fissato da clausole contrattuali collettive. Anzi, tale conclusione appare viepiù agevolata dalla natura della contrattazione di atto di autonomia, proveniente dagli stessi destinatari della sanzione, come si osserverà a breve.

Segnali contrari a tale evoluzione normativa e giurisprudenziale si ricavano, nondimeno, da talune, recenti, acquisizioni dottrinali e della giurisprudenza costituzionale (di cui *infra* nel testo), le quali si stanno orientando, dietro l'influenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, verso la natura assoluta della riserva di legge *ex* art. 25 comma 2 Cost. anche in materia amministrativa. Da tale impostazione conseguirebbe che il principio di riserva di legge di cui all'art. 1 della legge 689 cit., non ammette la fissazione del comportamento vietato da parte di una fonte diversa dalla norma primaria, e che, pertanto, il compito della fonte subordinata deve arrestarsi sulla soglia dell'integrazione tecnica della legge.

## 5. La riserva di legge e la contrattazione collettiva

Dunque, - pur con i dubbi da ultimo rappresentati - le acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto palesano che, nel diritto sanzionatorio amministrativo, è ammissibile l'eterointegrazione del precetto primario da parte di fonti subordinate. Bisogna, allora, spiegare il ruolo e la funzione della contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio, al fine di verificarne l'ammissibilità ordinamentale.

Si è sopra sostenuto (Cap. 1, § 2) che il contratto collettivo, nel sistema di integrazione funzionale tra lo stesso e la legge, non rientra tra le fonti del diritto, non tanto e non solo perché escluso dall'elenco di cui all'art. 1 delle preleggi. Si è, infatti, osservato come la contrattazione collettiva resti atto di autonomia privata anche nel modello integrativo legge-contratto, né può assumere la natura di fonte del diritto oggettivo, in assenza di attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost.. In tale ordine di idee, è perfettamente coerente con l'ottica della sussidiarietà e della deregolamentazione la scelta legislativa di affidare parte della disciplina di settori del mercato del lavoro, o dei rapporti lavorativi individuali, ad un atto che proviene dai destinatari - o dai loro rappresentanti - della medesima disciplina. Dunque, in tale ottica, il legislatore prende in considerazione il contratto collettivo non in quanto fonte del diritto eteronoma, giacché in tal modo non sarebbe colta la specificità dell'autonomia collettiva, cioè la sua idoneità a realizzare un sistema sanzionatorio "partecipato". Viceversa, anche nel diritto sanzionatorio il patto collettivo è trattato, in conformità alla sua natura originaria, quale negozio liberamente voluto dalle parti. Da questo punto di vista, la contrattazione collettiva si presta ad essere uno strumento innovativo ed atipico, pur all'interno della tradizionale concezione generalpreventiva della sanzione, atteso che lo scopo di deterrenza è perseguito dalla legge in un rapporto dialettico tra autorità e libertà e non già nell'ambito del tradizionale paradigma della supremazia generale, nonché dell'azione unilaterale, della sfera pubblica.

In relazione al sistema sanzionatorio, sul piano strutturale la lettura dell'art. 1 della legge 689 cit. si presta all'inclusione anche della fonte contrattuale nelle figure di illecito amministrativo, alla precisa condizione che il contratto collettivo sia espressamente e specificamente "autorizzato" dalla legge stessa a concorrere alla creazione della fattispecie, come effettivamente avviene nelle ipotesi in questione. Sicché, un primo rapporto tra legge e contrattazione, nel quadro del principio di riserva, può essere definito come quello tra atto "autorizzatorio" ed atto "autorizzato".

Dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, tuttavia, non si ricavano distintamente le modalità ed i limiti della presenza della fonte diversa dalla legge, essendo pacifica solo

l'inammissibilità dell'introduzione, da parte di detta fonte, della misura sanzionatoria. Invero, non è del tutto chiaro se il ruolo dell'autonomia – ed in generale delle fonti extralegislative - possa esplicarsi semplicemente in chiave di eterointegrazione tecnica del precetto, ovvero possa estendersi sino a stabilire direttamente la condotta illecita, eventualità quest'ultima pacificamente rigettata in diritto penale.

Nondimeno, in riferimento alla contrattazione collettiva, sembra che il problema possa essere affrontato non già nella tradizionale ottica del rapporto tra fonti, bensì risalendo alla *ratio* originale del principio di legalità. In altri termini, bisogna valutare il rapporto tra la fondamentale ragione garantista propria del principio di riserva di legge e l'autonomia collettiva, la quale fonte del diritto non è. Da questo punto di vista, è noto che la *ratio* di garanzia di tale canone è storicamente – dall'epoca illuministica in poi – quella di contrastare gli atti di arbitrio tanto del potere esecutivo quanto di quello giudiziario. Ora, è agevole notare che nei confronti di un atto, il contratto collettivo, che proviene anche dagli stessi destinatari delle sanzioni – i datori di lavoro quali parti del processo negoziale -, o comunque dai loro rappresentanti, l'esigenza di tutela avverso l'arbitrio dei pubblici poteri, sottesa al principio di riserva di legge, è evidentemente meno avvertita. Da questo punto di vista, la *ratio* di evitare abusi di poteri estranei alla sfera soggettiva dei destinatari non è configurabile, giacché i soggetti che pongono in essere la contrattazione sono espressione, diretta o indiretta, degli interessi dei potenziali destinatari delle sanzioni. Ciò porta a concludere che la contrattazione, con le condizioni ed i limiti appresso evidenziati, potrebbe spingersi sino alla previsione del precetto e può certamente eterointegrare/derogare il precetto della fonte primaria. Quanto osservato, peraltro, non impone di verificare che l'atto di autonomia collettiva promani effettivamente da coloro che assumono la qualità anche di destinatari dei provvedimenti sanzionatori adottati sulla base della combinazione del medesimo atto con la legge punitiva. In altri termini, per poter affermare che l'accordo collettivo sia atto che provenga anche dal destinatario della sanzione, e per ciò stesso abbia il carattere proprio dell'"autonomia", non è necessario verificare se esso sia stato stipulato direttamente dal soggetto interessato – es. contratto aziendale – ovvero da un suo rappresentante sindacale – es. contratto di primo livello -. Infatti, è sufficiente che l'atto provenga dalla comunità di riferimento dell'interessato, dal momento si deve ritenere che questa ne abbia tenuto in considerazione le legittime istanze.

La prima condizione che si deve porre alla possibilità dello schema rigido precetto contrattuale- sanzione legale è che sia la legge a stabilire la sanzione. Invero, solo la legge, nella sua esclusiva attribuzione del perseguimento della tutela degli interessi pubblici coinvolti, può stabilire l'introduzione di misure sanzionatorie avverso determinate condotte ritenute socialmente pericolose. Inoltre, la fonte primaria, in quanto atto dotato di astrattezza e generalità, assicura la

parità di trattamento sanzionatorio dei trasgressori, ai sensi dell'art. 3 Cost., che non potrebbe essere evidentemente garantita da clausole contrattuali che prevedessero direttamente le sanzioni. In tal modo si può precisare un altro profilo del rapporto tra i due atti, nel contesto della riserva di legge, nel senso che il contratto collettivo non può andare oltre la previsione della condotta vietata, cioè non può svolgere alcun ruolo nella fissazione della misura sanzionatoria, come già chiarito dalla giurisprudenza.

È necessario precisare, quale ulteriore limite al relativo ruolo, un carattere fondamentale che la contrattazione deve possedere all'interno della fattispecie sanzionatoria, la sua accessorialità. Per meglio precisare, nel sistema sanzionatorio il negozio collettivo non può che svolgere una funzione derogatoria, integrativa o persino sostitutiva di una norma di rango primario "cedevole", la quale si applica fino a quando non intervenga la contrattazione derogatoria. Viceversa, non può disciplinare la condotta vietata in maniera esclusiva ed originaria, mediante una disposizione legislativa di mero rinvio, cioè una norma "in bianco", come tale inammissibile anche in virtù del principio di tassatività, di cui *infra* nel testo. Tale assunto deriva sia da ragioni relative al diritto sindacale ed alla natura del contratto collettivo quale atto di autonomia, sia da ragioni interne al sistema sanzionatorio. Quanto al primo punto, il datore di lavoro, in virtù del principio di libertà sindacale, applica il contratto, in quanto iscritto all'associazione stipulante o per scelta autonoma; ma, in base al medesimo principio, può anche non applicarlo – libertà negativa -, ed in tale ultimo caso interviene la disciplina legislativa suppletiva. Dunque, non potrà essere imposto al medesimo datore l'applicazione dell'atto di autonomia, neppure ai soli fini sanzionatori. Invero, al contrario della posizione dei lavoratori (su cui *infra* nel testo), l'applicazione del contratto in tale ipotesi incide palesemente nella sfera giuridico datoriale, sicché rileva certamente il relativo consenso dell'interessato. L'applicazione del contratto, nel vigente sistema, costituisce sempre libera scelta dell'interessato.

Relativamente alle ragioni interne al sistema punitivo, è evidente che se la tecnica sanzionatoria non prevedesse l'intervento suppletivo della legge, si determinerebbe, particolarmente in due casi, un inammissibile vuoto di tutela del bene protetto dalla figura di illecito. L'ipotesi più grave, in quanto valevole *erga omnes*, sarebbe quella della mancata stipula del contratto "delegato" dalla legge; è evidente che in tale congegno la conclusione del contratto rappresenterebbe la *condicio iuris* per l'operatività dell'intera fattispecie punitiva, sicché la sua omissione renderebbe lettera morta la previsione normativa primaria. L'altra situazione riguarda il caso in cui il datore di lavoro non applichi il contratto previsto; tale scelta, pienamente legittima dal punto di vista giuslavoristico, lascerebbe tuttavia all'arbitrio di costui il proprio assoggettamento alle sanzioni amministrative. Per tale motivo, un'ipotesi sanzionatoria con il contratto in funzione di precetto

senza la previa legge “cedevole”, non potendo essere efficace *erga omnes* in contrasto con l’art. 39, seconda parte Cost., costituirebbe un potente disincentivo all’applicazione del contratto da parte dei datori di lavoro interessati.

Da tali considerazioni discende che la fattispecie deve essere disciplinata in modo tale che la fonte primaria si applichi comunque, anche in assenza del contratto “integrativo”. Pertanto, si può dire che la necessità della fonte primaria, nel diritto sanzionatorio “delegificato”, deriva non solo e non tanto da una *ratio* di evitare abusi ai danni dei destinatari, quanto da una funzione di garanzia dell’interesse giuridico protetto, cioè dall’esigenza di scongiurare un vuoto di tutela.

Consegue a quanto sopra che la previsione sanzionatoria con un precetto posto direttamente dalla contrattazione collettiva, senza la previsione “cedevole” della disposizione legislativa, è suscettibile di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 97, 23, 25, 101 e 113 della Carta, cioè del principio di legalità (§ 1) – e non solo dunque della riserva di legge -, perché rimetterebbe alle decisioni delle organizzazioni sindacali l’operatività della previsione punitiva, o peggio all’arbitrio del singolo la propria assoggettabilità alle sanzioni amministrative, rendendo di fatto la volontà di parti private prevalente su quella della legge che ha previsto l’ipotesi sanzionatoria rilevante.

L’ulteriore profilo della relazione tra legge e contrattazione, nel quadro del principio di legalità, è quindi l’essenziale ruolo della legge in funzione suppletiva e cedevole della contrattazione.

In dottrina è stato sostenuto che il contrasto con il principio di legalità della previsione sanzionatoria discendente dalla violazione di clausole contrattuali collettive sarebbe escluso, poiché queste ultime non integrerebbero il precetto normativo, ma introdurrebbero cause di non punibilità. Tuttavia, in disparte il rilievo che non si rinvergono motivazioni di tale assunto, in ogni fattispecie sanzionatoria coinvolgente l’autonomia collettiva sembra evidente che la previsione negoziale si inserisca strutturalmente nel precetto legale, integrandolo, modificandolo e perfino sostituendolo. In tal modo, con l’intervento della contrattazione la legge, come già visto, si “ritrae” ed affida la disciplina all’autonomia, la quale ultima sostituisce l’eteronomia, non operando dall’esterno della fattispecie, ma dal suo interno. Viceversa, le cause di non punibilità – o esimenti - operano dall’esterno del precetto normativo, che resta integro, essendo previste in disposizioni diverse dalla fattispecie tipica. Inoltre, sul piano funzionale, le esimenti comprimono l’area della punibilità in relazione alla necessità di tutela di interessi, rilevanti nel caso concreto, che contrastano con l’esigenza di reprimere la condotta illecita; viceversa, da tale ottica, la funzione della contrattazione collettiva è ben diversa ed attiene, come detto, alla ricerca del consenso dei destinatari in vista della tenuta del sistema sanzionatorio.

## 6. Il principio di tassatività delle fattispecie di illecito

Il modello di integrazione funzionale in esame deve misurarsi con un altro principio tipico del diritto punitivo, la tassatività o sufficiente determinazione della fattispecie. Esso presiede ad una fondamentale funzione di certezza, cioè di agevole conoscenza delle disposizioni che stabiliscono la fattispecie di illecito da parte dei destinatari. L'obiettivo ideale del canone in esame è che ciascuno possa conoscere, con la massima precisione possibile, i confini tra lecito e illecito, nonché le conseguenze della propria condotta. Il principio in parola è ritenuto un corollario del principio di legalità, e si distingue strutturalmente dalla riserva di legge poiché mentre quest'ultima – come si è osservato - opera sul piano delle fonti, la tassatività opera sul piano della formulazione della fattispecie; sotto il profilo funzionale, inoltre, mentre la prima adempie ad una funzione di garanzia, la tassatività persegue una finalità di certezza.

Il principio coinvolge il tema del presente studio, perché riguarda la tecnica di formulazione delle figure illecite e quindi anche le clausole contrattuali collettive. Più precisamente, il canone riguarda sia le clausole in sé stesse considerate, sia il loro rapporto con la norma primaria di rinvio. Il primo problema riguarda la formulazione delle norme dell'autonomia, che devono essere idonee ad integrare/derogare il precetto primario, nel senso di rendere immediatamente percepibile ai destinatari la condotta che l'ordinamento ritiene illecita. Sul piano pratico, la criticità rileva notevolmente, ove si consideri le non infrequenti dubbie ed indeterminate lettere di talune clausole negoziali, spesso frutto di accordi faticosi e di compromessi, che lasciano aperte possibili diverse interpretazioni dei testi. Spesso, inoltre, i contratti contengono clausole di stile, o meri rinvii generici alla legge o alla contrattazione di diverso livello.

Il secondo problema riguarda invece il meccanismo di integrazione tra legge e contratto, che segue, come noto, il metodo del rinvio; tale tecnica sanzionatoria deve essere attuata in modo da poter quantomeno agevolmente ricostruire il contenuto della norma in via interpretativa, secondo la regola della "sufficiente" determinatezza. Ne deriva, anche su tale piano, l'inammissibilità di norme "in bianco", cioè disposizioni sostanzialmente senza precetto che si limitino a rinviare genericamente alla contrattazione collettiva, senza fornire corretti criteri ermeneutici per l'identificazione della condotta vietata. In dottrina non si dubita del fondamento costituzionale del principio di tassatività, individuato negli artt. 25, ovvero negli artt. 23, 28 e 97 della Carta, sicché le norme che non ne osservino i postulati sono da ritenere costituzionalmente illegittime.

Il principio di determinatezza della fattispecie è stato recentemente valorizzato in dottrina, nella misura in cui esso è stato identificato quale "principio di principi" per la sua capacità di racchiudere in sé e rafforzare l'efficacia degli altri canoni del sistema sanzionatorio. Esso, oltre a

svolgere la detta funzione di certezza, adempie anche ad una funzione di garanzia, giacché pone un limite all'attività discrezionale ed ermeneutica della PA. Sicché quanto più la fattispecie è chiaramente delineata, tanto minore saranno le possibilità di manipolazione dell'interprete, le quali potrebbero sconfinare nell'analogia.

## **Le problematiche costituzionali e civilistiche**

### **7. Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo:**

Ai fini della presente analisi, è necessario verificare se il problema della mancata attuazione dell'art. 39, seconda parte Cost., e quindi dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, tanto dibattuto in ambito lavoristico, sia rilevante nel diritto sanzionatorio. Per evidenti esigenze di ordine classificatorio ed espositivo, è opportuno affrontare il problema suddetto, distinguendo il versante dei datori di lavoro da quello dei lavoratori.

#### **a) Efficacia nei confronti dei datori di lavoro**

Dal punto di vista datoriale, la questione non è particolarmente rilevante in diritto sanzionatorio, né in punto di diritto, giacché le disposizioni primarie che rinviano all'autonomia collettiva hanno, di norma, carattere suppletivo cosicché, in difetto delle previsioni contrattuali, si applica la legge; né in punto di fatto, perché il personale ispettivo è tenuto a verificare, per prassi costante, l'applicazione del contratto da parte del datore ispezionato, in mancanza della quale dovrà ritenere vigente la norma di legge. In virtù di quanto osservato, il trattamento sanzionatorio risulta comunque omogeneo, perché le ipotesi di illecito riguardano tutti i lavoratori coinvolti nella vicenda.

Naturalmente, questo sistema entra in crisi nelle fattispecie ove non fosse prevista la norma di legge suppletiva, come sopra argomentato (§ 5).

Peraltro, si deve registrare una criticità derivante dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il contratto collettivo vincola anche il datore di lavoro il quale, pur non essendovi tenuto, ne abbia spontaneamente recepito il contenuto nei contratti individuali (Cass., 14 aprile 2001, n. 5596). La fonte dell'obbligo discende non solo, ovviamente, dal rinvio espresso, ma anche dal comportamento concludente, che si evince dalla costante corrispondenza del contenuto dei contratti individuali a quello del contratto collettivo (Cass. 8 maggio 2009, n. 10632).

Ora, in sede ispettiva, il rinvio espresso, in linea di principio, non crea problemi giacché l'ispettore ha gli strumenti per verificare nella documentazione aziendale – nella specie, nelle

dichiarazioni di assunzione o nel modello di comunicazione di assunzione – la sussistenza del rinvio. Viceversa, in assenza del formale rinvio, l'organo ispettivo dovrebbe verificare l'eventuale corrispondenza, di fatto, dei contratti individuali a quello collettivo; è intuitivo che tale operazione, non rivestendo carattere formale come la precedente, non si presenta affatto agevole in sede accertativo-amministrativa, trattandosi di attività ermeneutica di notevole impegno, che può comportare una dilatazione dei tempi procedurali (sulla complessità di tale accertamento anche per il giudice cfr. Cass. 3 novembre 2005, n. 21302).

Tuttavia, l'operazione di verifica in argomento potrebbe rivelarsi necessaria, ove si rifletta che il datore di lavoro può avere l'interesse concreto a vedersi applicato il contratto collettivo in sede sanzionatoria. Infatti, la prassi corrente, nella fonte autonoma, contiene non di rado precetti più favorevoli al trasgressore rispetto a quelli stabiliti dalla legge. In sede accertativa, l'indagine più efficace potrebbe essere condotta attraverso l'esame dei cedolini paga, dal quale viene desunta l'applicazione di «istituti propri del c.c.n.l.» (Cass. 23 marzo 2002, n. 4175). Peraltro, nella pratica, l'ipotesi realisticamente più probabile è che la questione emerga non già in sede ispettiva – salvo l'implausibile caso che l'ispettore la rilevi autonomamente –, bensì in quella contenziosa, laddove il datore ispezionato opponga l'applicazione di fatto del contratto. Dunque, è ipotizzabile un motivo di doglianza, in detta sede, relativo al profilo della mancata applicazione ispettiva della previsione di un contratto collettivo asseritamente applicato per comportamento concludente. È da ritenere che in tale ipotesi spetterebbe al datore di lavoro sanzionato l'onere della prova della ricorrenza, in concreto, del comportamento concludente e della conseguente applicabilità del contratto collettivo. Invero, pur in considerazione della veste delle parti nel processo di opposizione a sanzioni amministrative, si tratterebbe di un'eccezione in senso tecnico alla pretesa punitiva della P.A., che, in quanto tale, onera l'interessato di provare i fatti su cui essa si fonda (art. 2697, comma 2 c.c.).

Un'altra ipotesi critica riguarda la contrattazione territoriale di prossimità, laddove è possibile che il datore di lavoro non sia tenuto ad applicare il contratto perché non iscritto all'associazione stipulante, atteso che l'art. 8 riferisce l'efficacia *erga omnes* solo al versante dei prestatori. A questo riguardo, la soluzione concreta non può che essere quella dell'inapplicabilità del patto di cui all'art. 8 della legge 148/2011, salvo che risulti la poco probabile applicazione di fatto come sopra esaminata.

## **b) Efficacia nei confronti dei lavoratori**

Sul versante dei lavoratori, il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo acquista, apparentemente, maggiore consistenza rispetto all'ipotesi soggettiva datoriale. Invero, se

si accoglie la tesi – che appare l'unica costituzionalmente accettabile, come sopra argomentato - secondo cui il contratto è efficace esclusivamente nei confronti dei lavoratori iscritti o non dissenzienti, si potrebbe ritenere che l'organo accertatore abbia l'onere di verificare la posizione dei singoli prestatori, ai fini della determinazione del *quantum* della sanzione, laddove la legge proporzioni questa al numero dei prestatori.

Tuttavia, a ben vedere, nel diritto sanzionatorio l'annosa questione del sistema sindacale può essere ridimensionata. Tale notazione sarebbe ovvia se si accogliesse la tesi dell'applicazione generalizzata del precetto contrattuale, poiché andrebbe evidentemente applicato il medesimo precetto in maniera indifferenziata a tutti i lavoratori. Questa tesi si fonda, in un'ottica di effettività, sulla prassi generalizzata dei datori di lavoro di applicare il contratto a tutti i dipendenti, a prescindere dalla loro adesione ad esso. Tuttavia, anche aderendo alla preferibile tesi opposta il risultato finale non cambia. Ed infatti, in ipotesi di stipulazione unitaria del contratto da parte dei sindacati più rappresentativi, il problema non sussiste, posto che nella pratica si tratterà di verificare se il datore applichi tale contratto, ed in caso positivo appurare – tramite per lo più il rinvio contenuto nella lettera di assunzione – la riferibilità a ciascun prestatore del contratto collettivo. Ovviamente, anche in considerazione degli indirizzi del Ministero del lavoro, è radicalmente escluso che l'ispettore possa pure solo porsi la questione dell'applicazione dell'eventuale contratto “pirata”.

Ma anche nel caso maggiormente problematico del contratto “separato” la questione dell'efficacia soggettiva del contratto per i prestatori non si presenta critica, salvo che risulti una stipulazione complessivamente minoritaria, nel qual caso difetterebbe la stessa efficacia oggettivo-derogatoria del contratto, come si vedrà oltre. Ove pure, infatti, risulti in concreto che uno o più lavoratori non abbiano accettato i contenuti dell'autonomia collettiva – perché ad es., iscritti ad un sindacato che non ha sottoscritto l'accordo e non intendono avvalersi del contenuto di questo -, nei loro confronti sarebbe comunque possibile l'applicazione del precetto contrattuale, dal momento che ciò avverrebbe limitatamente ai fini dell'applicazione delle sanzioni al datore di lavoro. Invero, la soluzione dell'applicazione indifferenziata del contratto a tutti i lavoratori coinvolti nell'azione di vigilanza non appare in tal caso contrastante con il disposto costituzionale, atteso che detta applicazione avviene, da parte di un potere pubblico – e non del datore di lavoro -, ai soli fini sanzionatori - e non già contrattuali, economici o normativi che siano -. In tale ottica, si può osservare che i singoli lavoratori non vedono incisa la propria sfera giuridica, poiché non è la controparte datoriale ad applicare le previsioni negoziali, bensì un organo pubblico in posizione di terzietà per fini estranei alla sfera di autonomia delle parti. Pertanto, i prestatori non avrebbero alcun interesse ad opporre la loro alienità al contratto in tali ipotesi.

In astratto, peraltro, potrebbero essere i datori lavoro ad avere l'interesse ad opporre l'applicazione differenziata, nelle ipotesi in cui le previsioni contrattuali abbiano carattere più sfavorevole del regime legale. In tal modo, infatti, limiterebbero l'irrogazione delle sanzioni ai soli iscritti ai sindacati stipulanti e ai non dissenzienti. Tuttavia, sul piano pratico la questione non appare dotata di particolare rilevanza, atteso che normalmente i lavoratori menzionati costituiscono una minoranza, sicché la relativa eccezione sarebbe degna di attenzione solo nel caso di contratti separati, laddove invece la consistenza numerica dei prestatori dissenzienti può essere significativa, e sempreché il datore non abbia, per i profili economici e normativi, comunque applicato il contratto anche ai dissenzienti.

Quindi, non è verosimile assistere, in sede ispettiva, al poco razionale scenario dell'applicazione di differenti precetti – e quindi di differenti sanzioni - ad uno stesso datore di lavoro, in funzione del consenso dei singoli lavoratori al contratto che integra la fattispecie sanzionatoria. La conclusione dell'applicazione differenziata delle sanzioni, che sarebbe particolarmente critica sul piano operativo sia dal versante aziendale che da quello dell'organo di vigilanza, non appare dunque praticabile, anche ove si voglia tener ferma l'attuale natura di diritto comune dei contratti collettivi. Naturalmente resta fermo che – se si accoglie la tesi del contratto di diritto comune -, ai fini contrattuali individuali, il contratto risulta inapplicabile ai prestatori dissenzienti in ordine ai profili economici e normativi.

## **8. Il principio di eguaglianza**

Altra possibile criticità della formula di integrazione tra legge e contrattazione risiede nella sua compatibilità con il principio di eguaglianza. Il problema è di capire se sia ragionevole una legislazione che consenta trattamenti sanzionatori differenziati, per la medesima condotta, a seconda dell'applicazione, o meno, del contratto collettivo di categoria, ovvero di un contratto – quello stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative - in luogo di un altro. La questione acquista ancora maggiore rilevanza, in presenza del principio di libertà sindacale (art. 39 Cost.), che esclude qualsiasi ipotesi di applicazione coattiva della contrattazione collettiva. Per fare qualche esempio, il datore di lavoro che non applichi alcun contratto si vedrà sanzionato per aver fatto superare ai propri dipendenti il limite annuale di 250 ore all'anno di lavoro straordinario; viceversa, il datore che applichi un contratto contenente il limite suddetto a 300 ore non subirà alcuna misura punitiva, pur avendo anch'egli oltrepassato il limite di legge.

Nel modello generale sussistono analoghe discriminazioni, ad es., tra coloro che applicano il contratto che assicura incentivi economici e normativi e coloro che non lo applicano, i quali non godono di tali benefici. In tale contesto, si ritiene comunemente che il contrasto con le disposizioni costituzionali, l'art. 39 oltre l'art. 3, sia escluso dalla finalità di tutela del lavoro che la legislazione persegue tramite l'incentivo all'applicazione dei contratti collettivi, nonché dal carattere di onere e non di obbligo che la legge configura in riferimento all'applicazione dei contratti collettivi. In altri termini, la legge impone non un obbligo – che sarebbe certamente incostituzionale –, bensì un onere all'applicazione dei contratti, nell'interesse del datore che vede accresciuta la propria sfera giuridica. Ed in effetti, anche nel diritto sanzionatorio, la questione potrebbe essere risolta con il medesimo schema argomentativo, ritenendo il trattamento sanzionatorio differenziato un incentivo all'applicazione dei contratti collettivi, stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi. Pertanto, solo ove fosse ravvisabile un vero e proprio obbligo di applicazione dei contratti collettivi, come adombra parte della dottrina – senza peraltro specificare il concetto –, si potrebbe parlare di violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento tra coloro che sono soggetti a tale obbligo e coloro che non lo sono.

Verificata la compatibilità ordinamentale del sistema integrativo legge-contratto alla luce dei potenziali punti di conflitto con i principi generali sia del sistema amministrativo sia di quello sindacale, è il momento di passare ad esaminare ulteriori profili di rilievo, cominciando dall'esame dei poteri ispettivi sulla corretta applicazione della contrattazione collettiva.

## **9. I poteri ispettivi sulla contrattazione collettiva**

In merito alla potestà ispettiva di verifica sui prodotti dell'autonomia collettiva, l'ordinamento prevede da tempo una disposizione che conferisce il potere all'organo ispettivo di ricorrere, oltre alla legge, alla contrattazione collettiva quale parametro di correttezza dell'operato dei datori di lavoro. Si deve fare riferimento, in proposito, all'art. 4, lett. b) della legge 628/1961, che stabilisce la potestà ispettiva di vigilanza sull'esecuzione dei contratti collettivi. In tempi più recenti, l'art. 7 del d.lgs. 124/2004, ha conferito al personale ispettivo del Ministero del lavoro il potere di vigilare, oltre che sull'esecuzione delle leggi in materia di lavoro (lett. a) sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro (lett. b). Inoltre, la riforma del "Collegato lavoro", di cui alla legge 183/2010, ha inciso nel testo dell'art. 13 del d.lgs. 124 cit., stabilendo che la constatata inosservanza, oltre che di norme di legge, anche di clausole di contratto collettivo costituisce l'antecedente necessario del potere ispettivo di diffida (comma 2). È significativa

l'aggiunta del riferimento alla contrattazione, laddove il testo originario contemplava, quale impulso all'esercizio del potere ispettivo di diffida, esclusivamente la violazione di norme di rango primario. Secondo il Ministero del lavoro (Circolare n. 41/2010), la disposizione trova applicazione nelle sole fattispecie in cui la contrattazione collettiva svolga una funzione integratrice del precetto normativo, per la cui violazione sia stabilita una sanzione amministrativa. Con tale precisazione, il Ministero ha inteso limitare la portata di una norma tendenzialmente omnicomprensiva, verosimilmente per fugare il timore di un'estesa ingerenza del personale ispettivo nei rapporti interprivati collettivi.

Come si può notare, i disposti di cui all'art. 7 e 13 del d.lgs. 124 cit. sembrano compiere un'operazione di tendenziale equiparazione delle fonti, normativa e contrattuale, quali parametri dell'attività di accertamento ispettiva, analoga a quella che le norme di riforma del processo civile (d.lgs. n. 40/2006) sopra menzionate svolgono in ambito processuale (cfr. Cap 1, § 3). In questo quadro, è stato sostenuto che anche la disciplina dell'attività di vigilanza pubblica sui rapporti di lavoro abbia recepito la funzione di fonte del diritto *extra ordinem* della contrattazione collettiva, già sostenuta dall'esaminata elaborazione della Corte Costituzionale. Per la precisione, appare appropriato attribuire tale operazione alla normativa più recente, laddove quella pregressa di cui all'art. 4, della legge 628 cit. interveniva nel diverso contesto determinato dalla legge 741/1959, che aveva, com'è noto, recepito a livello normativo i contratti collettivi contenenti livelli minimi inderogabili di trattamento economico e normativo. Dunque, l'ingerenza del personale ispettivo ministeriale nei rapporti interprivati collettivi potrebbe giustificarsi, secondo questa lettura, in virtù della nuova funzione della contrattazione collettiva quale fonte "atipica" di diritto del lavoro.

Senonché, tale conclusione creerebbe problemi di compatibilità delle figure di illecito "delegificate" con il già esaminato principio di riserva di legge delle sanzioni amministrative. Come detto, anche nel diritto sanzionatorio, la natura e la funzione del contratto collettivo sono quelle proprie dell'atto di autonomia privata, perché la partecipazione dei contratti collettivi alle fattispecie sanzionatorie può avere un senso solo in quanto questi siano concepiti quali espressioni di consenso liberamente prestato e non quali ulteriori fonti eteronome.

È opportuno, in un'ottica operativa, individuare i concreti strumenti di indagine dell'ispettore in materia di contrattazione collettiva integrativa della legge sanzionatoria.

Da quanto sopra osservato deriva la necessità per l'organo di vigilanza di verificare, ove siano in questione norme sanzionatorie di rinvio alla fonte negoziale, l'applicazione di un contratto collettivo da parte del datore di lavoro ispezionato. In questa ottica, si rivela certamente necessaria l'assunzione di informazioni dal vertice aziendale circa la sussistenza di tale circostanza. Tuttavia, in considerazione della rilevanza dell'eventuale intervento dell'autonomia collettiva sulla fattispecie

sanzionatoria, occorrono riscontri oggettivi all'effettiva applicazione del contratto. Pertanto, l'ispettore deve anche esaminare le dichiarazioni di assunzione consegnate ai dipendenti, al fine di verificare l'esistenza nelle stesse del rinvio al contratto collettivo, ovvero – allo stesso scopo - le comunicazioni di assunzione effettuate al centro per l'impiego. Nella maggioranza dei casi pratici, tali riscontri sono sufficienti ad appurare se l'azienda si assoggetta, o meno, alla disciplina contrattuale della categoria. Peraltro, gli strumenti descritti non sarebbero idonei ad accertare l'eventuale applicazione del contratto collettivo attraverso comportamento concludente. Si renderebbe inevitabile, in proposito, il non agevole riscontro dell'applicazione delle clausole collettive nei contratti individuali dei lavoratori coinvolti nelle violazioni accertate. In tale contesto, il mezzo accertativo più efficace risulta l'esame dei cedolini paga, dal quale può essere desunta l'applicazione degli istituti del c.c.n.l, come ad es. la tredicesima e quattordicesima mensilità (cfr. Cass. n. 4175/2002, cit.).

In relazione al riscontro della rappresentatività comparata, più che utilizzare i tradizionali indici giurisprudenziali, appare utile che il personale ispettivo possa rifarsi alle regole del T.U. sulla rappresentanza, ed in particolare al principio maggioritario. A tal fine, potrà disporre della banca dati indicata nella Direttiva del Ministro del 25 settembre 2014 di cui di seguito nel testo.

#### **10. La verifica dell'abilitazione dei sindacati stipulanti**

Un ulteriore campo di indagine emerge con riguardo alla problematica dell'idoneità dello strumento contrattuale collettivo a derogare alle previsioni sanzionatorie della legge, in relazione alle qualità soggettive dei soggetti sindacali stipulanti. In sostanza, si tratta della questione dell'abilitazione, cioè del possesso dei requisiti richiesti dalla legge, delle organizzazioni sindacali ad integrare il precetto normativo. Il criterio adottato dalla legge nel settore sanzionatorio è, com'è noto, quello della "maggiore rappresentatività comparata", sicché si rende necessaria la verifica ispettiva circa il possesso del requisito di tale rappresentatività, ai fini dell'applicazione delle previsioni contrattuali in luogo di quelle legali.

Si è osservato quanto il criterio scelto dal legislatore per la selezione dei sindacati autorizzati ad integrare la legge sia tutt'altro che definito, sussistendo vari dubbi sulla sua esatta individuazione. Peraltro, non si può prescindere dalla concreta verifica della rappresentatività, dal momento che tale requisito condiziona, prima dell'efficacia soggettiva, la stessa efficacia oggettiva e dispositiva delle previsioni contrattuali collettive, cioè la capacità di queste di derogare alla legge. Pertanto, si deve ritenere che al contratto derogatorio stipulato da associazioni comparativamente non rappresentative sia precluso, in assoluto, di integrare il disposto legislativo, sia nei confronti

delle parti del rapporto di lavoro, sia di terzi quali gli organi pubblici preposti agli accertamenti. È il problema che si pone nel caso della contrattazione “pirata”, nei confronti della quale non è dubbia la doverosità ispettiva dello stralcio, trattandosi di patti collettivi minoritari e concorrenti nel medesimo settore/categoria di quelli stipulati dalle maggiori organizzazioni.

Ma è anche il caso della contrattazione “separata”, laddove, invece, il contratto – che potrebbe essere anche l’unico nella categoria – è sottoscritto solo da talune associazioni maggiormente rappresentative. In virtù di quanto considerato, il personale ispettivo dovrebbe verificare la sussistenza della maggiore rappresentatività, secondo gli indici elaborati dalla giurisprudenza e ripresi dal Ministero del lavoro (Lettera circolare 1 giugno 2012, n. 10310), che risultano però di dubbia applicazione nel presente contesto sistematico (cfr. cap. 1, § 6). Peraltro, la Direttiva del Ministro del lavoro in materia di rappresentanza e rappresentatività sindacale del 25 settembre 2014 conferisce risalto, ai fini della misurazione della rappresentatività, al parametro rappresentato dai risultati delle elezioni delle RSU. A tal proposito, la Direttiva richiama il T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Il Ministro ha disposto che, gli uffici territoriali dovranno raccogliere i dati relativi ai risultati elettorali, mentre l’INPS provvederà a raccogliere quelli afferenti alle deleghe associative. La Direttiva indica nella misurazione della rappresentatività una priorità di azione per le strutture centrali e periferiche del Ministero, giacché l’oggettiva individuazione di affidabili interlocutori sindacali conferisce certezza tanto alle relazioni sindacali quanto alla declinazione delle regole sul mercato del lavoro. Dunque, si deve ritenere che, quando la banca dati sarà disponibile, il personale ispettivo disporrà di un notevole strumento per verificare la rappresentatività delle varie organizzazioni stipulanti.

Nondimeno, anche quando ciò avverrà, rimarrà l’incertezza riguardante la questione se il contratto stipulato da una coalizione complessivamente minoritaria (ad es. CISL e UIL) rispetto al sindacato non firmatario (ad es. CGIL) possenga o meno il requisito in discorso, ferma restando l’inapplicabilità dell’eventuale contratto “pirata”. Applicando, peraltro, le regole del T.U. – come sembra intendimento della menzionata Direttiva del Ministro -, che si attestano sul principio maggioritario, si dovrebbe concludere per la soluzione negativa. In questo senso, cioè, la logica che pervade il sistema delle relazioni sindacali è che il contratto vincoli tutti gli appartenenti alla categoria, compresi i dissenzienti, solo se approvato da quelle organizzazioni sindacali che rappresentino la maggioranza della comunità di prestatori del settore. Viceversa, il contratto vincolerebbe solo gli iscritti ai sindacati stipulanti, ove non integrasse tale condizione. Dunque, in questo quadro, il T.U. citato, nonostante abbia efficacia limitata alle parti stipulanti, costituirebbe parametro di riferimento – almeno per l’applicazione del principio maggioritario - anche per il

personale ispettivo, al fine di verificare il possesso del requisito della maggiore rappresentatività comparata.

## **11. La contrattazione di prossimità**

In merito alla tanto discussa disposizione dell'art. 8 della legge n. 148 cit., che ha istituito la contrattazione di prossimità, bisogna rilevare che, anche in tal caso, le problematiche attinenti specificamente all'attività ispettiva e sanzionatoria sono più limitate rispetto a quelle che affliggono l'istituto in generale. Per un verso, infatti, sarebbe vano soffermarsi sulle conseguenze derivanti dalla peculiarità della sua efficacia normativamente prevista, che ne fa un negozio estensibile *erga omnes* alla comunità di prestatori di riferimento, territoriale o aziendale. In siffatta ipotesi, non solo l'efficacia generalizzata – dal versante dei lavoratori - del contratto è disposta espressamente dalla legge ma, come già osservato, il tema non rileva nel diritto sanzionatorio, le cui peculiari finalità non sono incise dalla questione dell'efficacia soggettiva del contratto. Piuttosto, sarà necessario indagare, come nell'ipotesi del contratto collettivo ordinario, sulla sussistenza del requisito della maggiore rappresentatività comparata – al livello di riferimento: territoriale o aziendale – in capo alle associazioni stipulanti, con tutte le difficoltà già descritte.

Ben diversa è, invece, la rilevanza delle condizioni legali di validità dell'accordo di prossimità, ed in particolare della conformità del patto di prossimità ai vincoli costituzionali e comunitari (art. 8, comma 2 bis) e delle finalità cui il negozio è astretto dalla legge (art. 8, comma 1), il cui difetto comporta - secondo l'orientamento prevalente - la nullità quantomeno delle clausole di deroga. Sotto il primo profilo, il riscontro circa l'osservanza della disciplina costituzionale e comunitaria implica un'idonea preparazione giuridica del personale ispettivo, prossima a quella del giudice. Tranne casi di palese, e poco probabile, contrasto del negozio con i parametri normativi di riferimento – come ad es. una clausola che non consentisse il riposo settimanale del lavoratore, in contrasto con l'art. 36 comma 3 Cost. -, è da ritenere molto problematico tale scrutinio, anche per i connessi margini di opinabilità, che richiederebbero una complessa motivazione, scarsamente concepibile in un verbale ispettivo.

In relazione al secondo profilo, è opportuno rammentare che tali finalità, secondo quanto dispone l'art. 8, comma 1, cit. sono dirette «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». È evidente, almeno in astratto, la doverosità di una concreta verifica in

sede ispettiva diretta a stabilire la validità, e quindi l'idoneità dell'accordo di prossimità a derogare alla legge sanzionatoria. Nondimeno, nella pratica non si possono trascurare le ovvie criticità operative, conseguenti all'oltremodo generica formulazione normativa degli scopi menzionati. Per tale ragione, sempre salvi casi limite – come ad es. un accordo finalizzato alla gestione di una crisi occupazionale in un contesto aziendale di notevole produttività e prosperità economica -, i dubbi sopra espressi sulla precedente ipotesi sono qui aggravati dalla totale opinabilità delle soluzioni ipotizzabili.

## Le questioni specifiche del modello

### 12. La deroga contrattuale come esimente: critica

Dopo aver descritto i caratteri e le modalità del modello di integrazione funzionale nel diritto sanzionatorio, è necessario approfondire alcune problematiche di rilievo specifico del modello medesimo.

Si è osservato che taluni aspetti della fattispecie sanzionatoria, tra i quali può rientrare anche l'intera condotta illecita, sono stabiliti dal contratto collettivo in deroga alla legge; sorge a questo proposito l'interrogativo sulla possibilità della deroga contrattuale *in pejus* alla fonte primaria, che sia cioè tale da aggravare la posizione del datore di lavoro-trasgressore rispetto al regime legale. Per quanto di non frequente ricorrenza, nella pratica si registrano, in effetti, situazioni nelle quali la fonte contrattuale contempra, nei confronti dell'autore dell'illecito, un trattamento deteriore – perché ad es. imponga limiti più stringenti, violati i quali si applica la sanzione - rispetto a quello previsto dalla legge. Il quesito che emerge riguarda allora la legittimità di tale deroga e se, conseguentemente, possa individuarsi un principio di inderogabilità *in pejus* della legge da parte del contratto, il quale discenderebbe dall'altro principio, proprio del diritto penale, del *favor rei*.

Il problema è stato tenuto presente dal Ministero del lavoro, nella circolare 8/2005 in tema di orario di lavoro, laddove alle deroghe contrattuali relative ai limiti del ricorso al lavoro straordinario è stata affidata, sul piano sanzionatorio, la funzione di esimente nelle ipotesi in cui il limite contrattuale sia superiore a quello legale. Viceversa, nei casi in cui i limiti negoziali siano inferiori a quelli legali, il Ministero ritiene che, ai fini sanzionatori, vadano applicati comunque questi ultimi, in funzione agevolatoria del trasgressore. Identica impostazione il Dicastero segue in tema di ferie, laddove specifica che «la possibilità per le parti sociali di introdurre una disciplina modificativa che, sotto un profilo sanzionatorio, dia luogo ad una serie di esimenti che determinano la non punibilità della condotta quando la stessa, pur derogando alle disposizioni di legge, sia conforme alla previsione contrattuale». La stessa posizione era stata già espressa dal Dicastero nella circolare 10/1999 con riferimento alla disciplina, allora vigente, del lavoro straordinario. In definitiva, per tale prassi ministeriale l'intervento contrattuale nel *corpus* normativo della fattispecie di illecito, almeno nei casi descritti, non opererebbe nel senso di deroga - o modifica/integrazione - del

precetto, che si è visto essere la funzione ordinaria della contrattazione nel modello in esame, bensì in funzione di scriminante della condotta del trasgressore.

Dall'assunto ministeriale, condiviso dalla dottrina che si è occupata della questione, deriva l'assunto secondo il quale la deroga contrattuale può operare solo in senso favorevole al trasgressore e non può rendere la condotta di questi più onerosa, quanto a trattamento sanzionatorio, di quella prevista dalla legge. Per riprendere le parole della circolare *de qua*, resta ferma «ovviamente la sanzionabilità esclusivamente per la violazione del minimo previsto dalla legge».

Tuttavia, emergono serie perplessità sull'uso della fonte di prassi nella fattispecie, tanto sul piano del metodo quanto del merito. Dal primo punto di vista la circolare, attraverso un'azzardata interferenza con il principio di legalità, manipola la norma di legge che non dispone alcun divieto di deroga *in pejus*. Sul piano del merito, il quadro è aggravato dall'apoditticità delle affermazioni ministeriali, le quali non richiamano alcun principio o regola a sostegno della scelta ermeneutica. Si può ipotizzare che il Dicastero abbia inteso riferirsi al *favor rei*, principio penalistico discendente dalla disciplina della legge posteriore più favorevole al reo di cui all'art. 2 c.p.. Bisogna, però osservare che l'estensibilità al diritto sanzionatorio amministrativo di tale canone non è scontata, anzi essa è esclusa dalla giurisprudenza e da buona parte della dottrina. In questo contesto, si afferma comunemente che la disciplina del trattamento posteriore più favorevole al trasgressore non si applica alle sanzioni amministrative in virtù dell'art. 1 della legge 689/81, che stabilisce il principio di stretta legalità dell'art. 14 delle preleggi, secondo il quale deve applicarsi la legge –sia essa più o meno favorevole di quella successiva - vigente al momento della commissione del fatto (*tempus regit actum*). In ogni caso, il principio richiamato sarebbe applicabile, a tutto concedere, in caso di incertezza ermeneutica su di un testo lacunoso o oscuro (*in dubio pro reo*), condizione che nel caso di specie non sussiste, giacché le disposizioni che rinviano alle deroghe contrattuali non creano dubbi sulla loro interpretazione ed applicazione.

In senso contrario all'orientamento ministeriale, può osservarsi come l'applicabilità della deroga negoziale peggiorativa, ai fini sanzionatori, derivi da vari ordini di argomentazioni.

La prima notazione è di tipo letterale: la legge non stabilisce, né in via generale né nelle singole fattispecie, l'applicazione delle clausole contrattuali solo se più favorevoli al trasgressore. Anzi, come si osserverà a breve in merito all'art. 5, comma 4 del d.lgs. 66 cit., essa ammette espressamente l'eventualità di una deroga peggiorativa ad opera dell'autonomia collettiva.

La seconda è di ordine logico-sistematico: se, come si sostiene in questa sede, quello della contrattazione collettiva è un intervento di autonomia in funzione di sussidiarietà nell'impianto legislativo-sanzionatorio, allora tale atto comporta tutte le conseguenti responsabilità che ne derivano. È noto infatti che qualunque atto espressione di autonomia implica, ad un tempo, libertà e

responsabilità. In questo contesto concettuale, il principio del *favor rei*, anche ove fosse ritenuto applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo, non ha alcun ruolo da svolgere in quanto riferito ad un quadro dominato dalla fonte eteronoma, quale non è quello che si sta esaminando. In definitiva, applicare il contratto solo se più favorevole all'autore delle violazioni non sarebbe rispondente alla logica della sussidiarietà e dell'autonomia, ma a quella di uno Stato paternalistico. Ma è soprattutto un ulteriore argomento di ordine logico-ordinamentale ad escludere la correttezza della tesi ministeriale: se le clausole contrattuali fossero davvero esimenti, allora nelle ipotesi in cui siano violate le prescrizioni poste da queste – ad es. un limite contrattuale che sostituisce quello legale –, si avrebbe la non comune contraddizione sistematica di applicare sanzioni amministrative per la violazione di una causa di non punibilità. Se, invece, si intende la clausola contrattuale come esimente solo nelle ipotesi in cui l'agente non osservi la disposizione di legge derogata, e come precetto quando ad essere violata sia la stessa clausola, si avrebbe l'evidente non-senso logico e giuridico di un istituto che muta la sua natura in relazione al comportamento dei destinatari. Insomma, si è in presenza di un vero e proprio intervento “correttivo” della legge ad opera della prassi amministrativa, che crea seri problemi di compatibilità con l'esaminato di principio di riserva di legge.

Inoltre, vi è un argomento di ordine positivo, in materia di orario di lavoro, che smentisce l'ipotizzabilità della vigenza del *favor rei*. Si deve fare riferimento al comma 4 dell'art. 5 del d.lgs. 66/2003, che dispone l'ampia ed indefinita derogabilità («Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi»), ad opera della contrattazione collettiva, di una serie di ipotesi scriminanti in tema di ricorso al lavoro straordinario. In altri termini, come rammenta lo stesso Ministero nella circolare citata, la legge consente all'autonomia collettiva di escludere, in tutto o in parte, l'operatività delle esimenti di cui alla disposizione citata e, quindi, di derogare *in pejus* alla legge sotto il profilo sanzionatorio.

I dubbi espressi sono resi più gravi da successive prese di posizione dell'Amministrazione del lavoro. Invero, nella circolare 18/2014, in tema di contratti a termine, il Ministero ha semplicemente affermato che la sanzione amministrativa prevista per il superamento del limite quantitativo per l'utilizzo di tali contratti si applica anche nel caso di violazione del limite contrattuale. In tale documento di prassi non vi è alcun cenno alla funzione scriminante delle clausole contrattuali, né all'applicazione “ovvia” del solo limite legale ai fini sanzionatori. Pertanto, a quanto pare, la condotta del datore che violi anche l'eventuale limite contrattuale inferiore a quello di legge dovrebbe essere sottoposta a trattamento punitivo. Deve osservarsi che la questione riveste notevole rilevanza pratica, posto che la contrattazione collettiva delle varie categorie prevede spesso limiti di contingentamento che derogano verso il basso il limite legale (ad es. il

CCNL “Tessili e abbigliamento” prevede – a fronte del limite legale del 20 % - il limite del 10% dei lavoratori a tempo indeterminato per le aziende fino a 70 dipendenti; ed addirittura il 5% per le aziende con oltre 70 dipendenti). Sennonché il difetto di coordinamento tra i due interventi ministeriali crea evidenti criticità applicative, perché delle due l’una: o si ritiene che la successiva circolare abbia superato la precedente impostazione, ed allora la clausola contrattuale può sempre modificare anche *in pejus* il precetto di legge, oppure si deve ritenere estensibile l’assunto della circolare 8/2005 cit. anche al regime sanzionatorio del novellato contratto a termine e sanzionare il superamento del solo limite legale o di quello superiore contrattuale. Certamente è da escludere, per evidente contrasto con il principio di eguaglianza e di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, l’ipotizzabilità di un trattamento differenziato delle ipotesi sanzionatorie previste per i tempi di lavoro rispetto a quella del tempo determinato.

### **13. La possibilità dell’inoperatività della fattispecie sanzionatoria ad opera della contrattazione collettiva**

Altra ipotesi problematica attiene alla possibilità che la legge affidi alla contrattazione collettiva l’operatività della fattispecie sanzionatoria. In altri termini, posto un precetto legislativo che consenta la deroga negoziale, ci si deve chiedere se questa possa estendersi sin al punto di far venire meno la applicabilità del medesimo precetto e, conseguentemente, della sanzione. La risposta negativa discende dalla considerazione che, in tal caso, si rimetterebbe in buona sostanza all’atto di autonomia la valutazione dell’antigiuridicità del comportamento vietato, con evidente violazione del principio di riserva di legge. Infatti, solo il Legislatore può stabilire quali comportamenti debbano essere assoggettati a misure punitive.

Ricorre tale criticità nell’ipotesi, in materia penale, di cui al combinato disposto dell’art. 11 e 18 *bis*, comma 4 e 4 bis del d.lgs. 276/2003, che dispone il divieto ai soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro di percepire compensi dal lavoratore. Tale divieto può essere derogato dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati. Ove un contratto contempri effettivamente tale deroga, non si applicherebbero le sanzioni penali previste dall’art. 18 *bis*, commi 4 e 4 bis. Per quanto sopra precisato, tali disposizioni vanno ritenute costituzionalmente illegittime per violazione, quantomeno, dell’art. 25, comma 2, Cost. e 3 Cost..

Ancor meno giustificata costituzionalmente sarebbe una simile deroga contenuta nella contrattazione di prossimità. L'art. 8 della legge 148/2011 consente alla contrattazione di prossimità di intervenire in più settori presidiati da sanzioni amministrative, tra i quali la disciplina dei tempi di lavoro e dei riposi, il contratto a termine, il contratto di somministrazione. Invero, ove si ritenga che la legge consente all'accordo di prossimità di derogare *in toto* ad un precetto sanzionato in via amministrativa, in modo cioè da rendere inoperativa, nel contesto territoriale o aziendale di applicazione dell'accordo, la sanzione pur prevista dalla legge, si aprirebbe la strada dell'illegittimità costituzionale dell'art. 8 cit. per contrasto con le disposizioni citate. A ben vedere, tuttavia, non si tratterebbe di deroga, bensì di sospensione nel contesto di riferimento della legge, che continuerebbe ad applicarsi nella restante generalità dei casi.

#### **14. La punibilità del datore di lavoro che applichi clausole negoziali invalide**

Bisogna affrontare anche una questione sollevata in dottrina, la quale attiene alla punibilità del datore di lavoro che abbia applicato una clausola contrattuale accertata come invalida. In tale ipotesi, invero, si “riespande” il disposto legislativo derogato dall'autonomia, con la conseguenza che devono essere irrogate sanzioni che altrimenti, in caso di validità del contratto, sarebbero rimaste inoperative. L'eventualità è di non improbabile verifica pratica nelle fattispecie in cui la legge sottopone il contratto a particolari requisiti, condizioni, limiti; si pensi, per esemplificare, alla contrattazione di prossimità laddove, come osservato, l'art. 8 della legge 148/2011 pone diversi requisiti di legittimità dell'accordo.

Per affrontare il problema è necessario esaminare il disposto dell'art. 3 della legge 689/81, che disciplina l'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo. La disposizione stabilisce, com'è noto, che nelle violazioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa (comma 1). Il secondo comma aggiunge che l'agente non risponde in caso di errore incolpevole sul fatto.

È pacifico che, al fine di integrare l'elemento soggettivo nell'illecito amministrativo, non sia necessario il dolo – come in campo penale – ma sia sufficiente la colpa. Come la migliore dottrina penalistica ha osservato, il comma 2 dell'art. 3 cit., distingue implicitamente tra errore sul fatto ed errore sul precetto. Il primo è determinato da un errore di fatto oppure da un errore su legge diversa da quella che configura l'illecito; tale errore, se incolpevole, esclude la responsabilità dell'agente. Il secondo deriva da errore sulla legge che configura l'illecito; esso non esclude la responsabilità del trasgressore, in applicazione dell'antico brocardo *ignorantia legis non excusat*. Ora, bisogna

comprendere se l'applicazione di un contratto invalido costituisca un errore sul fatto, rilevante nel senso dell'esenzione da responsabilità, o un errore sul precetto, irrilevante. In virtù di quanto osservato sulla funzione integrativa/derogatoria del contratto collettivo nel modello in esame, appare evidente che l'accordo faccia parte, a pieno titolo, del precetto, atteso che concorre a configurare la condotta vietata. Ne consegue che quella di un datore di lavoro il quale applichi una clausola derogatoria contrattuale invalida costituisca un'ipotesi di errore sul precetto. Infatti, in tale ipotesi l'agente erra direttamente sulla previsione della condotta da tenere, cioè sull'interpretazione giuridica del precetto come integrato, o derogato, dal contratto collettivo invalido. L'errore che esclude la responsabilità può riguardare, è vero, anche l'interpretazione delle norme, ma deve trattarsi di norme diverse dal precetto, laddove è bene ribadire che le clausole negoziali sono parte di questo.

Posto ciò, in linea di principio, è ancora necessario verificare se l'errore sul precetto in esame sia evitabile con l'ordinaria diligenza, e come tale irrilevante, oppure sia inevitabile secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 364/1988 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 c.p.. La giurisprudenza ha stabilito che è inevitabile l'ignoranza sul precetto laddove sia stata indotta da un elemento positivo, estraneo alla condotta dell'agente, idoneo a determinare un errore scusabile (tra le altre, Cass. 14 marzo 2007, n. 5894; *ead.* 12 maggio 2006, n.11012). Inoltre, l'apprezzamento dell'inevitabilità dell'ignoranza del precetto violato va effettuato alla luce della conoscenza e dell'obbligo di conoscenza delle leggi che grava sull'agente, in relazione alla sua attività professionale, al suo dovere di informazione sulle norme, sull'interpretazione che di esse è data, che specificamente disciplinano l'attività che egli svolge (Cass. 22 novembre 2006, n. 24803).

Sulla base di tale orientamento giurisprudenziale, è certamente da escludere che l'eventuale contratto aziendale - di prossimità o meno - invalido possa costituire l'elemento positivo di esclusione della responsabilità, per il semplice motivo che il datore di lavoro ha concorso a determinarlo e non è, quindi, estraneo alla sua condotta. Ne deriva che la stipula, e la successiva applicazione, di un invalido contratto di livello aziendale non esime da responsabilità il datore di lavoro, perché questi ha contribuito, quantomeno con colpa, a tale invalidità. Invece, il contratto nazionale, o territoriale, potrebbe costituire l'elemento in questione se, ed in quanto che, a tale negoziazione il datore interessato sia rimasto estraneo. Nondimeno, come correttamente osservato in dottrina, qui occorre verificare se il titolare aziendale sia un *quisque de populo* al quale è richiesta un'ordinaria conoscenza, ovvero se sia un agente qualificato dal quale possa pretendersi un obbligo di conoscenza specifico in ordine alle norme che disciplinano il relativo settore di attività. In altri termini, bisogna chiedersi se il datore di lavoro che decida di applicare un contratto collettivo sia

gravato dell'onere non solo di conoscerne le clausole, ma anche di apprezzarne gli eventuali profili di illegittimità, per le conseguenze sfavorevoli che potrebbe ricavarne. Sembra di poter dire che sul datore di lavoro, in quanto agente qualificato sul piano dell'attività produttiva svolta, gravi un onere di diligenza nel senso di esaminare attentamente, prima di applicarle, le clausole contrattuali così da evitare difformità delle stesse rispetto ai vincoli comunitari, costituzionali e normativo-primari. Non si può negare, infatti, che i contenuti del contratto collettivo, che liberamente si è scelto di applicare, costituiscono parte importante dell'attività produttiva dell'imprenditore. Ne deriva che, per il principio di autoresponsabilità, l'applicazione di un contratto illegittimo non può costituire idonea causa di esenzione da pena. Naturalmente, l'agente va invece scusato nelle ipotesi oggettivamente dubbie, tali da determinare gravi contrasti interpretativi sulla contrarietà della clausola contrattuale rispetto ai suoi parametri di legittimità.

In ogni caso, va detto che, per costante orientamento pretorio, nel sistema dell'illecito amministrativo la colpa si presume, e chi invoca l'errore è onerato della relativa prova (Cass. 19 gennaio 2000, n. 536). Sicché, in sede ispettiva la questione non presenta particolare rilevanza, poiché il personale di vigilanza non è tenuto ad accertare l'elemento soggettivo, salvo che la medesima venga posta dall'interessato; in tal caso, è da ritenere che l'organo accertatore debba valutare la sussistenza della colpevolezza dell'agente, come discende dalla regola pretoria menzionata. Ovviamente, la problematica ha rilievo in sede contenziosa, sia amministrativa che giurisdizionale, ove venga sollevata dall'interessato.

## Capitolo III

### **Le singole fattispecie sanzionatorie “delegificate”**

#### **Premessa: necessità di una trattazione di “parte speciale”**

L'analisi del modello integrativo legge-contrattazione collettiva richiede la trattazione delle principali violazioni amministrative in cui è previsto il concorso delle fonti suddette. L'illustrazione delle singole fattispecie sanzionatorie è utile, anzi è necessaria per comprendere il modello generale di integrazione funzionale tra legge e trattazione collettiva, poiché è dalle concrete caratteristiche delle prime che è possibile realizzare il processo di astrazione che conduce al secondo. In proposito, si può profilare una comparazione con il diritto penale, laddove si concorda che lo studio della parte speciale, relativa alle singole figure di reato, è funzionale alla comprensione della parte generale, relativa alle regole ed ai principi applicabili a tutto il sistema. Nello studio del presente modello, l'analisi delle varie fattispecie si rivela ancora più necessario che nel sistema penale, giacché nel nostro caso non esistono regole codificate del paradigma generale. Sicché, le fattispecie, più che essere contributi alla comprensione del fenomeno, si possono ritenere elementi direttamente costitutivi del sistema.

Non è superflua, in proposito, l'avvertenza che la disamina sarà limitata al rapporto tra le due fonti della disciplina sanzionatoria, poiché obiettivo del presente studio è l'analisi del modello integrativo funzionale nel sistema sanzionatorio. Pertanto, non saranno analizzate in dettaglio le varie figure di illecito, nei loro molteplici profili problematici, ma solo le questioni che attengono al suddetto rapporto tra legge e trattazione collettiva e alle modalità attraverso cui l'autonomia collettiva incide sul trattamento sanzionatorio. Si vedrà che tali modalità sono condizionate non solo dall'astratto schema normativo che prevede l'integrazione, ma anche dagli strumenti accertativi di cui l'organo ispettivo dispone ai fini dell'esercizio del proprio potere di verificare, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. b) del d.lgs. 124/2004, la corretta applicazione della trattazione collettiva.

## 1. L'art. 509 c.p. Inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro

L'art. 509 c.p. costituisce il prototipo del modello integrativo tra legge e contrattazione nel diritto sanzionatorio. Esso, sotto la rubrica «Inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro», dispone: «Il datore di lavoro o il lavoratore, il quale non adempie gli obblighi che gli derivano da un contratto collettivo [o dalle norme emanate dagli organi corporativi], è punito con la sanzione amministrativa da euro 103 a euro 516». Ovviamente, la disposizione non interessa in sé, anche in considerazione della sua pressoché nulla portata applicativa – essa si applica solo ai tuttora vigenti contratti corporativi di cui all'ordinamento fascista (Circ. 161/1995) -, bensì per il suo rilievo paradigmatico di costruzione di una fattispecie sanzionatoria attraverso un precetto previsto esclusivamente dalla contrattazione collettiva. È evidente, infatti, come il trasgressore sia punito per la violazione di un comportamento contemplato in un contratto collettivo, mentre la legge non svolge alcuna funzione suppletiva. Sicché, l'intervento della contrattazione collettiva si rivela indispensabile alla sussistenza in concreto ed alla operatività della fattispecie.

La Corte Costituzionale (Sentenza 17 aprile 1957, n. 55) ha precisato che tale norma si sottrae al conflitto con l'art. 39 Cost., giacché ragione e fondamento della norma penale contenuta nel citato art. 509, primo comma, sono non già la tutela dell'ordine corporativo ma il processo formativo dei contratti collettivi allora stipulati e soprattutto nella loro efficacia cogente nei confronti di tutti gli appartenenti alle categorie rappresentate dalle organizzazioni sindacali partecipanti alla stipulazione. Si ha cioè riguardo alla imperatività e alla inderogabilità dei contratti stessi e all'interesse collettivo collegato alla loro attuazione. Ne consegue, secondo la Corte, che la disposizione dell'art. 43 del D.L.L. 23 novembre 1944, n. 369, sancendo la conservazione dei contratti collettivi formati prima della soppressione dell'ordinamento corporativo, porta come effetto la sopravvivenza della norma penale diretta a garantire la osservanza dei contratti stessi. I giudici aggiungono che anche secondo l'art. 39 Cost. i contratti collettivi e la loro efficacia *erga omnes* sono considerati come lo strumento più idoneo a comporre i conflitti di interessi fra imprenditori e prestatori d'opera.

Nonostante l'avallo giudice delle leggi, la maggiore criticità dell'art. 509 cit. deriva dal suo rapporto con i principi di riserva di legge e di tassatività, giacché la disposizione opera un rinvio in bianco all'autonomia collettiva e limita il ruolo della legge alla mera funzione autorizzatoria dell'autonomia collettiva (cfr. Cap. 2, § 5). Resta la scarsa portata pratica della questione, atteso che l'ambito di operatività della norma è ormai del tutto prossimo all'irrilevanza.

## 2. La violazione degli obblighi dei minimi inderogabili (L. 741/1959)

Un'ulteriore fattispecie che replica lo schema della contrattazione come precetto e della legge come sanzione è l'art. 8 della legge 14 luglio 1959, n. 741. Tale disposizione punisce l'inosservanza delle norme giuridiche aventi forza di legge dirette ad assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria. Queste norme – nella forma di decreti governativi - recepirono clausole collettive sui minimi inderogabili di trattamento economico e normativo previsti dai contratti collettivi *erga omnes*, stipulati anteriormente al 3 ottobre 1959, data di entrata in vigore della legge suddetta. Anche tale fattispecie ha una portata applicativa residuale, prossima all'irrilevanza, posto che i contratti collettivi resi efficaci *erga omnes* con tale disciplina sono stati pressoché tutti sostituiti con altrettanti contratti di diritto comune, ai quali l'illecito in parola non può applicarsi.

Sanzionando il comportamento del datore di lavoro che non osserva «le norme giuridiche aventi forza di legge» che recepiscono i minimi previsti dai contratti collettivi, la fattispecie prevede indirettamente la violazione delle clausole contrattuali collettive contenenti tali minimi. Sicché, la riserva di legge è solo formalmente rispettata, ma nella sostanza è violata, poiché i decreti governativi che attuarono la disposizione di cui all'art. 1 della legge 741 cit. si limitarono a recepire i trattamenti previsti nei testi contrattuali. Del resto, tale normativa si poneva in contrasto palese con l'art. 39 Cost., seconda parte, ma fu dichiarata legittima dalla Corte Costituzionale, con la nota sentenza 11 dicembre 1962, n. 106, che confermò la violazione della disposizione costituzionale, pur non espungendo la norma censurata dall'ordinamento in virtù della sua natura «transitoria, provvisoria ed eccezionale». In ogni caso, la rilevanza concreta della disciplina è scarsa, o nulla, posto che risulta arduo il reperimento di contratti allora recepiti con i decreti detti.

Nella pratica, una delle rare ipotesi di applicazione della fattispecie è quella del mancato accantonamento degli emolumenti relativi alle ferie, gratifica natalizia e all'anzianità, nonché interventi prevenzionistici, sanitari e formativi presso le Casse edili, in quanto tale obbligo era stato previsto dal CCNL per gli addetti delle piccole e medie industrie edili e affini, reso efficace *erga omnes* dalla legge n.741 cit.. (cfr. Cass. SS.UU. 15 gennaio 2005, n.1327).

### 3. I tempi di lavoro (d.lgs. 66/2003)

Quella dei tempi di lavoro costituisce la materia nella quale il Legislatore, relativamente alle figure di illecito amministrativo, ha fatto maggiore ricorso alla tecnica di integrazione tra legge e contrattazione collettiva.

Una prima notazione generale s'impone: il sistema sanzionatorio dei tempi lavorativi è strutturato attraverso la discutibile tecnica del rinvio da parte della disposizione sanzionatoria a quella precettiva, che già di per sé pone notevoli problemi di lettura della complessiva fattispecie illecita così determinata. Detta tecnica, infatti, rende spesso incerta l'esatta individuazione del precetto, nella misura in cui il rinvio è operato in maniera generica ed indeterminata. Ad es. si applica la sanzione X per la violazione dell'articolo Y, laddove se quest'ultimo contempla – come non di rado accade – una pluralità di comportamenti, si pone il costante dubbio se il Legislatore abbia inteso riferirsi a tutti o soltanto ad alcuni di essi. Ad appesantire il quadro sono le numerose deroghe, esclusioni e rinvii alla contrattazione collettiva, disseminati in buona parte del *corpus* normativo del d.lgs. 66/2003. Per di più, la disciplina è stata oggetto, in un periodo di poco superiore al decennio, di ben quattro interventi riformatori. In ragione di ciò, l'interprete è costretto ad una davvero complicata opera di ricostruzione della fattispecie sanzionatoria da applicare nel caso concreto, che si aggrava ulteriormente allorché si tratta di ricercare la disciplina *ratione temporis* applicabile *ex art.* 1 della legge 689/81. Da tutto ciò si ricava che talvolta il comportamento vietato non è chiaramente conoscibile, con la conseguente configurazione di altrettante norme sanzionatorie “in bianco”, e, quindi, non lievi questioni di tassatività delle fattispecie.

Sempre sul piano generale, deve rilevarsi che l'art. 1, comma 2, lett. m) definisce i contratti collettivi richiamati nel *corpus* normativo come i «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative». Un problema che la definizione pone riguarda l'omesso riferimento ai livelli di contrattazione: l'interrogativo emergente afferisce alla possibilità che la definizione ricomprenda, oltre che la contrattazione nazionale, anche quella di secondo livello, territoriale e/o aziendale. La dottrina maggioritaria propende per la soluzione estensiva ed anche il Ministero del lavoro ha aderito a questa impostazione (Circolare n. 8/2005). Prescindendo da ulteriori considerazioni, sul piano sistematico la vigenza dell'art. 8 della legge n. 148/2011, indicante anche la materia dell'orario di lavoro tra quelle del proprio ambito di applicazione, rende necessitata la risposta estensiva. Sicché, l'art. 8 consente di ritenere che ormai

tutta la disciplina dell'orario di lavoro, ivi comprese le sanzioni, è derogabile da contratti di prossimità, siano essi territoriali o aziendali. Nondimeno, tale considerazione non è sufficiente ad esaurire la portata dell'art. 8 cit. sulla normativa dei tempi di lavoro; invero, al contrario dei rinvii alla contrattazione collettiva previsti dal d.lgs. 66/03 cit., detta disposizione – riferendosi genericamente alla disciplina dell'orario di lavoro - non pone limiti di alcun tipo alle clausole negoziali. Di conseguenza essa, per i livelli contrattuali decentrati, sembra svuotare di significato le norme del d.lgs. 66 cit., le quali dispongono rinvii alla fonte autonoma circoscrivendone l'ambito di operatività. Bisogna, è vero, considerare che la contrattazione di prossimità è a monte soggetta a limiti e condizioni e che, quindi, l'area di applicabilità di quest'ultima può non coincidere con quella di un patto collettivo di secondo livello che ad essa non si richiama. Tuttavia, si è da più parti osservato in sede ermeneutica, che tali restrizioni sono più teoriche che reali, essendo quelle per materia riferibili praticamente a quasi tutto il diritto del lavoro, quelle ordinamentali ampiamente scontate al limite della superfluità, ed infine quelle teleologiche così ampi da sconfinare anch'essi nell'area delle pure astrazioni. Sicché, se tale ragionamento è fondato, oggi qualunque contrattazione di secondo livello potrebbe, in pratica, essere ricondotta all'art. 8 cit., salvo espressa esclusione delle parti stipulanti. Bisogna comunque registrare che tale conclusione non è pacifica in dottrina, giacché secondo altro orientamento sussisterebbe la facoltà di scelta della contrattazione aziendale tra la norma speciale che prevede la possibilità di stipula di un contratto di secondo livello – con conseguente applicazione del tradizionale orientamento della giurisprudenza, che afferma l'equiparazione delle pattuizioni nazionali e decentrate - e l'art. 8 cit., con le opportunità ed i vincoli in esso previsti.

La contrattazione di prossimità, com'è noto, può derogare anche alla contrattazione nazionale: ne consegue che, in tema di orario di lavoro, è ben possibile che essa deroghi, a sua volta, alle deroghe nazionali. In argomento, parte della dottrina ha individuato una criticità, giacché mentre le deroghe del contratto nazionale hanno efficacia soggettiva di diritto comune, quelle di prossimità hanno efficacia *erga omnes* con riferimento ai lavoratori. Ne deriva una situazione per cui le deroghe del livello nazionale, che si applicano *inter partes*, sono sostituite da clausole derogatorie che, invece, si applicano nei confronti di tutti i dipendenti del livello decentrato interessato, con inevitabile profilo di contrasto con l'art. 39, seconda parte, Cost.. Tuttavia, nel diritto sanzionatorio tale questione non rileva, posto che, come già osservato (Cap. 2, § 7-b), non si pone un vero e proprio problema di efficacia soggettiva generale nei confronti dei prestatori, riguardando tale efficacia esclusivamente l'applicazione delle sanzioni al datore di lavoro, cosicché la sfera giuridica dei medesimi resta intatta.

Ciò premesso, bisogna esaminare le figure di illecito che contemplano la compartecipazione del contratto collettivo.

#### **a) Superamento del limite massimo dell'orario di lavoro**

L'art. 4, comma 2 del d.lgs. 66/2003 dispone: «La durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario». Il comma 3 stabilisce: «Ai fini della disposizione di cui al comma 2, la durata media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento a un periodo non superiore a quattro mesi». Così il comma 4: «I contratti collettivi di lavoro possono in ogni caso elevare il limite di cui al comma 3 fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi». L'art. 18 bis, comma 3, prevede una sanzione amministrativa per la violazione dell'obbligo di osservanza della durata media dell'orario di lavoro.

In tale ipotesi illecita, si assiste all'ordinario schema dell'integrazione funzionale tra legge e contratto: il contratto collettivo, anche di livello decentrato, svolge una funzione derogatoria del precetto normativo, il quale è applicabile in via sussidiaria, in mancanza della previsione autonoma. Peraltro, mentre la prima deroga possibile, quella dell'innalzamento del limite fino a sei mesi, è libera («in ogni caso»; ad es. art. 119 del CCNL "Commercio"), l'altra, quella relativa all'elevazione fino a dodici mesi, è condizionata dalla sussistenza delle ragioni obiettive che devono essere specificate nei contratti collettivi.

È necessario puntare l'attenzione su una questione che, riguardando l'attività ispettiva, può condizionare gli esiti applicativi delle norme in esame. Essa attiene alla sindacabilità delle ragioni oggettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro richieste dall'art. 4, comma 4, ai fini della validità – secondo la tesi preferibile - delle clausole contrattuali che dilatano il periodo da sei a dodici mesi. Ammesso, dunque, che l'omessa indicazione delle ragioni determini l'invalidità della deroga contrattuale, l'interrogativo emergente si riferisce alla possibilità del sindacato ispettivo in merito, nonché sui suoi eventuali limiti. La risposta affermativa alla questione principale sembra discendere dall'art. 7, lett. b) del d.lgs. 124/2004, il quale conferisce il potere di vigilanza all'organo ispettivo sull'applicazione delle previsioni dell'autonomia collettiva. In tal senso, il personale ispettivo è legittimato a verificare la sussistenza delle ragioni, almeno sul piano formale, cioè il riferimento testuale ad esse nel contratto, così come a verificare l'idoneità delle formulazioni negoziali ad integrare valide causali; sicché motivazioni eccessivamente generiche ed indeterminate equivalgono a motivazioni insussistenti. Sul piano sostanziale, il discorso è più complesso, poiché

si tratterebbe di verificare la corrispondenza delle enunciazioni contrattuali alla realtà aziendale. In generale, la risposta negativa è circoscritta ai casi in cui una tale verifica si tradurrebbe in un controllo di merito, comunemente rigettato anche in riferimento ai poteri giudiziari, sulle scelte organizzative del datore di lavoro. Viceversa, laddove una tale valutazione non impingesse nelle decisioni tecniche aziendali, ma si limitasse alla verifica della sussistenza in concreto delle causali, il controllo sarebbe ammissibile. Ad es., il CCNL “Metalmeccanici industria” stabilisce che per gli impianti che richiedono un lavoro ininterrotto di 7 giorni alla settimana, la durata normale dell’orario di lavoro risulterà da una media plurisettimanale con un massimo di 48 ore settimanali, calcolata su un periodo massimo di un anno; è evidente che l’organo ispettivo deve ritenere inoperante la clausola nell’ipotesi in cui l’azienda ispezionata non abbia impianti a ciclo continuo funzionanti.

Dalle osservazioni svolte derivano rilevanti conseguenze sull’attività ispettiva, giacché l’organo procedente dovrà prescindere dalle clausole contrattuali oggetto di valutazione negativa sulla sussistenza delle ragioni giustificatrici, ed applicare quindi il periodo di quattro mesi stabilito dalla legge, o meglio il diverso periodo di sei mesi, come proposto in dottrina sulla base della condivisibile notazione secondo cui l’estensione negoziale del limite legale al semestre è libera da vincoli motivazionali.

Per quanto riguarda l’art. 8 della legge 148 cit., il contratto di prossimità non può contemplare un periodo di riferimento più lungo dell’anno, né elevare il limite delle 48 ore, che costituiscono, come noto, le cornici comunitarie entro cui sono ammesse le norme nazionali (artt. 16 e 19 della Direttiva 2003/88/CE). Ovviamente, possono derogare alle eventuali deroghe contrattuali nazionali alla legge. Restano ferme le considerazioni svolte sul potere ispettivo di verifica della legittimità degli accordi di prossimità (Cap. 2, § 11).

## **b) Violazioni concernenti lo straordinario**

L’art. 5, comma 3 del d.lgs. 66 cit. stabilisce: «In difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le duecentocinquanta ore annuali». Peraltro, il comma 4 dell’art. 5 cit. ammette le seguenti ipotesi di deroga, che – si badi - possono essere a loro volta derogate dai contratti collettivi:

- nei casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive con impossibilità di fronteggiarle mediante assunzione di altri lavoratori;

- nei casi di forza maggiore o di pericolo grave e immediato o ancora di danno alle persone o alla produzione;
- in occasione di altri eventi particolari (mostre, fiere, manifestazioni etc.).

Quindi, in tali casi, è ammesso il ricorso al lavoro straordinario anche oltre i limiti di legge. Tuttavia, le deroghe previste dalla legge possono essere a loro volta derogate dalla contrattazione collettiva. Considerata l'assoluta genericità della lettera della legge («Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi»), tale facoltà di deroga deve ritenersi multidirezionale: sia in senso ampliativo delle ipotesi di legge, sia in senso restrittivo, fino all'esclusione di talune o di tutte dette ipotesi. Dunque, in tal caso, l'autonomia può incidere sulla sanzionabilità del datore di lavoro, anche rimuovendo ipotesi scriminanti e quindi peggiorando la posizione dei potenziali trasgressori. È evidente che, in tal modo, la legge ammette l'ipotesi di deroghe *in pejus*, ai fini sanzionatori, nei confronti dei datori di lavoro. Anche qui, atteso che la legge tace sul punto, le deroghe sono introducibili da qualunque livello di contrattazione.

La violazione delle disposizioni previste dall'articolo 5, commi 3 e 5, è punita, dall'art. 18 *bis*, comma 6, con le sanzioni ivi previste per le varie ipotesi considerate. Anche in tal caso, il contratto collettivo opera in funzione derogatoria e la legge in funzione suppletiva («In difetto di disciplina collettiva applicabile», «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi»). La disposizione in esame dimostra quanto sopra sostenuto in merito alle incertezze determinate dalla tecnica normativa del rinvio tra precetto e sanzione. Invero, posto che la legge sanziona indistintamente l'art. 5 comma 3, si può ritenere che il trattamento punitivo riguardi non solo il limite temporale ivi fissato, ma anche l'ipotesi di imposizione unilaterale dello straordinario da parte del datore, cioè la mancanza dell'accordo prescritto dalla norma. Ciò almeno in assenza di previsioni collettive, le quali possono derogare, secondo la dottrina maggioritaria, al vincolo consensuale e legittimare la scelta unilaterale del datore. A titolo esemplificativo, il CCNL "Area tessile moda" del 3 dicembre 2010, prevede deroghe al principio di volontarietà dello straordinario in ipotesi di manutenzione, fuori servizio di impianti ed inventario, nella quali dunque il datore può imporre le prestazioni *extra*; da segnalare il CCNL di Poste Italiane, che prevede il principio dell'obbligatorietà dello straordinario (art. 31), analogamente al CCNL Metalmeccanici industria, che lo estende anche al lavoro notturno e festivo. Peraltro, la dottrina non è concorde sul punto, sussistendo un orientamento che sostiene la riferibilità della sanzione al solo limite cronologico.

Come già osservato, il Ministero del lavoro con la circolare 8/2005 cit. si è posto il problema della sanzionabilità del datore di lavoro che applichi un contratto collettivo contenente un limite inferiore a quello di legge (ad es. art. 18 del contratto aziendale "Conad", che stabilisce il limite di 150 ore annue per dipendente, analogamente a quello "Hewlett Packard Italia", mentre quello

“Peroni” fissa il limite a 120 ore annue *pro capite*); il Dicastero ha stabilito che in tal caso debba applicarsi il limite legale. Viceversa si applica il limite contrattuale, in funzione scriminante, se superiore a quello legale (ad es. il contratto aziendale “Lidl”, che prevede un limite annuo di 400 ore per i lavoratori inquadrati nel primo livello). Sul piano operativo, le istruzioni del Ministero, essendo vincolanti per gli organi ispettivi, hanno l’effetto di uniformare il comportamento di questi ultimi verso l’applicazione del limite più favorevole per il datore di lavoro.

Senonché, oltre ai sopra espressi dubbi sulla fondatezza della tesi del Dicastero (Cap. 2, § 12), l’adozione della fonte di prassi in casi simili determina, in relazione alla certezza del diritto, almeno due ordini di problemi. Uno è che il personale ispettivo, a rigore, non è tenuto ad eseguire circolari *contra o praeter legem*, sicché l’utilizzo dell’atto di prassi non agevola, in termini di certezza appunto, la tenuta di un sistema governato dal principio di legalità. Peraltro, sul piano pratico è oltremodo raro che il personale ispettivo si discosti dalle istruzioni di una fonte di prassi proveniente da un superiore gerarchico, per “arrischiarsi” nell’applicazione diretta della legge. L’altra problematica è stata già analizzata e consiste nel fatto che, essendo quello del Ministero un intervento ermeneutico, può mutare nel tempo, come sembra essere avvenuto con Circolare 18/2014 ove, in tema di sanzione amministrativa per il contratto a termine, non si opera alcun riferimento all’applicazione del limite più favorevole per il datore di lavoro.

In merito alle possibili previsioni della contrattazione di prossimità, va notato che sussistono ampi margini di intervento, posto che non esiste una cornice comunitaria di riferimento, non essendosi la Direttiva 2003/88 cit. occupata del lavoro straordinario. Ad es., è possibile una deroga tanto all’obbligo di accordo quanto al limite annuale, quanto infine alle ipotesi scriminanti. Anche in dottrina si è ampiamente sottolineata l’illimitata facoltà di deroga da parte della contrattazione collettiva in tema di lavoro straordinario.

La sanzione si applica anche alla violazione delle norme di cui al comma 5 dell’art. 5 cit., che contemplano l’obbligo di computare a parte il lavoro straordinario e quello di compensarlo con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi di lavoro; inoltre, è previsto che l’eventuale disciplina collettiva consenta ai lavoratori, in alternativa o in aggiunta alle maggiorazioni retributive, di usufruire di riposi compensativi. In disparte l’ipotesi dell’obbligo di computo separato dello straordinario, in tali casi l’autonomia contrattuale opera sia in funzione di integrazione tecnica necessaria del precetto della figura di illecito, sia in deroga alla legge.

Nella prima direzione, il precetto è sufficientemente stabilito dalla legge nell’obbligo di retribuire maggiormente il lavoro straordinario rispetto a quello ordinario. Il contratto collettivo deve solo specificare il *quantum*, e non può essere che così in un ordinamento, come il nostro, che demanda all’esclusiva competenza dell’autonomia, collettiva ed individuale, la determinazione

della retribuzione dovuta ai prestatori. In proposito, perciò, non si può ritenere l'esistenza di alcuna criticità in relazione al principio di riserva di legge – come invece osservato in uno dei rari contributi dottrinali che si esprimono in argomento -, giacché l'autonomia contrattuale si limita a integrare tecnicamente il precetto, come la giurisprudenza ammette pacificamente (tra le altre, Cass. 1 giugno 2010, n. 13344). In tal senso, l'obbligo legale della maggiorazione retributiva delle ore di straordinario non è, come tale, derogabile dalla contrattazione, se non alla condizione – posta pur sempre dalla legge - della sua sostituzione con il riposo compensativo.

In relazione alla deroga vera e propria, afferente dunque all'ipotesi della sostituzione contrattuale della maggiorazione retributiva con il riposo compensativo, lo schema è invece quello più ricorrente della legge suppletiva e cedevole, compatibile - come osservato - con il principio di riserva di legge. Naturalmente, ai fini dell'operatività della deroga, non è sufficiente la previsione contrattuale, essendo invece necessario l'effettivo godimento dei riposi compensativi da parte dei lavoratori aventi diritto. Secondo l'orientamento del Ministero del lavoro, invero, la violazione si configura con il mancato riconoscimento del riposo compensativo previsto dal contratto collettivo (Circ. 8/2005). Ed in effetti tale soluzione è aderente alla *ratio* di tutela del lavoratore cui è ispirata la disposizione. In questo senso, il datore di lavoro andrà esente da sanzione, per non aver accordato ai prestatori maggiorazioni retributive, unicamente ove egli abbia effettivamente concesso i riposi compensativi nei modi e nei tempi previsti nell'accordo collettivo di riferimento.

### **c) Violazioni riguardanti i riposi dei lavoratori: generalità**

La materia dei riposi, sebbene notevolmente problematica per svariati aspetti applicativi ed interpretativi, non fa registrare particolari criticità sul fronte della relazione integrativa tra legge e contratto collettivo, salvo quanto si osserverà a breve. Ci si limiterà, dunque, ad analizzare taluni punti di interesse specifico in questa sede.

La maggiore questione generale emergente attiene al principio di tassatività, in relazione alla condizione legale imposta al fine della legittimità della deroga contrattuale per entrambi i tipi di riposo, giornaliero e settimanale (art. 17 comma 4 d.lgs. 66 cit.). Infatti, per poter derogare alle disposizioni in materia di riposi – ad es. in relazione alla regola della consecutività: cfr. interpello n. 13 del 29 maggio 2008 - i datori di lavoro devono accordare ai prestatori di lavoro periodi equivalenti di riposo compensativo, i quali, secondo la giurisprudenza comunitaria, devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodi di lavoro consecutivi (Corte Giustizia UE, sentenza c-151/02, caso *Jaeger*, richiamata nell'interpello n. 36 del 15 maggio

2009). Tuttavia, se non possono essere previsti dei periodi di riposo compensativo ai lavoratori interessati – deve trattarsi di «casi eccezionali ed oggettivi» secondo la circ. 8/2005 cit. -, la legge prescrive testualmente che sia accordata loro una «protezione appropriata» (art. 17, comma 4 cit.). Non si fatica a scorgere in tale condizione un concetto vago ed indeterminato, prossimo ad una norma in bianco, per la palese genericità dell'espressione adoperata dal legislatore, che riproduce pedissequamente la corrispondente previsione comunitaria di cui all'art. 18, co. 3 della Direttiva 2003/88 cit., senza occuparsi di prevedere criteri o modalità per la sua attuazione. Peraltro, la rubrica dell'art. 18, co. 3, della Direttiva comunitaria - «Deroghe mediante contratto collettivo» -, lascia intendere che vi debba essere una previsione contrattuale in tal senso, con la conseguenza che la «protezione» non può essere rimessa alla determinazione unilaterale del datore di lavoro. Tale notazione attenua, ma non elimina, il contrasto della disposizione con il suddetto principio di sufficiente determinazione della fattispecie, giacché si intravedono i tratti di un rinvio “in bianco” all'autonomia collettiva.

Come è stato ben osservato in dottrina, quanto meno i contratti collettivi qualificati ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 66, avvalendosi della facoltà di deroga offerta dalla norma, prevedano clausole dirette a specificare, sul piano tecnico o organizzativo, tali profili, tanto più ampi saranno i margini di interpreti ed operatori – tra cui il personale ispettivo - nel valutare se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate, rispetto alle finalità di tutela della salute perseguite sia dalla disciplina comunitaria sia dalla legislazione interna che ne costituisce attuazione. In caso di omessa, o insufficiente, specificazione, dovrà prescindersi dalla deroga contrattuale e ritenere operante la norma di legge suppletiva, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano sanzionatorio. Emerge in siffatta ipotesi, con ogni evidenza, proprio quel rischio consistente nell'ampia discrezionalità dell'interprete chiamato ad applicare la disposizione, che il principio di determinazione della fattispecie sanzionatoria intende scongiurare.

In questo quadro, è degna di nota la clausola di cui all'art. 120, ult. co., in tema di riposo giornaliero, del CCNL “Commercio”, laddove si stabilisce che «...al fine di garantire la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, le parti convengono che la garanzia di un riposo minimo continuativo di almeno 9 ore rappresenta un'adeguata protezione degli stessi». Tale clausola è posta quale pretesa condizione legittimante, ai sensi dell'art. 17, comma 4 cit., delle deroghe al principio della consecutività delle 11 ore di riposo quotidiano (cfr. lett. *d* di questo §); ebbene, essa sembra confermare, in maniera esemplare, i timori sopra espressi. In sostanza, lungi dallo specificare in cosa dovrebbe consistere, sul piano tecnico od organizzativo, la “protezione appropriata” del lavoratore cui è negato il riposo nella misura legale, la previsione negoziale si limita a riportare una mera opinione delle parti stipulanti, sicché la sua invalidità, o meglio irrilevanza, è evidente. Per di

più non si prevedono riposi compensativi, né motivi per i quali questi non possano essere accordati. Si ritiene, pertanto, che il personale ispettivo possa legittimamente prescindere da clausole siffatte e procedere ad adottare le conseguenti misure accertative di illecito.

Anche in simili ipotesi, ai fini dell'operatività delle deroghe, si deve ritenere non sufficiente la previsione contrattuale, essendo necessario l'effettivo godimento dei riposi compensativi da parte dei lavoratori aventi diritto. In questo senso, il datore di lavoro andrà esente da sanzione, per non aver accordato ai prestatori i riposi, unicamente ove egli abbia effettivamente concesso i riposi compensativi, o abbia attuato idonee misure di "protezione appropriata".

#### **d) Riposo giornaliero**

L'art. 7 del d.lgs. 66/03 stabilisce che il lavoratore ha diritto, ogni ventiquattro ore, a undici ore di riposo consecutivo. Inoltre, il riposo giornaliero deve essere fruito in modo consecutivo, con le eccezioni delle attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità. La sanzione è stabilita dall'art. 18 *bis*, comma 4, nelle misure previste per le varie ipotesi, graduate secondo la gravità del fatto.

Anche in tal caso, per la completa ricostruzione della fattispecie, è necessario individuare il regime delle deroghe contrattuali, contemplate nell'art. 17, comma 1 dello stesso decreto. I contratti collettivi legittimati sono quelli stipulati, a livello nazionale, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Peraltro, il livello nazionale è richiamato dalla norma solo in linea di principio, giacché, in sua assenza «le deroghe possono essere stabilite nei contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»; naturalmente, a tali deroghe vanno ora aggiunte quelle della contrattazione di prossimità.

Sul piano della struttura, la fattispecie in questione è articolata seguendo il paradigma ordinario del precetto legislativo suscettibile di deroga da parte dell'autonomia collettiva. Ne deriva che non sorgono dubbi sulla sua compatibilità con il principio di legalità.

La deroga che può essere attivata dai contratti, anche decentrati, riguarda il principio di consecutività del riposo. Peraltro, si è già osservato che tali deroghe restano subordinate alla condizione che ai prestatori di lavoro siano accordati 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 (art. 17, comma 4 cit.). In tale contesto normativo, chiaro nel prevedere le condizioni di validità delle deroghe, stupisce che siano stipulate clausole, come nel contratto aziendale

“Esselunga” del 9 dicembre 2004, che stabiliscono, in maniera generica ed indeterminata, deroghe al principio detto, ignorando la disposizione imperativa di cui al comma 4 dell’art. 17 cit.. Tali deroghe, pertanto, sono da ritenersi senz’altro *tamquam non essent*, con tutte le conseguenze sanzionatorie che ne discendono in caso di violazione della regola della consecutività del riposo.

#### **e) Riposo settimanale**

Secondo l’art. 9, comma 1, il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo - calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni - di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero. Il comma 2 prevede una serie di eccezioni, tra cui l’esaminata possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre deroghe alle esaminate condizioni dei riposi compensativi e della «protezione appropriata» (art. 17 comma 4). Posto che la legge non specifica i livelli di contrattazione e che la norma generale di cui all’art.1, comma 2, lett. m) richiama anche il livello decentrato, in dottrina si è plausibilmente sostenuta la legittimazione alla deroga da parte dei contratti aziendali.

Il Ministero del lavoro, con la Circolare n. 8/2005 ha invitato il personale ispettivo a verificare la sussistenza di eventuali deroghe contrattuali della disciplina di cui al d.lgs. 66 cit., al fine di individuare correttamente le norme applicabili al caso concreto.

La disposizione di cui all’art. 9 cit. è stata giustamente oggetto di numerose critiche in sede ermeneutica, per il contrasto tra il suo ampio ed indeterminato, a tratti caotico, spettro di deroghe ed eccezioni e la rigida disciplina vincolistica, comunitaria e costituzionale, cui è soggetta la materia. Quindi, stando alla formulazione letterale della disposizione, la contrattazione avrebbe notevole libertà nel fissare le deroghe; nondimeno, bisogna tenere conto dei limiti delle discipline superiori, anche come interpretate dalle Corti Costituzionale e di Giustizia UE. In tal senso, come evidenziato da parte della dottrina e dal Ministero del lavoro in vari interpelli, le possibilità di deroga sono variamente ristrette con riferimento alla periodicità, alla consecutività ed al cumulo con il riposo giornaliero; viceversa, è più estesa la facoltà di derogare alla regola della coincidenza del riposo con la domenica.

Riguardo al principio di consecutività, molteplici interventi ermeneutici del Ministero del lavoro hanno contribuito a chiarire la possibilità di derogarvi. I principi di consecutività delle ventiquattro ore di riposo e di cumulo con il riposo giornaliero sanciti dal primo comma dell’art. 9 d.lgs. n. 66/2003 possono essere derogati da parte dei contratti collettivi a condizione che ai prestatori di lavoro siano accordati 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 (interpello n. 29 del 20 marzo 2009).

Il principio del cumulo tra riposo settimanale e giornaliero può essere derogato dai contratti collettivi di cui alla lett. d), a condizione che la concreta soluzione organizzativa individuata dall'azienda consenta di evitare la deroga anche al principio di infungibilità dei due riposi (interpello n. 30 del 11 ottobre 2007). In tale ultimo caso, difatti, l'interpretazione della norma contrasterebbe con quella fornita dalla Consulta in materia di infungibilità tra le diverse tipologie di riposi (Corte Cost. 28 aprile 1976, n. 102).

Per quanto concerne la periodicità, ai sensi dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 66 cit., il riposo settimanale consecutivo è calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni. La previsione normativa, risulta coerente non solo con le direttive europee di riferimento (direttiva n. 93/104/ce; direttiva 2000/34/ce), ma anche con la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione – richiamate anche nella prassi ministeriale (circ. n. 8/2005 e risposte ad interpello n. 2186/2005 e n. 29/2007) – che ha precisato come la regola del riposo settimanale possa essere derogata, mediante accordi collettivi o individuali, in caso di sussistenza di interessi apprezzabili della produzione e garantendo in ogni caso il mantenimento di una media di 6 giorni di lavoro e 1 di riposo con riferimento ad un arco temporale complessivo, in modo da non snaturare o eludere la periodicità tipica della pausa, arco temporale che la novella apportata al d.lgs. n. 66/2003 ha fissato, appunto, in quattordici giorni (interpello n. 29/2009 cit.).

Riguardo alla deroga al riposo domenicale, essa non presenta particolari criticità, come precisato nell'interpello n. 26 del 27 giugno 2011 e interpello n. 29 del 11 ottobre 2007.

Su ciascuno di tali aspetti, naturalmente, può intervenire anche la contrattazione di prossimità.

#### **f) Violazioni in materia di ferie**

A norma dell'art. 10, comma 1 del d.lgs. 66/2003, il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, va goduto per almeno due settimane - consecutive in caso di richiesta del lavoratore - nel corso dell'anno di maturazione; le restanti due settimane possono essere concesse nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione. In caso di violazione di tali disposizioni, l'art. 18 *bis*, comma 3 prevede la sanzione amministrativa da 100 a 600 euro.

Come precisato nella circolare n. 8/2005 cit., la disposizione contiene tre distinti precetti, la cui violazione determina l'applicazione della sanzione citata:

1) obbligo di concedere un periodo di ferie di due settimane nel corso dell'anno di maturazione; la sanzione si applica in caso di mancata fruizione, anche in parte, delle due settimane entro l'anno;

2) obbligo di concedere due settimane consecutive di ferie, se richiesto tempestivamente – ai sensi dell'art. 2109 c.c. - dal lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione;

3) fruizione del restante periodo minimo di due settimane nei 18 mesi successivi all'anno di maturazione.

Ciascuno di tali precetti può essere derogato dalla contrattazione collettiva: in merito alle deroghe contrattuali bisogna soffermarsi su alcuni punti di rilievo. Innanzitutto, come è stato osservato in dottrina, la legge non pone limiti all'autonomia contrattuale, sicché le deroghe possono essere introdotte discrezionalmente, salvi i limiti costituzionali e comunitari, anche come interpretati dalle Corti superiori. Ad esempio, i contratti dovranno rispettare i principi stabiliti dalla sentenza n. 543/1990 della Corte Costituzionale, la quale ha statuito che le deroghe al diritto al godimento infra-annuale delle ferie possono essere previste solo per l'insorgere di situazioni eccezionali non previste né prevedibili, e non per generiche e immotivate esigenze di servizio. Secondo il Ministero del lavoro, inoltre, la contrattazione collettiva può ridurre il limite delle due settimane per cui è obbligatorio il godimento infra-annuale, purché tale riduzione non vanifichi la funzione ristoratrice dell'istituto feriale e sia occasionata da eccezionali esigenze di servizio o, comunque, da "esigenze aziendali serie" (Interpello n. 4908 del 18 ottobre 2006). Il medesimo atto di prassi ministeriale ha anche chiarito che è ammessa la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare al tetto massimo dei 18 mesi per la fruizione delle settimane di ferie per le quali non vi è l'obbligo di godimento infra-annuale. Tuttavia, precisa il Dicastero, la contrattazione non potrà rinviare il godimento delle ferie oltre un limite tale per cui la funzione delle stesse ne risulti snaturata. Dall'impostazione ministeriale discende che la valutazione circa tale "snaturamento" è demandata alla discrezionalità interpretativa del testo negoziale da parte del personale ispettivo e del giudice.

In secondo luogo, anche in tal caso il generico riferimento alla contrattazione collettiva e la precisazione di cui alla lett. m) dell'art. 1, fanno propendere per la possibilità di deroga anche da parte della contrattazione di secondo livello. Peraltro, dovrebbe ritenersi ammissibile anche l'intervento della contrattazione di prossimità, sempre che si interpreti in senso estensivo la lett. d) del comma 2 dell'art. 8 della legge 148/2011, che si riferisce genericamente alla disciplina dell'orario di lavoro.

In ultimo, va osservato che l'intervento dell'autonomia collettiva è previsto nell'ordinario schema del rapporto precetto legislativo cedevole – deroga contrattuale, sicché non sorgono criticità con i principi generali delle sanzioni amministrative e, segnatamente, con la riserva di legge.

Il Ministero del lavoro ha ribadito, in riferimento alla disciplina delle ferie, il proprio orientamento circa la funzione di esimente delle deroghe contrattuali collettive. Il Dicastero si è espresso nel senso che sussiste «la possibilità per le parti sociali di introdurre una disciplina modificativa che, sotto un profilo sanzionatorio, dia luogo ad una serie di esimenti che determinano la non punibilità della condotta quando la stessa, pur derogando alle disposizioni di legge, sia conforme alla previsione contrattuale» (circ. 8 cit.). Secondo la citata prassi ministeriale, in particolare, la contrattazione collettiva può ampliare il periodo di ferie di quattro settimane ma resterebbe ferma «ovviamente» la sanzionabilità per la sola violazione del minimo legale. Inoltre, la contrattazione collettiva può prevedere un termine massimo di fruizione del periodo di ferie minore di quello legale - 18 mesi successivi all'anno di maturazione -, ma la punibilità resta subordinata alla sola violazione del limite di legge.

Ebbene, in questa sede non si può che ribadire quanto già affermato in precedenza circa l'insostenibilità della posizione ministeriale (cfr. cap. 2, § 12). Si può in tal caso aggiungere che, in assenza dell'esternazione di motivazioni, l'assunto di prassi sembra condizionato dal timore di disincentivare le deroghe *in melius* per i lavoratori. Da tale punto di vista, eminentemente “pragmatico”, la tesi può effettivamente essere condivisa; tuttavia, sul piano giuridico, le perplessità sopra espresse restano intatte anche in tali ipotesi.

#### **g) Violazioni in materia di lavoro notturno**

L'art. 13, comma 1 dispone che l'orario dei lavoratori notturni non può superare le otto ore in media nelle ventiquattro ore, salva l'individuazione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, di un periodo di riferimento più ampio sul quale calcolare come media il suddetto limite. La violazione di tale disposizione è soggetta alla sanzione amministrativa da euro 51 a 154, per ogni giorno e per ogni lavoratore adibito al lavoro notturno oltre i limiti previsti (art. 18 *bis*, comma 7 d.lgs. 66 cit.). Nonostante le perplessità espresse dalla dottrina sul senso da attribuire ad una media da calcolare sulle 24 ore, secondo la citata circolare 8/2005 tale limite costituisce una media fra ore lavorate e non lavorate pari ad  $\frac{1}{3}$  ( $\frac{8}{24}$ ) che, in mancanza di una esplicita previsione normativa, può essere applicato su di un periodo di riferimento pari alla settimana lavorativa, salva l'individuazione da parte dei contratti collettivi di un periodo più ampio sul quale calcolare detto limite.

In questa ipotesi, il Legislatore ha espressamente attribuito anche alla contrattazione aziendale il potere di deroga, da taluni settori dottrinali ritenuto in contrasto con la direttiva comunitaria che affida la suddetta facoltà ai soli contratti nazionali o regionali (art. 16, n. 3 della direttiva 93/104/Ce). Vale quanto sopra precisato in merito alla possibilità di intervento dei contratti di prossimità, ai sensi dell'art. 8, comma 2 lett. d), cit.. Anche in questo caso, il modello sanzionatorio si attiene al rapporto ordinario tra norma legislativa suppletiva e clausola contrattuale derogatoria.

Il nodo problematico principale dell'intervento dell'autonomia attiene all'assenza di previsioni legali limitative dello stesso, ragion per cui il periodo sul quale calcolare la media può andare anche molto al di là della settimana lavorativa ipotizzata dal Ministero. Peraltro, un vincolo di carattere generale è sempre individuabile nel principio di ragionevolezza, in relazione ai profili di tutela della salute del lavoratore, come precisato nel citato Interpello n. 4908 in tema di ferie.

#### **4. L'apprendistato: il rinvio ai principi legislativi attuati dal contratto collettivo**

Il contratto di apprendistato è tradizionalmente materia in cui la legge ha offerto ampio spazio alla disciplina contrattuale collettiva. Nel solco di tale retaggio, già l'abrogato art. 2 del d.lgs. 167/2011, ed ora l'art. 42, comma 5 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 dispone che la disciplina del contratto di apprendistato è rimessa, in alternativa ad appositi accordi interconfederali, ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La disciplina collettiva, tuttavia, deve osservare taluni principi fissati dalla legge, tra i quali qui rilevano:

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 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;

L'art. 47, comma 2 del d.lgs. 81/2015 cit. punisce con la sanzione amministrativa da 100 a 600 euro il datore di lavoro che non osservi le disposizioni contrattuali collettive attuative dei "principi" sopra richiamati.

La disposizione menzionata deroga all'art. 51 del d.lgs. 81 cit., poiché abilita le sole associazioni nazionali dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, con ciò escludendo il livello decentrato di contrattazione dalla compartecipazione all'individuazione dell'illecito.

Va osservato che la previsione in esame si discosta dallo schema ordinario, già più volte citato, del rapporto legge-contratto collettivo. Invero nell'ipotesi in questione, secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento, la legge affida alla contrattazione il compito di fissare i precetti soggetti alla sanzione sopra indicata. Peraltro, la funzione precettiva dell'autonomia collettiva non è libera, ma è delimitata dalla fissazione dei principi da parte della legge. Dunque, la parte della legge non è suppletiva ma, più precisamente, limitativa di precetti affidati, almeno formalmente, alla contrattazione collettiva.

Tale tecnica normativa desta qualche perplessità, poiché non rende sempre chiaro il confine tra l'intervento della fonte eteronoma e quello della fonte autonoma. In tal senso, bisogna considerare che almeno alcuni di quelli che il legislatore definisce «principi» appaiono, invece, regole precise e puntuali, che come tali non richiedono – o ne richiedono una assai limitata – attuazione. Si deve citare l'ipotesi di divieto del cottimo: trattasi evidentemente di norma imperativa la quale, per come è formulata, non ammette eccezioni, sicché è oltremodo arduo rinvenire uno spazio per la negoziazione che vada al di là di un mero richiamo. Ne discende che, in termini effettuali, il precetto da rispettare in tal caso sembra quello posto dalla legge, e da questo punto di vista non sorgerebbero criticità sistematiche di rilievo. In questa ottica si ritiene debba essere letta l'eliminazione, tra i pretesi principi da attuare in sede negoziale (cfr. l'art. 2, comma 1 dell'abrogato d.lgs. 167/2011), della regola della forma scritta del contratto (art. 42, comma 1 del d.lgs. 81/2015 cit.), la quale è ora infatti direttamente oggetto di previsione sanzionatoria dall'art. 47, comma 2 cit., senza un'intermediazione contrattuale priva di significato, salvo immaginare prescrizioni contrattuali specifiche ed ulteriori da ritenersi sottoposte alla sanzione di legge.

Ciò posto, vanno considerati taluni profili che potrebbero determinare criticità sistematiche ed applicative nel sistema predisposto dalla legge. Per quanto improbabile nella pratica, bisogna chiedersi quali sarebbero le conseguenze, sul piano sanzionatorio, di un'omessa disciplina contrattuale di attuazione dei principi detti. Invero, la legge, almeno sul piano letterale, sanziona l'inosservanza delle clausole contrattuali, non il mancato rispetto delle regole legislative di cui quelle dovrebbero costituire attuazione. Ne dovrebbe conseguire che la mancata attuazione o previsione, nemmeno sotto forma di rinvio (contenuto ad es. nel CCNL “Ceramica aziende industriali”), dei principi detti da parte della contrattazione non dia luogo ad alcuna ipotesi sanzionatoria. Si può formulare l'ipotesi della mancata previsione negoziale del *tutor* aziendale:

l'effettiva assenza di tale soggetto in azienda non dovrebbe essere sanzionata, poiché non si è verificata quella inosservanza del contratto collettivo letteralmente richiesta dalla legge. Se così fosse, si conferirebbe all'autonomia collettiva il potere di precludere l'operatività di sanzioni previste dalla legge, con evidente violazione del principio di legalità, *sub specie* di riserva di legge (cfr. *supra*, Cap. 2, § 13). Da questo punto di vista, appare lecito dubitare della legittimità costituzionale, ex art. 23 Cost., dell'art. 47, comma 2 cit., nella misura in cui consente all'autonomia collettiva di elidere una fattispecie sanzionatoria prevista dalla legge. Al fine di recuperarne la compatibilità costituzionale, l'unica soluzione accettabile è adottare un'interpretazione della disposizione nel senso della sanzionabilità diretta – in assenza di apposite clausole contrattuali - dei precetti, per quanto definiti «principi», posti dalla legge. Giusta tale interpretazione, il personale ispettivo potrebbe procedere ad accertare l'illecito applicando direttamente il precetto legislativo, pur in assenza di attuazione della legge da parte del contratto di riferimento.

Su altro versante, merita una riflessione la possibilità di specificazione, da parte della contrattazione collettiva, dei principi legislativi che non appaiono precetti già sufficientemente puntuali ed operativi. La puntualizzazione negoziale potrebbe tradursi nella creazione di obblighi, in capo al datore di lavoro, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge: in tal modo, ad esempio, mentre la legge impone la semplice “presenza” del *tutor* aziendale, il contratto collettivo potrebbe prevedere specifiche e più penetranti incombenze, tali da aggravare la posizione, anche sul piano sanzionatorio, dei vertici aziendali. A titolo esemplificativo, l'Accordo per la disciplina dell'apprendistato del settore del Turismo del 14 maggio 2012 (in [www.fareapprendistato.it](http://www.fareapprendistato.it)) contiene un art. 1 (Disciplina generale) che prevede tutti gli istituti di cui ai principi suddetti, specificando l'attività di assistenza all'apprendista del *tutor*: le relative funzioni devono essere svolte da un lavoratore qualificato, che deve essere formato per 8 ore, deve appartenere ad una categoria di inquadramento contrattuale pari o superiore a quella cui accederà l'apprendista, ovvero aver svolto attività lavorative coerenti con quelle dell'apprendista per un periodo non inferiore a due anni, ed infine non può affiancare più di cinque apprendisti contestualmente. In tale contesto, la violazione di una o più prescrizioni, che specificano l'attività del *tutor*, dovrebbe dar luogo all'applicazione delle sanzioni. Appare utile osservare, in tema, che il Ministero del lavoro (Circ. 5/2013) ha precisato che in caso di violazioni riguardanti la posizione del *tutor* aziendale, la sanzione da applicare non è quella, civile, del disconoscimento del contratto di apprendistato per mancata formazione dell'apprendista, bensì quella amministrativa in discorso di cui all'art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 167/2011 (ora 47, comma 2 del d.lgs. 81/2015).

Riguardo alla regola del “sottoinquadramento”, l’art. 7 dell’Accordo per i dipendenti da Agenti immobiliari del 24/04/2012 (in [www.fareapprendistato.it](http://www.fareapprendistato.it)) prevede i seguenti livelli di inquadramento professionale e il conseguente trattamento economico per gli apprendisti:

- 2 livelli inferiori a quello in cui è inquadrata la mansione professionale per cui è svolto l'apprendistato per la prima metà del periodo di apprendistato;
- 1 livello inferiore a quello in cui è inquadrata la mansione professionale per cui è svolto l'apprendistato per la seconda metà del periodo di apprendistato.

Anche in questo caso le previsioni negoziali si traducono, ai sensi dell’art. 42, comma 5 del d.lgs. 81 cit., in altrettanti precetti, da ritenersi presidiati dalla sanzione di cui all’art. 47, comma 2, cit.. Tali notazioni confermano che, nel paradigma dell’integrazione funzionale del diritto sanzionatorio, la funzione del contratto collettivo, operi esso *in melius* ovvero *in pejus* rispetto alla fonte legislativa, è quella propria del precetto – seppure “autorizzato” – e non già quella di scriminante.

## **5. Il contratto a tempo determinato**

Nel contesto del modello di interrelazione legge-contrattazione collettiva del diritto sanzionatorio amministrativo, si è recentemente innestata anche la disciplina del contratto a tempo determinato. L’art. 10, comma 7 del d.lgs. 368/2001 già prevedeva l’affidamento ai contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, dell’individuazione di limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a tempo determinato (cc.dd. limiti di contingentamento). Tuttavia, solo con la legge 16 maggio 2014, n. 78 e successivamente con l’art. 23 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 è stata introdotta una specifica sanzione amministrativa per la violazione del limite quantitativo del ricorso al lavoro a termine.

L’art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 81 cit., riprendendo il contenuto dell’art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 368/2001, come modificato dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, dispone: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di assunzione...». La legge, al comma 2 di detto articolo, prevede una serie di eccezioni alla regola.

La violazione del limite legale, o di quello contrattuale, di assunzioni a termine determina l’applicazione della sanzione amministrativa, prevista dal comma 4 dell’art. 23 cit., di importo pari:

- a) al 20 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non è superiore a uno;
- b) al 50 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale è superiore a uno.

Dal punto di vista del modello integrativo funzionale, la fattispecie in argomento si presenta nel suo ordinario paradigma del rapporto legge suppletiva-deroga contrattuale. Come da regola generale di cui all'art. 51 del d.lgs. 81 cit., i contratti collettivi che derogano al limite di contingentamento legale possono appartenere anche al secondo livello. Nella circolare 18/2014, il Ministero ha stabilito che la sanzione amministrativa prevista per il superamento del limite quantitativo per l'utilizzo di contratti a tempo determinato si applica anche nel caso di superamento del limite contrattuale. Essendo "aperta" la clausola di salvaguardia della contrattazione collettiva, la facoltà di deroga può orientarsi sia verso l'aumento sia verso la diminuzione del limite legale; inoltre, può prevedere anche periodi diversi da quello legale per il calcolo della percentuale. Ne deriva il problema di verificare se siano punibili le violazioni tanto del limite maggiore che di quello inferiore al limite legale. Come già osservato, nel documento di prassi ministeriale non è reiterata la tesi, sostenuta nella circolare 8/2005 in tema di orario di lavoro, della funzione scriminante delle clausole contrattuali con conseguente applicazione "ovvia" del solo limite legale ai fini sanzionatori. In considerazione della precedente presa di posizione del Dicastero, il più recente silenzio sul punto genera non lievi dubbi applicativi, perché delle due l'una: o si ritiene che la successiva circolare abbia superato la precedente impostazione, ed allora la clausola contrattuale può sempre modificare anche *in pejus* il precetto di legge, oppure si deve ritenere estensibile l'assunto della circolare 8/2005 cit. anche al regime sanzionatorio del novellato contratto a termine e sanzionare il superamento del solo limite legale o di quello superiore contrattuale. Fa propendere per la prima soluzione la considerazione esplicita, contenuta nella circolare citata, circa l'assenza di vincoli per la contrattazione con la conseguente possibilità di derogare il limite legale sia verso l'alto che verso il basso. Avendo il Dicastero precisato l'ampiezza dello spazio di deroga della contrattazione, il silenzio sulla punibilità del datore che violi una clausola negoziale di diminuzione del limite legale non può che essere ritenuto significativo. In ogni caso, è certamente da escludere, per evidente contrasto con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., l'ipotizzabilità di un trattamento differenziato delle ipotesi sanzionatorie previste per i tempi di lavoro rispetto a quella del tempo determinato. Deve osservarsi che la questione riveste notevole rilevanza pratica, poiché la contrattazione collettiva delle varie categorie prevede spesso limiti di contingentamento che

derogano verso il basso il limite legale. Ad es. il CCNL “Elettrici” contempla il limite del 7%, quello “Tessili e abbigliamento” prevede il limite del 10% dei lavoratori a tempo indeterminato per le aziende fino a 70 dipendenti; ed addirittura il 5% per le aziende con oltre 70 dipendenti; il CCNL “Carta aziende industriali” prevede il 16 % in media annua dei dipendenti occupati a tempo indeterminato in azienda al 31 dicembre dell'anno precedente; il CCNL “Cemento aziende industriali” contempla il 12% dei dipendenti a tempo indeterminato per ciascuna unità produttiva. Anche nel livello decentrato il fenomeno è tutt'altro che trascurabile: l'integrativo aziendale *Sgm* prevede la percentuale dell'8%, quello *Flame spray* del 10 %, quello *Peg Perego* del 15 %, e così via (si rimanda allo studio ADAPT, *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, WP 14 aprile 2014, n. 153).

Con riferimento all'applicazione delle clausole contrattuali ai fini sanzionatori, va affrontata un'ulteriore questione. Come osservato in dottrina, essendo di tipo dinamico il rinvio alla contrattazione collettiva da parte della legge, il venir meno del precetto legale relativo all'obbligo di motivare l'apposizione del termine al contratto di lavoro (c.d. causalone) non implica l'invalidità delle clausole della contrattazione collettiva che detto obbligo continuano a prevedere. La contrattazione “vivente” offre numerosi ipotesi di previsione di causali: si pensi ai contratti nazionali dei settori del Turismo, Autotrasporti, Elettrici, Energia, Gomma plastica, Lapidari, Tessili, Cemento, Ceramica, riportati nel citato studio ADAPT (*La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, cit.). Ammessa la sostenibilità dell'interpretazione, qui proposta, della integrale sostituzione del precetto legale con la previsione negoziale – e non della tesi della deroga contrattuale come esimente - bisogna allora chiedersi se il personale ispettivo possa sindacare l'effettiva ricorrenza in concreto delle causali negoziali, ed in caso positivo, quali siano le conseguenze che lo stesso possa trarre dall'esito negativo della verifica. Sembra di poter dire che la tesi, sopra sostenuta, della sostituzione integrale della regola contrattuale a quella legale implichi la necessaria conseguenza della rilevanza delle causali pattizie. Ne deriva la piena sindacabilità delle medesime da parte dell'organo ispettivo. Quanto alle conseguenze della verifica negativa circa la sussistenza in concreto delle motivazioni, la soluzione non può che essere l'irrogazione della sanzione prevista dalla legge per la violazione di un precetto modificato dall'autonomia collettiva. In ultimo, va posto il problema se la contrattazione possa *tout court* eliminare il limite di contingentamento, sia nel senso di non prevedere alcun limite, sia in quello di rimuovere un limite precedentemente fissato; sul punto può sostenersi che tale eventualità, pur concepibile sul piano letterale, deve essere esclusa per due fondamentali ragioni, una inerente al sistema sanzionatorio, l'altra al più generale contesto del diritto comunitario. Dal primo punto di vista, è evidente che la possibilità di eliminazione dei limiti quantitativi crea profili di contrasto con il principio di riserva

di legge, nella misura in cui l'autonomia collettiva – sostituendosi al legislatore nella valutazione dei confini tra lecito ed illecito – obliteri una fattispecie sanzionatoria (cfr. *supra* Cap. 2, § 12). In relazione al secondo aspetto, l'ipotesi della rimozione del limite potrebbe creare una questione di compatibilità della disciplina normativa con il quadro comunitario di riferimento e segnatamente, con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato. Tale accordo, come del resto anche l'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, stabilisce che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori». In tal senso, il Ministero del lavoro, nell'interpello n. 30/2014, ha escluso la possibilità di azzeramento del limite di contingentamento da parte della contrattazione di prossimità. Secondo la prassi ministeriale, i contratti di prossimità possono prevedere solo una diversa modulazione dei limiti di contingentamento, ma non rimuoverli del tutto, pena la violazione del diritto comunitario. Si deve in definitiva ritenere che, in assenza di limiti quantitativi nel contratto di riferimento, si applichi il limite legale (cfr. nota Direzione interregionale del lavoro della Lombardia n. 9117 del 5 agosto 2015).

## **6. La somministrazione**

La discutibile tecnica sanzionatoria del rinvio “in bianco”, ad un precetto stabilito in sede normativa diversa da quella che stabilisce la sanzione, affligge anche il nuovo sistema punitivo in materia di somministrazione. Infatti, l'art. 40, comma 1 del d.lgs. 81 cit. – per quanto qui rileva – sanziona indistintamente l'inosservanza dell'intero art. 31 cit., il quale si compone di 4 commi e di tutti i precetti che l'interprete è chiamato ad individuare, con conseguente, inevitabile, *deficit* di tassatività. La violazione di tali precetti, da parte del solo utilizzatore, è punita con la sanzione amministrativa da euro 250 a 1.250. Bisogna, dunque, tentare di identificare i vari precetti di cui all'art. 31 cit., che rilevano al fine di analizzare il rapporto integrativo-funzionale tra legge e contratto nella disciplina della somministrazione.

Ai fini della presente ricerca, interessa la fattispecie recentemente introdotta dall'art. 31 del d.lgs. 81/2015 cit., che dispone al comma 1: «Salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può eccedere il 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto ...». Il comma 2, per quanto rileva nella presente sede, dispone: «La somministrazione di lavoro a

tempo determinato è utilizzata nei limiti quantitativi individuati dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore».

Per quanto riguarda il primo comma dell'articolo menzionato, trattasi di nuova previsione sanzionatoria, che intende controbilanciare la nuova acausalità della somministrazione a tempo indeterminato prevista nel d.lgs. 81/2015. Sul piano dei principi generali, la fattispecie non crea problemi perché è delineata secondo l'ordinario schema del rapporto tra legge cedevole e clausola negoziale derogatoria. Naturalmente, *ex art. 51 del d.lgs. 81 cit.*, i contratti collettivi contenenti clausole di deroga al limite di contingentamento legale possono appartenere anche al livello decentrato. Atteso che la legge non specifica, anche nella fattispecie in argomento le deroghe possono orientarsi sia verso il basso che verso l'alto rispetto al limite legale del 20 %. In tale contesto, il problema se la contrattazione possa *tout court* eliminare il limite di contingentamento va affrontato e risolto alla luce delle considerazioni sopra espresse in merito all'analoga questione riguardante la disciplina del contratto a tempo determinato.

Considerata l'analoga struttura, l'illecito in questione pone gli stessi dubbi applicativi della fattispecie prevista per il contratto a tempo determinato. In particolare, va chiarito se è punibile il datore che non rispetta l'eventuale minore limite contrattuale (ad es. il CCNL "Abbigliamento e confezioni aziende industriali" prevede la percentuale dell'8%, in media annua, dei lavoratori a tempo indeterminato), pur nel rispetto di quello legale. In attesa della posizione ufficiale dell'Amministrazione, per quanto sopra detto, la soluzione affermativa appare preferibile.

Nella prassi contrattuale è frequente la clausola che impone limiti di contingentamento "complessivi", che si riferiscono cioè sia al ricorso al contratto a termine che alla somministrazione. Si pensi, ad es., al CCNL "Alimentari piccola e media industria" che prevede il 20%, fino a 100 dipendenti, ed il 14% al di sopra di tale soglia, del monte ore complessivo annuo dei lavoratori in forza a tempo indeterminato; non mancano, peraltro, casi nella contrattazione decentrata, come l'integrativo "Lucchini" (2010), che prevede il numero massimo complessivo di lavoratori che possono essere contemporaneamente in forza con contratti a termine o in somministrazione nell'ordine del 15% del numero di lavoratori occupati a tempo indeterminato, calcolato come media nel triennio.

Secondo la circolare 18 cit. del Ministero del lavoro, in tali ipotesi è escluso il cumulo delle sanzioni previste per la somministrazione ed il contratto a termine. La posizione del Ministero è condivisibile, considerata l'unicità del fatto illecito, e cioè la violazione di una singola clausola contrattuale; si tratta, dunque, dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. L'orientamento ministeriale, in relazione alle nuove fattispecie previste dal d.lgs. 81/2015, si traduce nei seguenti termini. Al fine di individuare il regime sanzionatorio applicabile, si dovrà

verificare se il superamento dei limiti sia avvenuto in conseguenza del ricorso a contratti a termine, nel qual caso si dovranno applicare le relative sanzioni previste dall'art. 23, comma 4 del d.lgs. 81 cit., ovvero in conseguenza dell'utilizzo di lavoratori temporanei, laddove andranno invece irrogate le sanzioni previste dall'art. 40 cit. del medesimo decreto.

Circa il secondo comma dell'art. 31 del d.lgs. 81/2015 cit., che per i limiti di utilizzo di lavoratori somministrati a tempo determinato rinvia ai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, si dovrebbe ritenere che anche la violazione di detti limiti negoziali dia luogo all'applicazione della sanzione amministrativa di cui sopra. Se così è, la fattispecie è strutturata secondo lo schema contratto-precetto/legge-sanzione, ma senza l'intervento della legge in via suppletiva, sicché la sua stessa esistenza è subordinata alle previsioni contrattuali. In base a quanto sopra sostenuto (Cap. 2, § 5), pertanto, si pone un problema di compatibilità con il principio di riserva di legge, dal momento che la figura di illecito è totalmente rimessa alla volontà delle parti stipulanti, la quale finisce per prevalere sull'interesse pubblico alla repressione della violazione. La questione ha notevole rilevanza pratica, poiché non mancano contratti sprovvisti di limiti quantitativi come, ad esempio, quello del comparto metalmeccanico industria.

Emerge un'ulteriore criticità relativamente a tale ipotesi sanzionatoria, riguardante il seguente profilo. Ammessa la sanzionabilità della violazione delle previsioni negoziali, la norma costituisce un chiaro disincentivo all'applicazione del contratto collettivo da parte dell'utilizzatore, il quale, disconoscendo l'utilizzo della contrattazione del proprio settore produttivo, andrebbe esente dal trattamento punitivo (cfr. Cap. 2, § 5).

## **7. Una fattispecie particolare: la violazione del limite di contingentamento dei contratti a tempo parziale del CCNL edilizia**

Una questione peculiare che, pur esulando dal settore del diritto sanzionatorio amministrativo, appare degna di considerazione, per le problematiche che solleva in relazione alle interrelazioni legge-contratto nel campo dell'attività ispettiva, riguarda la violazione del limite di contingentamento del 3 % che il CCNL edilizia impone alle aziende del settore per il ricorso al contratto a tempo parziale. Prima di introdurre i termini della problematica specifica, è necessario un sintetico *excursus* normativo.

La legge 61/2000- ora abrogata dal d.lgs. 81/2015- demandava genericamente al contratto collettivo il potere di fissare condizioni e modalità della prestazione lavorativa (art. 1, comma 3). Riguardo al settore edile, la legge ha previsto una disciplina previdenziale del tutto peculiare (c.d.

contribuzione virtuale), la quale stabilisce che i datori di lavoro sono tenuti ad assolvere alla contribuzione previdenziale ed assistenziale in riferimento ad una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione (art. 29, d.l. n. 244/95, conv. in l. n. 341/95). La legge esclude dal computo della contribuzione virtuale le assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili. La disposizione risponde all'esigenza di garantire ai lavoratori del settore una continuità contributiva, che compensi la natura instabile delle attività edili.

Tornando alla disciplina del *part-time*, l'art. 9, comma 1 del d.lgs. 61 cit. disponeva che la retribuzione minima oraria, da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale, si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero di cui all'art. 7 del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463 e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno. Tale disposizione, che stabilisce il principio del proporzionamento dell'imponibile contributivo, è stata confermata dall'art. 11, comma 1 del d.lgs. 81/2015 cit.. Detto principio, in sostanza, impone di commisurare i trattamenti e gli oneri previdenziali dei lavoratori a tempo parziale al lavoro effettivamente prestato, ed è dunque incompatibile con l'ottica dell'istituto della contribuzione virtuale, la quale invece ha l'opposto obiettivo di prescindere dai dati reali delle prestazioni lavorative. Pertanto, al rapporto di lavoro *part-time* la contribuzione virtuale risulta inapplicabile, come del resto già affermato anche dalla prassi amministrativa (INPS Messaggio n. 5143 del 14 febbraio 2005).

Senonché, la successiva prassi amministrativa ha intrapreso un percorso tutt'affatto differente da tale impostazione. Bisogna, all'uopo, premettere che l'art.78 CCNL edili (industria) del 18 giugno 2008 stabilisce che una impresa edile non può assumere operai a tempo parziale per una percentuale superiore al 3% del totale dei lavoratori occupati a tempo indeterminato. Resta ferma la possibilità di impiegare almeno un operaio a tempo parziale, laddove non ecceda il 30% degli operai a tempo pieno dipendenti della impresa. Non sono previste conseguenze per la violazione di tali limiti.

Ora, l'INPS, con circolare n. 6/2010, ha stabilito che la contribuzione virtuale debba trovare applicazione anche nel rapporto *part-time* ove venga violato il limite di contingentamento contrattuale. Il ragionamento dell'Istituto previdenziale si sviluppa attraverso i seguenti snodi argomentativi. Istituto caratteristico in materia di trattamento previdenziale per i lavoratori del

settore edile, afferma l'INPS, è quello della contribuzione virtuale, che trova applicazione ove non si verifichi l'impiego del lavoratore per tutto l'orario contrattualmente previsto e tale minore prestazione lavorativa non sia dovuta ad eventi ben determinati. Considerato che, fra le predette esclusioni - individuate dall'art. 29 del D.L. n. 244 del 1995, e dal DM 16.12.1996 - non compare il caso di rapporto di lavoro a tempo parziale, l'Ente ritiene che la contribuzione virtuale debba essere applicata anche al *part-time* in edilizia, nel caso in cui la stipula di tale tipologia di rapporto sia avvenuta in violazione del limite contrattualmente stabilito. La conclusione dell'Istituto è esplicita: «...per ogni rapporto stipulato in violazione di tale limite, la carenza di legittimazione contrattuale alla stipula comporta l'applicazione della contribuzione virtuale, come se il rapporto non fosse a tempo parziale».

Questa presa di posizione ha ricevuto l'adesione del Ministero del lavoro, con l'interpello n. 8/2011, ed analoghe argomentazioni sono sviluppate nella circolare INAIL n. 51/2010.

Come la dottrina e la giurisprudenza sinora formatasi sul punto hanno evidenziato, l'orientamento della prassi amministrativa suddetta suscita non lievi perplessità, in ragione della singolare concezione del sistema delle fonti del diritto del lavoro e previdenziale che esso mostra di far propria. In tal senso, trarre da una violazione contrattuale conseguenze invalidanti sui contratti di lavoro, con effetti anche sul piano previdenziale, appare un'anomalia giuridica, pur dettata dalla giusta esigenza di reprimere i frequenti abusi della disciplina del tempo parziale nel settore edile. Nel contesto della presente ricerca l'anomalia risulta subito evidente: nessuna legge prevede conseguenze sanzionatorie – né di altro tipo - per la violazione del contratto collettivo dell'edilizia, né alcuna disposizione autorizza il contratto collettivo del settore a prevedere le medesime, né del resto la fonte pattizia dispone alcuna misura in tal senso. Sicché, appare sovvertita la gerarchia delle fonti ed archiviato il principio di legalità nella misura in cui, di fatto e al di là delle discutibili qualificazioni giuridiche degli Istituti previdenziali, si conferisce prevalenza al contratto collettivo nella disciplina degli effetti del rapporto di lavoro e contributivo. In definitiva, si prevede una presunzione assoluta di invalidità dei contratti di lavoro *part-time* eccedenti il limite contrattuale, che prescinde da qualunque accertamento in sede ispettiva. Invero, l'impostazione di prassi non conferisce all'interessato la possibilità di offrire, in sede amministrativa, la prova dell'effettività del rapporto a tempo parziale; né detta prassi ritiene necessarie indagini ispettive sulla reale natura del rapporto. Ne discende un significativo stimolo al contenzioso giurisdizionale, giacché per affermare la natura di tempo parziale del rapporto l'interessato dovrà agire in giudizio. Peraltro, si deve ritenere che in questa sede l'amministrazione assuma la qualità di attore sostanziale e, pertanto, sarà onerata della dimostrazione dell'effettiva natura del rapporto, con tutte le difficoltà del caso, dimostrate dalle prime pronunce giurisprudenziali sfavorevoli agli enti previdenziali.

## Conclusioni

L'analisi effettuata circa il paradigma integrativo delle due fonti principali del diritto del lavoro, nel campo delle sanzioni amministrative, consente di individuare taluni esiti argomentativi.

### **La contrattazione come atto di autonomia e non fonte del diritto**

Nel corso della trattazione si è sostenuto essere obiettivo del Legislatore la ricerca del consenso e/o della partecipazione dei potenziali destinatari delle misure punitive. Da questo punto di vista, il concorso, più o meno diretto, dei consociati all'edificazione del sistema sanzionatorio esprime la massima potenzialità in termini di tenuta complessiva del medesimo. In tale contesto logico, il tanto dibattuto problema della collocazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto si ridimensiona, dal momento che, nell'ottica consensuale considerata, l'accordo collettivo non può che mantenere la sua natura propria di atto di autonomia, al quale viene prestata libera adesione, senza spazio alcuno per un'efficacia soggettiva che prescindere dal consenso degli interessati. La legge, in definitiva, non avrebbe alcuna necessità di ricorrere ad un'ulteriore fonte del diritto per integrare le fattispecie di illecito, posto che tale funzione è già svolta dagli atti regolamentari.

Dunque, l'ordinamento sanzionatorio apprezza il contratto collettivo non quale fonte del diritto eteronoma, bensì quale atto espressione di autonomia negoziale. Tale qualificazione assume particolare significato, per un verso, al fine di comprendere la *ratio* del fenomeno e, per l'altro, per definire il rapporto dell'atto di autonomia con il principio di riserva di legge (*infra*).

### **Efficacia soggettiva del contratto**

In merito ai temi tradizionali del diritto sindacale, la questione dell'efficacia soggettiva del contratto nei confronti dei lavoratori non si presenta critica, nemmeno ove risulti una stipulazione complessivamente minoritaria. Invero, in tal caso difetterebbe a monte la stessa efficacia oggettivo-derogatoria del contratto quando – come oramai di regola nel modello integrativo - la legge adotti la formula legislativa del sindacato comparativamente più rappresentativo. La mancata adesione di uno o più lavoratori ai contenuti dell'autonomia collettiva, infatti, non preclude nei confronti di costoro l'applicazione del precetto contrattuale limitatamente ai fini dell'applicazione delle sanzioni al datore di lavoro. Invero, la soluzione dell'applicazione indifferenziata del contratto a tutti i lavoratori coinvolti nell'azione di vigilanza non appare in tal caso contrastante con il disposto costituzionale di cui all'art. 39, atteso che detta applicazione avviene, da parte di un potere pubblico, ai soli fini sanzionatori e non già contrattuali. In tale ottica, si può osservare che i singoli

lavoratori non vedono incisa la propria sfera giuridica, poiché non è la controparte datoriale ad applicare le previsioni negoziali, bensì un organo pubblico in posizione di terzietà per fini estranei alla sfera di autonomia delle parti. Pertanto, i prestatori non avrebbero alcun interesse ad opporre la loro alienità al contratto in tali ipotesi. Peraltro, anche sul piano pratico la questione non ha particolare rilievo, atteso che i lavoratori dissenzienti sono legittimati a rifiutare le prestazioni previste dal contratto collettivo – ad es. ore di straordinario oltre il limite legale delle 250 ore annuali - che non si applica nei loro confronti. Ove essi si avvalgano di tale facoltà, il datore non potrà applicare la deroga contrattuale nei loro confronti; ove, invece non se ne avvalgano, la stessa deroga si applicherà anche a loro. In ambedue i casi, di fatto, l'organo ispettivo non avrà il problema dell'applicazione differenziata del contratto.

Il fenomeno in esame, peraltro, deve essere inquadrato nell'ambito di taluni moderni canoni del diritto pubblico, che ne fondano la legittimità sistematica.

### **Sussidiarietà e deregolamentazione**

Il modello di integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio sembra, in particolare, conforme al principio di sussidiarietà orizzontale, accolto nel nostro ordinamento a livello costituzionale (art. 118, comma 4). Invero, la legge affida al livello più prossimo ai potenziali destinatari della sanzione, compiti di integrazione del testo normativo che deve stabilire la condotta vietata o doverosa. Il modello in esame può essere ritenuto una modalità del principio di sussidiarietà sul piano delle fonti, da inquadrare nel paradigma della deregolamentazione, o meglio in quello della - parziale – autoregolamentazione. Non si tratta, dunque, di un fenomeno di delegificazione, poiché la legge non abdica alla sua funzione regolatoria della materia, ma ne affida taluni profili agli atti di autonomia. Non potrebbe essere altrimenti in un sistema, quello sanzionatorio, evidentemente improntato alla tutela di interessi pubblici, i quali non tollerano, per loro propria natura, mere discipline autonome.

Il modello deve anche essere rapportato ai principi specifici dell'ordinamento sanzionatorio amministrativo.

### **Riserva di legge**

In tale contesto, rileva il rapporto con la riserva di legge e con la tassatività. Riguardo al primo principio, la tradizionale *ratio* garantista di contrasto agli atti di arbitrio tanto del potere esecutivo quanto di quello giudiziario, non è configurabile, giacché i soggetti che pongono in essere

la contrattazione sono espressione, diretta o indiretta, anche degli interessi dei potenziali destinatari delle sanzioni. Si è già sostenuto che nel paradigma integrativo sanzionatorio il contratto collettivo resta atto espressione di autonomia e non assume la natura di fonte del diritto. Ciò porta a concludere che la contrattazione può certamente eterointegrare/derogare il precetto della fonte primaria, sino alla previsione di un precetto negoziale in luogo di quello legislativo. La previsione, parziale o integrale, del precetto da parte della contrattazione collettiva incontra, però, precisi limiti ordinamentali.

Innanzitutto, il principio di riserva di legge – ed in generale il principio di legalità - può consentire l’inclusione della fonte contrattuale nelle figure di illecito amministrativo, alla condizione che il contratto collettivo sia espressamente e specificamente “autorizzato” o “delegato” dalla legge stessa a concorrere alla creazione della fattispecie. Occorre, dunque, una specifica previsione di legge che faccia rinvio alla contrattazione.

La seconda condizione che si deve individuare ai fini dell’ammissibilità dello schema precetto contrattuale- sanzione legale è che sia la legge ad introdurre l’ipotesi punitiva ed a stabilire la sanzione. Invero, solo la legge, nella sua esclusiva attribuzione del perseguimento della tutela degli interessi pubblici coinvolti, può stabilire l’istituzione di previsioni sanzionatorie avverso determinate condotte ritenute socialmente dannose. Inoltre, la fonte primaria, in quanto atto dotato di astrattezza e generalità, assicura la parità di trattamento sanzionatorio dei trasgressori, ai sensi dell’art. 3 Cost., che non potrebbe essere evidentemente garantita da clausole contrattuali che prevedessero direttamente le sanzioni. Dunque, il contratto collettivo non può andare oltre la previsione della condotta vietata, cioè non può svolgere alcun ruolo nella fissazione della misura sanzionatoria.

È necessario precisare, quale ulteriore limite al relativo ruolo, un carattere fondamentale che la contrattazione deve possedere all’interno della fattispecie sanzionatoria: l’accessorietà. Si deve ritenere che nel sistema sanzionatorio il negozio collettivo sia legittimato ad esercitare una funzione derogatoria, integrativa o persino sostitutiva di una norma di rango primario “cedevole”, la quale si applica fino a quando non intervenga la contrattazione derogatoria. Tuttavia, non può disciplinare la condotta vietata in maniera esclusiva ed originaria, mediante una disposizione legislativa di mero rinvio, cioè una norma “in bianco”.

Tale assunto deriva sia da ragioni relative al diritto sindacale ed alla natura del contratto collettivo quale atto di autonomia, sia da ragioni interne al sistema sanzionatorio. Quanto al primo punto, il datore di lavoro, in virtù del principio di libertà sindacale, applica il contratto, in quanto iscritto all’associazione stipulante o per scelta autonoma; ma, in base al medesimo principio, può anche non applicarlo – libertà negativa -, ed in tale ultimo caso interviene la disciplina legislativa

suppletiva. Dunque, non potrà essere imposto al medesimo datore l'applicazione dell'atto di autonomia, neppure ai soli fini sanzionatori. Relativamente alle ragioni interne al sistema punitivo, è evidente che se la tecnica sanzionatoria non prevedesse l'intervento suppletivo della legge, si determinerebbe, particolarmente in due casi, un inammissibile vuoto di tutela del bene protetto dalla figura di illecito. L'ipotesi più grave, in quanto valida *erga omnes*, sarebbe quella della mancata stipula del contratto "delegato" dalla legge; è evidente che in un congegno normativo siffatto la conclusione del contratto rappresenterebbe la *condicio iuris* per l'operatività dell'intera fattispecie punitiva, sicché la sua omissione renderebbe lettera morta la previsione normativa primaria. L'altra situazione riguarda il caso in cui il datore di lavoro non applichi il contratto previsto; tale scelta, pienamente legittima dal punto di vista giuslavoristico, lascerebbe tuttavia all'arbitrio di costui il proprio assoggettamento alle sanzioni amministrative. Da tali considerazioni discende che la fattispecie deve essere disciplinata in modo tale che, in assenza del contratto "delegato", si applichi la fonte primaria. In definitiva, la necessità della legge, anche nel diritto sanzionatorio "deregolamentato", deriva non tanto da una *ratio* di evitare abusi ai danni dei destinatari, quanto da una funzione di garanzia dell'interesse giuridico protetto, cioè dall'esigenza di scongiurare un vuoto di tutela.

Consegue a quanto sopra che la previsione sanzionatoria con un precetto posto direttamente dalla contrattazione collettiva, senza la previsione "cedevole" della disposizione legislativa, è suscettibile di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 97, 23, 25, 101 e 113 della Carta, cioè del principio di legalità, perché rimetterebbe alle decisioni delle organizzazioni sindacali l'operatività della previsione punitiva, o peggio all'arbitrio del singolo la propria assoggettabilità alle sanzioni amministrative, rendendo di fatto la volontà di parti private prevalente su quella della legge che ha previsto l'ipotesi sanzionatoria rilevante.

### **Il principio di tassatività**

Il meccanismo di integrazione tra legge e contratto deve misurarsi anche con il principio della "sufficiente" determinatezza della fattispecie. Tale meccanismo, sul piano strutturale, segue il metodo del rinvio; pertanto, la tecnica sanzionatoria deve essere attuata in modo da poter quantomeno agevolmente ricostruire gli elementi dell'illecito in via interpretativa. Ne deriva l'inammissibilità di norme "in bianco", cioè disposizioni sostanzialmente senza precetto che si limitino a rinviare genericamente alla contrattazione collettiva, senza fornire corretti criteri ermeneutici per l'identificazione della condotta vietata. In dottrina non si dubita del fondamento costituzionale del principio di tassatività, individuato negli artt. 25, ovvero negli artt. 23, 28 e 97

della Carta, sicché le norme che non ne osservino i postulati sono da ritenere costituzionalmente illegittime.

La complessiva compatibilità del modello integrativo legge-contrattazione collettiva con il sistema sanzionatorio amministrativo discende, in definitiva, sia dalle moderne tendenze del diritto pubblico, sia dai principi specifici dell'ordinamento punitivo. Da questo punto di vista, lo sviluppo del contratto collettivo come fonte "autonoma" del diritto sanzionatorio non necessita dell'attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., poiché in tale branca ordinamentale il relativo problema dell'efficacia soggettiva generale non si pone, quantomeno non negli stessi termini del fenomeno generale del diritto sindacale. Come osservato, nel diritto delle sanzioni non si fa questione di applicare, a fini economici e normativi, il contratto a lavoratori – o datori di lavoro-, prescindendo dal loro consenso.

Più utile potrebbe rivelarsi, invece, l'adozione di una disciplina sistematica del fenomeno integrativo trattato, sia per la sua versione giuslavoristica generale, sia per quella sanzionatoria. Un quadro regolatorio organico dovrebbe porsi l'obiettivo prioritario di risolvere il problema fondamentale del modello, cioè la definizione di criteri puntuali per la selezione delle organizzazioni sindacali legittimate a stipulare i contratti "delegati" dalla fonte primaria, criteri attualmente affidati alla mutevole sensibilità dei vari interpreti ed operatori. Una disciplina siffatta dovrebbe, inoltre, porsi il problema di definire con maggiore certezza i confini tra l'ineludibile intervento della legge e quello della contrattazione.

## *Literature review*

## Capitolo I

### Il modello normativo dell'integrazione tra legge e contrattazione collettiva

10. Ragioni e caratteri del fenomeno
11. Natura e funzione del contratto collettivo "delegato"
12. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo "delegato"
13. La rappresentatività dei sindacati stipulanti contratti "delegati" dalla legge
14. Il sindacato maggiormente rappresentativo
15. Il sindacato comparativamente più rappresentativo
16. Gli accordi "separati"
17. Il ruolo del contratto aziendale e la sua efficacia soggettiva
18. I contratti di prossimità

## Capitolo II

### Il contratto collettivo nel sistema sanzionatorio amministrativo

15. La crisi del principio di legalità
16. Delegificazione e deregolamentazione
17. Il principio di sussidiarietà
18. I principi del sistema sanzionatorio amministrativo:
  - a) Riserva di legge
  - b) Tassatività
19. Il modello integrativo legge-contrattazione nel diritto sanzionatorio del lavoro
20. I poteri ispettivi sulla contrattazione collettiva

## Capitolo III

### Le singole fattispecie sanzionatorie “delegificate”

8. Orario di lavoro
9. Apprendistato
10. Contratto a termine
11. Somministrazione
12. La violazione del limite di contingentamento dei contratti a tempo parziale del CCNL edilizia

### Conclusioni

# Capitolo I

## Il modello normativo dell'integrazione tra legge e contrattazione collettiva

### 1. Ragioni e modalità del fenomeno

Il tema delle interrelazioni tra legge e contrattazione collettiva è naturalmente troppo complesso per essere affrontato in maniera compiuta in questa sede; l'illustrazione delle opinioni degli autori che si sono espressi al riguardo, pertanto, sarà limitata all'oggetto del presente studio. La dottrina ha discusso a lungo sul fenomeno del rinvio normativo alla contrattazione collettiva, che anche recentemente ha registrato un significativo sviluppo. Le problematiche oggetto di analisi riguardano svariati aspetti del paradigma, che sembra opportuno classificare in ordine logico. Rileva, in primo luogo, comprendere quale *ratio* sostenga la scelta del Legislatore di affidare alla fonte autonoma materie disciplinate dalla legge e secondo quali modalità, nella legislazione nazionale, la fonte primaria si combini con la fonte negoziale collettiva.

E. GHERA, *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale 8 maggio 1986*, in *RIDL*, 1988, 1, 22 ss., già ha sottolineato che le ipotesi di delega di funzioni normative dalla legge alla contrattazione collettiva attribuiscono al sindacato il potere di dettare una disciplina concorrente, o anche preferenziale, di quella primaria (cfr. anche G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *DLRI*, 1986, 667 ss.). In tal senso, l'autore afferma che il rinvio legislativo non è soltanto di tipo regolamentare, ma è altresì promozionale ed incentivante della contrattazione collettiva. In questo ambito, la dottrina citata osserva che, con l'autorizzazione legislativa, l'autonomia collettiva può dettare una regolamentazione alternativa a quella legale (in termini analoghi già L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, 692 ss.). Sicché il contratto assumerebbe il ruolo, analogo a quello dei regolamenti dell'esecutivo, di norma secondaria nel contesto della gerarchia delle fonti.

In merito alle ragioni della genesi del modello integrativo tra legge e contratto collettivo nel nostro paese, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001, 148 afferma che il Legislatore, mediante il rinvio alla contrattazione collettiva, ricorre ad uno strumento socialmente adeguato in termini di

flessibilità, vicinanza agli interessi concreti coinvolti e, quindi, di capacità di attirare consenso alle norme da parte dei relativi destinatari. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2012, 54, osservano che lo schema di integrazione tra legge e contrattazione collettiva s’inserisce nel crescente fenomeno del diritto promozionale del lavoro, che si esprime tramite le cc.dd. norme incentivo; queste ultime costituiscono una moderna alternativa alla norme inderogabili di legge, espressione dell’intervento autoritativo dello Stato, e si pongono l’obiettivo di estendere l’applicazione del contratto collettivo al di là della sua efficacia di diritto comune, limitata alle parti stipulanti ed ai relativi iscritti. Gli autori parlano di devoluzione delle fonti normative, come tendenza dell’ordinamento a delegare, in un’ottica di sussidiarietà, il processo di produzione normativa a soggetti diversi dagli organi statali. Il moderno mercato del lavoro, osserva P. SARACINI, *Contratti collettivi e lavori flessibili*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004, 175 ss., esige regole flessibili e capillari, capaci di mantenere un equilibrio nell’arcipelago di situazioni che in esso si determinano. Di qui l’esigenza di delegificazione, ove il legislatore, nella disciplina del rapporto di lavoro, delega la contrattazione ad intervenire per integrare il disposto legislativo. I molteplici rinvii formulati dalla legge a favore dell’autonomia collettiva possono essere definiti normativi, nel senso che sono diretti a porre in essere regole destinate a consentire e disciplinare l’esercizio del potere imprenditoriale. L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, CEDAM, 2014, 139 ss., evidenzia la crisi del potere legislativo, e la parallela accentuazione del ruolo regolativo delle parti sociali, chiamate ad adattare il precetto legale alle mutevoli esigenze del mercato nel nuovo secolo. In ambito nazionale, soprattutto nel settore dei contratti di “lavoro flessibile” è possibile assistere al passaggio dalla regolamentazione eteronoma inderogabile all’apertura ad una disciplina flessibile ed adattiva, tramite l’intervento regolatorio della contrattazione collettiva. In questo contesto la derogabilità, ad opera della fonte autonoma, diviene la regola, secondo quello che l’autrice definisce un modello di co-regolazione della flessibilità. Circa le modalità del fenomeno, tale dottrina segnala due meccanismi di interazione tra legge e contrattazione: il primo è quello della delega “selettiva” alla fonte autonoma di disciplina di singoli profili dei lavori flessibili, mentre il secondo è quello della delega ampia alla contrattazione collettiva di prossimità di cui all’art. 8 del d.l. 138/2011. Naturalmente, osserva l’autrice, tale interazione, in entrambi i casi, non determina un’equipollenza tra regolazione legislativa e contrattuale, posto che è sempre la legge a fissare limiti, vincoli e – nel caso dell’art. 8 cit. - finalità.

Tra la letteratura straniera, A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *GDLRI*, 2005, 106, 2, 155 ss., si pone in un’ottica

completamente differente da quella seguita dagli autori sin qui considerati. Questo autore, nel descrivere la riforma francese “Fillon” del 2004, coglie l’occasione per osservare come, tra l’altro, il nuovo rapporto tra legge e contrattazione collettiva, che registra il declino della fonte eteronoma in vari ordinamenti europei, trovi il suo fondamento teorico nella dottrina *Law and Economics*. Essa tende a rapportare tutte le regole di un ordinamento giuridico ad un calcolo di utilità, che rappresenta la fonte e la misura della loro legittimità. Tale tendenza fa ritenere il consenso come condizione necessaria e sufficiente della legittimità della regola di diritto e l’individuo come fonte ultima di ogni legittimità. Questa nuova dimensione si può rilevare in tutte le branche del diritto, ivi comprese quelle, tra cui il diritto del lavoro, tradizionalmente affidate all’eteronomia. Nel diritto del lavoro, osserva tale dottrina, ogni regola eteronoma tende a divenire suppletiva ed il consenso dell’interessato costituisce giustificazione della deroga. Ed in tal modo «si insedia l’idea che il contratto collettivo possa derogare alla legge, che il contratto di categoria possa derogare all’accordo intercategoriale ed il contratto di impresa al contratto di categoria».

Tra i modelli di combinazione tra legge e contratto collettivo proposti da G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit. possono qui essere citati i seguenti:

- la legge pone una regola, consentendo al contratto di derogarla, come nel caso dell’art. 2120 c.c.; come si vedrà, questa tecnica è diffusamente utilizzata nelle varie fattispecie sanzionatorie amministrative;
- la legge affida al contratto il compito di integrare le norme da essa poste, ad esempio nel contratto a tempo parziale (d.lgs. 61/2000) o nel contratto di apprendistato (d.lgs. 167/2011);
- la legge pone una norma suppletiva, che si applica in mancanza di diversa disposizione contrattuale, come nel caso dell’art. 5 della legge n. 223/1991.

Sul piano disciplinare, S. SCARPONI, *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, CEDAM 2014, 3 ss. pone in risalto che la legge, nel rinviare al contratto collettivo, non si cura in alcun caso di stabilire regole e condizioni per la validità ed efficacia della fonte negoziale. Tale dottrina osserva che il fenomeno dei rinvii in argomento si presenta molto articolato e, nello stesso tempo, privo di un disegno razionale che possa farlo assurgere a sistema. Recentemente G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 254/2015, 12 s., descrive il fenomeno in termini di «integrazione funzionale» tra legge e contratto collettivo, che segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare solo in *melius*, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

Nel contesto comparato, il modello qui in esame può essere inserito nello schema della complementarità tra legge e contrattazione collettiva menzionato da S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'unione europea*, in *RIDL*, 4, 2006, 447 ss.. Questa dottrina osserva che gli esempi più interessanti riconducibili tale schema si rinvencono negli ordinamenti nordici, quali la Danimarca e la Svezia, laddove si parla di «leggi semi-vincolanti» e si riconosce a tali fonti un ruolo sussidiario rispetto ai contratti collettivi, alla condizione, tuttavia, che gli *standard* di tutela si equivalgano. L'autore segnala un rapporto di complementarità fra legge e contratto collettivo nel regime delle deroghe, come in Svezia, in materia di contratti a termine, dove si ammettono deroghe anche nei contratti decentrati. In Olanda si riscontra una soluzione analoga, con toni originali, nella legge del 1999 *Flexibility and Security*, dove le deroghe concordate in sede collettiva sono state ritenute legittime dalla Corte suprema e pertanto vincolanti nei confronti dei contraenti individuali. In Portogallo, dove si è avuta nel 2003 l'introduzione di un nuovo Codice del lavoro, vige il principio della derogabilità sia in *melius* sia in *peius* da parte dei contratti collettivi. In tale ordinamento, il ruolo della legge diviene residuale, anche in forza di un sistema di arbitrato obbligatorio per la soluzione delle controversie. La formula irlandese prevede la registrazione dei contratti collettivi da parte dei giudici del lavoro ogni volta che gli accordi collettivi introducono *standard* più flessibili nel confronto con la fonte legale. In questi casi il giudice verifica anche l'adeguatezza dei contratti rispetto alle fonti europee (sul sistema irlandese si veda M. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *Industrial Law Journal*, 1, 2013 Oxford University Press).

Naturalmente, il modello di integrazione funzionale tra le fonti legislativa e contrattuale può avere luogo solo in un contesto ordinamentale, come quello italiano, caratterizzato storicamente da una partecipazione delle associazioni sindacali all'esercizio dei pubblici poteri e, segnatamente, dallo svolgimento, attraverso la contrattazione collettiva, di una rilevante funzione regolatoria nel settore dei rapporti di lavoro. Peraltro, la presente indagine dimostrerà che tale funzione regolatoria si estende ben al di là dell'ambito dei detti rapporti, condizionando direttamente l'attività ispettiva e sanzionatoria della P.A.. Tale sistema si contrappone a quello britannico, ove le organizzazioni sindacali sono inserite in un paradigma “volontaristico” (*representational conception*), nel quale la contrattazione collettiva è concepita strettamente come un'attività privata di libero mercato (cfr. M. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, cit.).

## 2. Natura e funzione del contratto collettivo “delegato”

Altra questione emergente, nel richiamato senso logico, appare quella della natura e funzione della contrattazione collettiva oggetto di rinvio legislativo. Ci si è chiesti se lo svolgimento di un ruolo integrativo, derogatorio, suppletivo, qualificatorio, ecc. della legge possa aver determinato, accanto alla tradizionale figura di negozio di diritto comune, la genesi di un nuovo tipo di contratto collettivo, avente la natura di fonte del diritto oggettivo e la funzione del perseguimento di interessi generali.

Secondo G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., la rilevanza giuridica del contratto collettivo, nel modello integrativo tra legge e contratto collettivo, non può rinvenirsi nell'art. 1322 c.c., bensì nelle specifiche norme di legge che espressamente lo prevedono. Inoltre, il negozio collettivo non è, nella fattispecie, una mera autoregolamentazione di interessi privati, ma svolge una funzione in senso lato pubblicistica, in quanto fonte concorrente di quella legale. A tal proposito, L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002, sostiene che, nell'attuale sistema normativo, il contratto collettivo svolge molteplici funzioni, alle quali corrispondono necessariamente una molteplicità di strutture e regimi giuridici. L'Autore ritiene che tra tali funzioni sia da evidenziare quella normativa, che accosta il contratto collettivo alle fonti del diritto, la quale non può non determinare un regime giuridico particolare e differenziato da quello del contratto ordinario di diritto comune. Egli individua, peraltro, dei punti di criticità del contratto/fonte sui quali occorre garantire il rispetto di alcune coerenze ordinamentali, che sono: il fondamento democratico e verificabile del potere normativo; la diversità delle sfere giuridiche del potere normativo che si esprime attraverso il contratto collettivo rispetto a quelle della legge e dell'autonomia negoziale individuale; la necessità che gli strumenti conoscitivi, probatori e interpretativi delle regole prodotte tengano conto della funzione normativa affidata al contratto. Lo stesso autore, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004, 3 ss., invita, peraltro, a sdrammatizzare il problema della natura di fonte del contratto collettivo ed in generale «un'esigenza classificatoria che appassiona in misura inversamente proporzionale alle questioni che risolve». Ritiene il contratto collettivo una fonte-fatto, obiettivamente idonea a produrre norme giuridiche, allorché sia richiamato da norme di legge. G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 112 ss.. La contrattazione collettiva, secondo tale dottrina, è stata utilizzata dal legislatore non nella sua funzione originaria di strumento di composizione dei contrapposti interessi delle parti, ma come una fonte che assume la funzione, più

ampia, di integrare il diritto oggettivo, al fine di sopperire alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.. L'autore ritiene, tuttavia, che l'efficacia soggettiva di tale fonte non sia *erga omnes*, bensì quella propria del contratto di diritto comune. Invero, la funzione e la natura del contratto collettivo resta pur sempre unica, quella di composizione degli interessi delle parti contrapposte. M. RICCI, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 138 ss. ritiene che, in merito alla natura del contratto collettivo, si debba distinguere un profilo formale da uno funzionale: dal primo punto di vista esso non può essere considerato una fonte, mentre dal secondo sì, in quanto produttivo di rilevanti effetti nella disciplina dei rapporti di lavoro.

M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008 svolge un *excursus* storico della natura del contratto collettivo, per giungere all'attuale, tendenziale, identificazione di esso con le fonti del diritto, in considerazione della riforma del processo civile del 2006, che ha stabilito la ricorribilità in Cassazione, per violazione e falsa applicazione di norme dei contratti collettivi e ha previsto il meccanismo sull'accertamento pregiudiziale di questioni relative all'interpretazione, validità, efficacia delle clausole di contratti o accordi collettivi nazionali. Sicché, secondo l'autore, l'attuale quadro normativo rende sempre meno scontato l'inquadramento formale dei negozi di autonomia collettiva nel diritto comune dei contratti. Lo stesso autore, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, 3, 553 ss., ed in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di) *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, 95 ss. ritiene sia innegabile l'insufficienza della tesi dominante che sostiene la natura di diritto comune del contratto collettivo, alla luce delle profonde trasformazioni, sociali e normative, dell'istituto. Il patto collettivo ha rilevanti effetti nell'ordinamento generale dello Stato, che vanno ben oltre la ristretta cerchia dei contraenti. L'Autore, pertanto, annovera il contratto collettivo tra le fonti *extra ordinem* che l'ordinamento promuove in omaggio al principio di libertà sindacale e sussidiarietà. Nello stesso ordine di idee, F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?* in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di) *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, cit., 7 ss. sostiene la natura di fonti del diritto dei contratti collettivi, e precisamente di fonti-fatto atipiche. Secondo tale dottrina, la relazione tra associazioni sindacali e lavoratori non può essere concepita in termini di rappresentanza di diritto privato (posizione condivisa anche da M. PERSIANI, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *ADL*, 2011, 1, 1 ss.), soprattutto perché l'azione dei sindacati non osserva l'inderogabile regola civilistica secondo la quale gli effetti della volontà negoziale del rappresentante ricadono esclusivamente nella sfera giuridica del rappresentato. Ne consegue, secondo l'autore, che il rapporto sindacati-lavoratori debba essere ricondotto alla rappresentatività, che è un tipo di

rappresentanza di natura pubblicistica. La mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. non impedisce al primo comma di esplicitare tutta la sua efficacia precettiva: la libertà sindacale ivi affermata consente, tra l'altro, ai sindacati di fatto predominanti di esercitare una potestà che la Costituzione riconosce e garantisce. L'orientamento in parola conclude che i contratti di fatto affermatosi, anche *erga omnes*, devono essere considerati fonti-fatto atipiche, in quanto diverse dai contratti collettivi ex art. 39 cit., ma giustificate e fondate sull'autonomia collettiva comunque garantita dallo stesso art. 39. Lo stesso autore, *Le fonti normative nel Diritto del Lavoro*, in *Atti del Convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro, Centro Studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano*, 2011, 116, ha anche affermato che il contratto collettivo richiamato dalla legge potrebbe definirsi come fonte fatto di diritto scritto, analogamente a quanto si è sostenuto con riferimento alle fonti di altri ordinamenti le quali, sebbene esterne rispetto a quello italiano, concorrano a formare il nostro stesso diritto positivo, in quanto richiamate o riconosciute da determinate norme interne. Il fondamento del contratto collettivo come fonte (anche) del diritto statale, secondo l'autore, è riposto nell'autonomia collettiva come esplicitazione della libertà sindacale; e il contratto collettivo non è fatto normativo *extra ordinem* fondato sulla mera effettività, bensì, sul versante del diritto statale, è fatto normativo di diritto scritto. Nel medesimo filone interpretativo si inserisce G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, 4-5, 970 ss., il quale ritiene che i rinvii della legge alla regolamentazione del contratto collettivo costituiscano un *corpus* normativo in cui fonte legale e fonte negoziale si intrecciano, in modo che il contratto collettivo, per assolvere alle funzioni di interesse generale che la legge gli assegna, ha un'efficacia necessariamente generale, che vincola anche contro la sua volontà i lavoratori non iscritti o iscritti al sindacato dissenziente. In tal caso, secondo l'autore la teoria privatistica del contratto collettivo rivela tutti i suoi limiti, ed è inevitabile concludere per la natura di fonte *extra ordinem* dell'autonomia collettiva. E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in *Studi in onore di F. Modugno*, II, Editoriale scientifica, 2011, 1683 ss. e lo stesso autore, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, II, 195 ss. inquadra nell'ambito della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici la problematica dell'inserimento del contratto collettivo tra le fonti del diritto. L'autore sostiene che la questione non può essere affrontata limitandosi ad una visione statalista e positivista della produzione giuridica, bensì volgendo lo sguardo alle acquisizioni della dottrina dell'ordinamento intersindacale. Detta dottrina ha scoperto che l'autonomia collettiva è un sistema permanente ed organizzato di norme che disciplinano i rapporti di lavoro. Tale sistema è rilevante anche nell'ordinamento statale attraverso la norma di cui l'art. 39, primo comma, Cost.: questa riconosce non la semplice libertà di associazione, bensì la libertà di organizzazione come strumento

necessario per assicurare l'effettività dell'autonomia collettiva, intesa quale potere di produzione delle norme finalizzate all'autotutela degli interessi collettivi economici e professionali. Pertanto, il contratto collettivo costituisce una fonte-atto posta nell'ordinamento intersindacale e presupposta dall'ordinamento statale. Secondo l'autore, inoltre, la funzionalizzazione dell'autonomia collettiva ad interessi pubblici non è incompatibile con il dettato costituzionale della libertà sindacale, giacché la fissazione legislativa di oneri in capo al sindacato è prevista, tra l'altro, dall'art. 39, comma 2 Cost., in riferimento alla registrazione delle associazioni sindacali legittimate alla stipula di contratti *erga omnes*.

Secondo B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 97/2010 e in N. IRTI, *Dizionario di diritto privato*, Giuffrè, 2011, attualmente il contratto collettivo può essere accostato ad una vera e propria fonte eteronoma di disciplina dei rapporti e del mercato del lavoro, chiamata a svolgere una funzione regolativa sostanzialmente omogenea, se non addirittura fungibile, rispetto alla fonte legislativa. Gli autori sostengono che, accanto alla tradizionale "funzione normativa" del contratto collettivo - intesa come attitudine a regolare una serie aperta di rapporti negoziali intercorrenti tra soggetti diversi da quelli stipulanti -, si sia progressivamente consolidata una evoluzione funzionale della fonte collettiva, che ne ha determinato l'emancipazione dalla sfera della mera autonomia privata e dalle categorie del diritto privato. In tal senso, questa dottrina non esita a parlare di funzionalizzazione del contratto collettivo verso finalità di pubblico interesse, eccedenti rispetto a quelle proprie delle parti rappresentate. Secondo tale ragionamento, i numerosi rinvii legislativi all'azione regolativa delle parti sociali hanno fatto del contratto collettivo uno strumento di regolazione sempre più interconnesso con la fonte legislativa, nella quale esso viene spesso integrato in funzione di necessario complemento della disciplina primaria, o alla quale esso viene addirittura assoggettato attraverso l'imposizione di vincoli di scopo di cui è evidente la problematica compatibilità con una visione interamente volontaria e privatistica della contrattazione collettiva. Inoltre, gli autori sostengono che a dimostrare l'accostamento dell'autonomia collettiva alle fonti del diritto è la recente legislazione: i nuovi artt. 360 e 420 *bis* c.p.c - che si conformano a disposizioni già vigenti nel settore pubblico (art. 64 d.lgs. 165/2001) - prevedono, rispettivamente, la possibilità di un ricorso in Cassazione anche per violazione e falsa applicazione di contratti collettivi, e l'attivazione di un meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di legittimità per la soluzione di questioni concernenti l'efficacia, la validità o l'interpretazione di contratti collettivi. Tra la dottrina pubblicistica, A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 1990, I, 15 ss., pur definendo le fonti del diritto come atti o fatti che assumono efficacia *erga omnes*, include nella categoria anche i contratti collettivi di lavoro cui la legge faccia rinvio. La natura di fonte del

contratto collettivo, secondo l'Autore, sussiste sia nel caso di esercizio *secundum legem* dell'autonomia, sia in caso di esercizio *praeter legem* cioè quando, tra l'altro, al contratto sia consentito derogare alla legge.

In contrapposizione all'orientamento "pluralista" sulla natura del contratto collettivo, M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 1, 18 osserva che la questione del contratto collettivo "delegato" ha determinato la prospettazione dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di due diversi tipi di contratto collettivo, assoggettati a diversi regimi: da un lato gli ordinari negozi di diritto comune, dall'altro i contratti "delegati" dalla legge. L'autore respinge la tesi, propugnata anche dalla Corte Costituzionale, giacché essa comporterebbe la non assoggettabilità dei contratti nominati dalla legge all'art. 39 Cost., che non sarebbero quindi espressione di libertà sindacale ma di interessi pubblici a questa estranei. Pertanto, questa dottrina afferma l'esistenza nell'ordinamento di un solo tipo di contratto collettivo, quello di diritto comune, assoggettato al regime ordinario. Ne deriva la conclusione dell'impossibilità di inquadramento dei contratti collettivi tra le fonti del diritto oggettivo. Ne discende l'ulteriore corollario dell'inammissibilità costituzionale della funzionalizzazione della contrattazione collettiva ad interessi pubblici ad essa estranei. A. BOLLANI, *L'interpretazione del contratto collettivo (settore privato)*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, CEDAM, 2014, 844 ss. riprende tale tesi, per affermare che il contratto collettivo sia da ritenere un fenomeno del tutto unitario, giacché si tratta di un atto normativo munito di una propria tipicità sociale, che preesiste all'eventuale devoluzione, ad opera del legislatore, di certi compiti regolativi. In tale filone interpretativo, F. LUNARDON, *Il contratto collettivo e le altre fonti (legge, usi, regolamenti)*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 104, nega l'esistenza di pluralità di funzioni – integrativa, derogatoria, ecc. - del contratto collettivo, estranee a quelle tradizionali obbligatoria e normativa. Ne consegue, secondo l'autrice, l'inconfigurabilità di regimi giuridici differenziati della pattuizione collettiva, diversi da quello del diritto comune. Anche secondo P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005, 115, il contratto oggetto di rinvio normativo non muta la sua natura di fonte normativa negoziale, né la sua struttura unitaria, né la sua funzione di composizione degli interessi delle parti stipulanti. Il perseguimento di interessi pubblici opera dall'esterno ed è pur sempre affidato alla legge, giacché le parti restano libere sia nell'*an* che nel *quid* della contrattazione, così escludendosi qualunque ipotesi di "funzionalizzazione" dell'autonomia collettiva. Secondo R. ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA e R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 2014, 94, nel caso in cui sia oggetto di rinvio, il contratto non smarrisce la sua natura di atto di diritto

privato; più semplicemente esso entra a far parte di una sequenza procedimentale (o di una fattispecie complessa), dal cui compimento discende l'effetto generalizzante, che è però di chi la fattispecie ha creato, e cioè la legge. A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2007, 195 e 269 s., rileva che il superamento della tesi del contratto collettivo come fonte del diritto deriva dal venir meno di un suo fondamentale presupposto fattuale, l'unità delle grandi confederazioni - alle quali il Legislatore aveva affidato una sorta di monopolio rappresentativo alla stipula dei contratti collettivi attraverso la formula del "sindacato maggiormente rappresentativo"-, che determinava la rappresentanza unitaria degli interessi dell'intera classe lavoratrice. L'opinione più chiara in senso contrario alla natura di fonte del patto collettivo appare quella di A. VALLEBONA, in *Il diritto, Enciclopedia giuridica*, Il Sole 24 ore, 2007, 4, voce *Contratto collettivo*, 260 il quale ritiene costituzionalmente inaccettabile, ex art. 39, comma 4 Cost., l'idea - propugnata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 344/1996 - secondo la quale il contratto collettivo costituirebbe una fonte di diritto *extra ordinem*, cui la legge potrebbe delegare funzioni di produzione normativa con efficacia generale. In tal modo, secondo l'autorevole dottrina, si sostituirebbe «al sistema costituzionale fondato sul principio maggioritario con tutela delle minoranze un rinvio legale in bianco agli atti di soggetti diversamente identificati».

In sintesi conclusiva sulla natura del contratto collettivo, si può richiamare quella dottrina (B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro*, cit.) la quale ha affermato che l'ormai irreversibile utilizzazione del contratto collettivo a fini regolatori non ha mai fatto i conti con alcuni nodi problematici derivanti dalla assenza - oltre che di compiuta disciplina - di una condivisa teorica del contratto collettivo come fonte del diritto. Ci si è accontentati del ricorso al principio di effettività, o peggio a non sempre individuabili "prassi consolidate", per consentire al sistema di sopravvivere. Si è riusciti nell'intento sino a che le grandi trasformazioni economiche e sociali dell'ultimo periodo storico non lo hanno più permesso, con il conseguente (ri)sorgere - sul piano dei rapporti concreti - di problematiche in realtà solo celate da favorevoli congiunture. Per quanto concerne il presente studio, la principale di tali problematiche è l'efficacia soggettiva dell'autonomia collettiva.

### **3. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo "delegato"**

Ulteriore, e non secondario, problema ricostruttivo che emerge in relazione al paradigma in esame afferisce all'efficacia soggettiva del contratto previsto dalla norma di rango primario. Invero, avendo quest'ultima efficacia ed applicazione generale, è necessario verificare se ed in che misura tali caratteri di generalità si trasmettano anche al contratto collettivo cui la legge rinvia. Inoltre,

«stabilire con sufficiente certezza a chi e con quali effetti il contratto collettivo si applichi diventa questione tanto più essenziale quanto più il contratto collettivo viene chiamato ad assolvere a funzioni di regolazione para-legislativa» (B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro*, cit., 4). E' appena il caso di rammentare, a questo proposito, che nell'attuale sistema di diritto sindacale la contrattazione collettiva ha un'efficacia soggettiva limitata agli iscritti ai sindacati stipulanti - c.d. contratto collettivo di diritto comune -. E' noto che tale situazione è il risultato della mancata attuazione dell'art. 39, comma 4 Cost., che prevede l'efficacia *erga omnes* dei soli contratti collettivi stipulati dai sindacati registrati secondo la procedura ivi prevista. Peraltro, è stato sostenuto che gli schemi della rappresentanza associativa, in presenza di un rinvio normativo operato con l'intento di promuovere e quindi di generalizzare i contenuti della contrattazione collettiva, sarebbero insufficienti ed inadeguati per individuare il regime di efficacia soggettiva del patto collettivo (V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004, 93; F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, cit.).

In letteratura ci si è chiesti, comunque, se le norme che conferiscono tale asserita efficacia generalizzata al contratto collettivo siano compatibili con l'art. 39, comma 4 Cost., ovvero ne costituiscano una sostanziale elusione. In merito ai problemi di compatibilità costituzionale del modello nominato, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit. non scorge un contrasto con l'art. 39, 4° comma Cost., giacché quest'ultimo vieterebbe una disciplina che preveda una stabile e sistematica efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva senza il rispetto delle formalità ivi contemplate, ma non precluderebbe singole leggi che rimandino all'autonomia collettiva su materie circoscritte. Riprende la tesi A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, cit., 196 s., secondo la quale l'efficacia soggettiva generale dei contratti "delegati" si spiega in ragione della specificità delle materie di volta in volta oggetto di interesse del Legislatore. Quanto alla possibilità del dissenso, l'autore richiama la tesi della Consulta secondo cui, gli accordi cc.dd. gestionali si applicano anche ai lavoratori non iscritti e dissenzienti, poiché limitano quel potere organizzativo del datore di lavoro che non può che riguardare la totalità dei dipendenti. Nella stessa linea di pensiero si colloca il noto saggio di M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *GDLRI*, 1998 (cfr. anche la rilettura che ne fa B. CARUSO, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma della Costituzione, oggi» - Sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio*, in *GDLRI*, 2009, 121, 1), il quale sostiene che l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi garantita dall'art. 39 Cost. non s'identifica con la rilevanza riconosciuta ai contratti "delegati" dalle singole norme di legge. In tal senso, quello dei contratti riconosciuti dalla legge costituirebbe un modello alternativo

a quello della seconda parte dell'art. 39 cit. e con esso non confligente. Il dato fondamentale ed ineludibile della norma costituzionale è costituito, secondo l'orientamento in parola, non già dal riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di categoria, bensì dal conferimento di un esclusivo potere contrattuale e di rappresentanza ai sindacati registrati. Pertanto, ciò che la disposizione di rango superiore intende vietare, secondo l'autore, non è una tecnica normativa che conferisca efficacia generalizzata al contratto collettivo, bensì una norma che conceda ai sindacati non registrati un monopolio legale della rappresentanza della categoria. Nella medesima ottica, F. LISO, *Autonomia contrattuale e occupazione*, in *GDLRI*, 78, 1998, 2, 191 ss., secondo il quale il Legislatore, mediante la devoluzione normativa di poteri regolatori alla contrattazione collettiva, mira proprio ad ottenere discipline efficaci nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria professionale di riferimento, iscritti o meno alle compagini sindacali stipulanti. Per l'autore non è dubbio che tali contratti abbiano efficacia soggettiva generalizzata; tuttavia, tale meccanismo si sottrae a censure di illegittimità costituzionale anche quando il contratto è chiamato ad espletare una funzione integrativa, o modificativa, del precetto legale, nel qual caso esso opera alla stregua di una fonte del diritto ed il sindacato esercita un potere pubblico. Sul piano delle fonti, questa dottrina osserva che nessuna disposizione costituzionale vieta di configurare atti normativi di provenienza non parlamentare, essendo anzi la produzione normativa da parte delle autonomie coerente con il carattere democratico e pluralista dell'ordinamento attuale. Né la detta devoluzione contrasta con la seconda parte dell'art. 39 Cost., giacché nel caso specifico la contrattazione non viene in rilievo come fattispecie negoziale, bensì come fonte normativa, come tale dotata di applicazione generalizzata. Inoltre, il modello devolutivo in discorso costituisce fenomeno non preso in considerazione dal Costituente: quest'ultimo aveva riguardo ai "classici" contratti che fissano, in via generale, i trattamenti economici e normativi della categoria interessata e non a contratti autorizzati ad esercitare funzioni normative in ambiti di materia specializzati. Anche secondo R. PESSI, *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1998, 757 ss., il contrasto con l'art. 39 deve essere escluso, almeno con riguardo alla tecnica legislativa di delega alla contrattazione in sé, mentre il discorso resta aperto, secondo l'autore, per le singole fattispecie normative. Il contrasto è evitato, alla stregua di questo orientamento, a condizione che le norme primarie rispettino nella sostanza il dettato costituzionale, garantendo la selezione del contratto espressione della maggioranza del complesso sindacale organizzato e il diritto di partecipazione, nel procedimento di stipula, di tutte le organizzazioni sindacali. V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *GDLRI*, 2002, 2, illustra il modello integrativo tra legge e contratto nella disciplina del *part-time*. L'Autore sostiene la legittimità costituzionale della tecnica legislativa della selezione dei contratti stipulati dai sindacati

comparativamente più rappresentativi, in quanto attori di un sistema contrattuale volontario ed autolegittimato. Inoltre, il contrasto con l'art. 39, seconda parte, è escluso poiché il Legislatore ha limitato espressamente l'efficacia del contratto collettivo "delegato" a quella derivante dall'iscrizione ai sindacati stipulanti e dall'applicazione volontaria del medesimo. Bisogna, tuttavia, osservare che il d.lgs. 276/2003 – emanato posteriormente allo scritto dell'autore - ha abrogato i riferimenti normativi all'effettiva applicazione dei contratti, quale condizione di efficacia delle clausole collettive. Nel medesimo contesto ermeneutico, P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per un dibattito*, in *GDLRI*, 124, 2009, 4, 581, osserva che la norma legale attribuisce al sindacato la "competenza" a negoziare su talune materie, ma non conferisce ai contratti collettivi efficacia *erga omnes*; si tratta, secondo l'autore – che richiama in proposito la sentenza n.10/1957 della Corte costituzionale-, di un fenomeno di rilevanza legale di contratti collettivi, che non muta la natura ordinaria di diritto comune di questi, giacché il rinvio legale al contratto collettivo non determina automaticamente un mutamento dell'efficacia dei contratti. Secondo G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, cit. e *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, 3, 2010, 487 ss., la disciplina collettiva partecipa della stessa natura normativa della legge di rinvio e, per tale motivo, la sua è un'efficacia generalizzata, che prescinde dall'accertamento del consenso dei singoli lavoratori. L'efficacia generalizzata si fonda sul principio di effettività, ed è un'efficacia di fatto che si estende ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato; tale principio si ricaverebbe dall'art. 39, primo comma, Cost.. L'autore esprime dubbi sull'efficacia soggettiva di questi «contratti-fonte», quindi, non per il dissenso del singolo, quanto per il dissenso del sindacato e cioè nei casi in cui un sindacato comparativamente rappresentativo non sottoscrive questo tipo di contratto collettivo. Siffatta ipotesi, secondo questa dottrina, pone in crisi l'efficacia generalizzata della disciplina collettiva e quindi la sua funzione normativa. Secondo G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGLPS*, 2011, 4, ed in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, gli accordi "delegati" dalla legge assumono valenza generale in via di fatto e non di diritto, in virtù dell'incorporazione del contenuto contrattuale nel procedimento regolativo disposto dal legislatore; non si pone, quindi, un problema di efficacia *erga omnes* nei termini considerati dall'art. 39 Cost., trattandosi di una tecnica normativa neppure immaginata dal legislatore costituzionale.

Molto articolata e suggestiva è la tesi di A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2013, 4, 958 ss., il quale premette che l'autonomia collettiva prevista dall'art. 39 Cost. coinciderebbe con la garanzia costituzionale dell'autonomia negoziale dei soggetti del rapporto di lavoro, quando questi siano coalizzati a fini di

autotutela: non un potere ontologicamente e soggettivamente distinto e distinguibile da quello individuale, ma questo stesso potere. Ne conseguirebbe che ogni qual volta la legge scinde la libertà negoziale individuale da quella collettiva – e, quindi, quando ammette la derogabilità *in peius* a livello collettivo di norme legali che restano inderogabili *in peius* a livello individuale – considera la contrattazione collettiva *sub specie* di fonte di diritto obiettivo e non come autonomia negoziale. Secondo l'autore, solo quando le organizzazioni sindacali negoziano in ambiti consentiti anche alla negoziazione individuale, può dirsi che esse agiscano in “rappresentanza” dei lavoratori; quando invece la negoziazione avviene in spazi preclusi all'autonomia individuale, non ci sarebbe rappresentanza, ma una forma di “rappresentatività”, strumentale all'esercizio di un potere normativo. La conclusione che questa dottrina formula è che l'autonomia collettiva è un fenomeno negoziale solo se e quando i suoi spazi operativi coincidono, sul piano formale e astratto, con quelli individuali. Viceversa, nei casi in cui il contratto collettivo operi in spazi sottratti all'autonomia negoziale, anche individuale, allora il contratto collettivo non sarebbe più solo negozio giuridico stipulato a mezzo di una coalizione, ma anche una fonte normativa. Su questa base teorica l'autore sostiene che al contratto collettivo, di qualunque livello, oggetto di rinvio legale è riconoscibile l'efficacia *erga omnes* senza che ciò costituisca violazione dell'articolo 39 Cost..

Sul fronte ermeneutico opposto si colloca A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *GDLRI*, 75, 1997, 3, 409, il quale ritiene costituzionalmente illegittima, *ex art 39 cit.*, una legislazione che recepisca materialmente il contenuto dei contratti collettivi, in tal modo rendendolo vincolante *erga omnes*, senza le garanzie, imposte dalla disposizione costituzionale, di democraticità delle organizzazioni sindacali e delle decisioni da esse assunte. Per la stessa ragione, è altrettanto contrastante con la Carta, secondo tale orientamento, qualsiasi meccanismo di rinvio legale “in bianco” all'autonomia collettiva, dal momento che le pattuizioni vanno sistematicamente ad integrare il precetto normativo applicabile a tutti gli appartenenti alla categoria. Nello stesso solco interpretativo, U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Scritti in onore di G. GHEZZI*, I, CEDAM, 2005, nonché V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *GDLRI*, 136, 2012, 4, 497, i quali sostengono l'inconciliabilità dell'efficacia *erga omnes* dei contratti “delegati” dalla legge con il disposto costituzionale menzionato, tanto del comma 1 quanto del comma 4: con il primo sotto il profilo della libertà sindacale negativa, giacché impone gli effetti del contratto a soggetti non iscritti alle associazioni stipulanti, con il secondo sul piano del mancato rispetto delle forme costituzionali. Secondo questo orientamento, l'unica opzione ermeneutica possibile per rendere costituzionalmente compatibile il fenomeno dei contratti “autorizzati” dalla

legge è quella di sostenere la loro ordinaria natura di negozi di diritto comune, con efficacia limitata agli iscritti o quantomeno ai non dissenzienti. Secondo C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro*, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, 2010, 487 ss., nelle fattispecie di rinvio legislativo alla contrattazione collettiva si determina un rapporto di fungibilità tra la fonte legale e quella contrattuale, cosicché quest'ultima si colloca sul medesimo piano della prima. Tuttavia, tale dottrina osserva che il vincolo dell'art. 39 Cost., seconda parte, ed il principio di libertà sindacale di cui al primo comma della disposizione citata, giustificano tuttora la ricerca di meccanismi estensivi – che talvolta assumono le sembianze di veri e propri stratagemmi - del contratto collettivo che ne danno per presupposta un'efficacia in partenza limitata agli iscritti. Tale riflessione vale ancor di più se si pensa agli accordi separati, sempre più frequenti nella pratica. B. CARUSO, *“Costituzionalizzare” il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista*, in *LD*, 2014, 4, 610 ss., pone l'accento sul metodo democratico come presupposto imprescindibile per la legittimità, ex art. 39 Cost., del potere normativo “delegato” del sindacato che abbia la pretesa di affermarsi *erga omnes*. L'autore lamenta come i poteri normativi *erga omnes*, di fatto e di diritto, siano invece stati variamente concessi, sinora, al sindacato senza ottemperare a tale condizione costituzionale. Nel corso degli anni, nell'attribuzione di potestà regolative alle organizzazioni sindacali, infatti, la democrazia associativa è stata meramente presunta, non imposta dalla legge, e finanche la Corte costituzionale ha dato luogo a vere e proprie sentenze manipolative per non dichiarare l'illegittimità di certi disposti.

Allo stato attuale del dibattito risulta superata, invece, la rilevanza della distinzione tra rinvio “formale” e rinvio “materiale”. Con il primo la legge rimanda al contratto come fonte e quindi a tutte le sue possibili modifiche o integrazioni; viceversa, con il secondo la norma richiama una determinata disciplina contrattuale, incorporandola. Siffatta distinzione era stata prospettata in dottrina, al fine di superare i dubbi di costituzionalità del rinvio normativo, giacché con il rinvio materiale gli effetti *erga omnes* sarebbe stati da attribuire esclusivamente alla fonte legislativa incorporante e non al contratto incorporato (cfr. G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi* in *LD*, 1987, 229). Invero, gli esempi normativi del secondo tipo possono rinvenirsi solo agli albori del fenomeno in esame, ad es. nella legge 741/1959, facendo pressoché tutta la legislazione successiva uso del rinvio formale (cfr. P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 99). In ogni caso, nella legislazione sanzionatoria l'unico criterio di rinvio adottato è quello formale.

#### 4. La rappresentatività dei sindacati stipulanti contratti “delegati” dalla legge

Emerge dalle opinioni riportate l'ulteriore problema della rappresentatività delle organizzazioni sindacali “autorizzate” dalla legge a stipulare contratti collettivi integrati nel disposto normativo. Invero, se si ritiene che il contratto collettivo, anche in tali ipotesi, non possa estendere la propria efficacia soggettiva oltre l'ambito che gli è proprio nel regime di diritto comune - delle parti stipulanti, dei prestatori da queste rappresentati e di coloro che esplicitamente o tacitamente ne accettano il contenuto -, non sussistono criticità di rilievo, poiché si nega in radice che la legge possa trasmettere all'autonomia pattizia il rango di fonte equiparata. Il prodotto dell'autonomia collettiva resterà, in tale ottica, pur sempre limitato al legittimo campo di azione delle organizzazioni stipulanti e, conseguentemente, la questione della rappresentatività confinata nell'ambito di quel libero riconoscimento reciproco tra le parti, tipico dell'ordinamento intersindacale (Cfr. G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1997, 125). Viceversa, se si ammette che il patto collettivo, oggetto di rinvio legislativo, sia in grado di estendere la propria efficacia soggettiva *ultra partes*, il problema selettivo dei soggetti sindacali legittimati alla relativa stipula diviene oltremodo incombente, in particolar modo ove se ne sostenga l'efficacia *erga omnes*. Pertanto, i sostenitori della tesi del contratto collettivo quale fonte *extra ordinem* sono necessitati ad affrontare adeguatamente la questione dell'idonea selezione delle organizzazioni sindacali autorizzate a stipulare negozi con efficacia – almeno tendenzialmente – generale. E' pacifico, invero, che consentire a sindacati privi di adeguata rappresentatività di incidere così profondamente nell'ordinamento generale dei rapporti di lavoro troverebbe l'insormontabile ostacolo dell'art. 39, comma 4, Cost., che stabilisce un principio maggioritario e proporzionale nella rappresentatività dei sindacati stipulanti e, pertanto, esige che questi esprimano la maggioranza degli appartenenti alla categoria di riferimento e che siano tutelate le minoranze ammesse alla trattativa (A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; sul principio maggioritario nell'ambito delle relazioni sindacali rileva il contributo di F. SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, 1, 2013, 75 ss.). In tale contesto, A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 1, 2010, 29 ss., ritiene un'eccezione alla regola del libero riconoscimento delle parti la selezione del sindacato stipulante sulla base della sua rappresentatività nelle materie del rapporto di lavoro privato nelle quali la legge assegna alla contrattazione collettiva la facoltà di deroga o di completamento del precetto legale. In questi casi, osserva l'autore, è il

Legislatore a stabilire i criteri che abilitano la contrattazione collettiva ad integrare la produzione normativa di fonte legale.

A. BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *RGLPS*, 2004, 2, 192 s. evidenzia che il principio democratico e maggioritario di cui all'art. 39 Cost. impone una rigorosa selezione delle organizzazioni sindacali stipulanti contratti oggetto di rinvio legale, in modo che queste raggiungano una soglia minima di rappresentatività. Del resto, la regola democratica è adottata nella stessa sede legislativa, ove le decisioni, per essere valide, devono essere prese a maggioranza, con la conseguenza che la contrattazione collettiva, quando partecipa alla produzione di un effetto legale, deve rispettare tale principio fondamentale. Secondo P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 116, il progressivo sviluppo verso un modello selettivo dei sindacati stipulanti risponde alla *ratio* del rinvio legale, in quanto si tratta di una forma di "cooptazione" della contrattazione nel sistema normativo statale, secondo il modello dell'art. 39 Cost.. P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per un dibattito*, cit. sottolinea la necessità di un intervento legislativo sulla rappresentanza, ormai ineludibile in relazione al nuovo compito delle organizzazioni sindacali quali destinatarie di rilevanti funzioni pubblicistiche e di cura di interessi generali. Secondo M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, 3, il problema principale della tesi del contratto collettivo quale fonte *extra ordinem*, di cui egli è pur sostenitore, è la reale rappresentatività dei soggetti sindacali che danno vita alla fonte extrastatuale. Questa dottrina ritiene necessario, perché i relativi effetti si estendano all'intera categoria interessata, che le organizzazioni sindacali rappresentative stipulino unitariamente il contratto-fonte. Com'è stato autorevolmente affermato da G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit. 77, nell'ipotesi del contratto autorizzato ad interagire con la legge si tratta di selezionare non già il contratto collettivo, bensì direttamente le organizzazioni sindacali legittimate ad introdurre norme di efficacia equivalente a quella della legge. Finalizzate ad effettuare l'operazione selettiva delle organizzazioni sindacali legittimate a stipulare contratti con efficacia "diffusa" – se non generale - sono le nozioni normative di "sindacato maggiormente rappresentativo" e, più recentemente, di "sindacato comparativamente più rappresentativo". Come osserva P. BELLOCCHI, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, sub art. 39 Cost.*, 2007, Giuffrè, I, 263 s., il Legislatore con tali nozioni prescinde dalla qualificazione del sindacato quale associazione non riconosciuta ai sensi degli artt. 36 ss.. La legislazione speciale che adotta questi concetti, continua l'autore, ha sviluppato una trama normativa di carattere "panpubblicistico", che assegna a tali sindacati funzioni di produzione normativa. Questa dottrina osserva anche che siffatta legislazione ha delineato un modello di rapporti sindacali molto diverso

da quello concepito dal Costituente nell'art. 39 Cost.. L'autore nota che la dottrina e la giurisprudenza della Corte Costituzionale hanno comunque escluso che l'art. 39 cit. vieti una legislazione "selettiva" di organizzazioni sindacali, poiché questa concede poteri e diritti aggiuntivi rispetto a quelli rientranti nella garanzia costituzionale. Inoltre, qualunque organizzazione avrebbe la possibilità di conseguire lo *status* di rappresentatività legale.

Nel contesto comparato, J.R. DELGUE, *La rappresentatività del sindacato minoritario*, *DRI*, 2, 2014, 563, rammenta che la prerogativa di stipulare, in Uruguay, contratti con efficacia *erga omnes* spetti solo ai sindacati individuati come maggiormente rappresentativi sulla base del numero degli affiliati, sebbene i sindacati minoritari siano comunque titolari degli altri diritti sindacali. I. ALVINO, *L'introduzione di regole sulla rappresentatività e gli effetti sulla dinamica dei rapporti collettivi: esperienze a confronto*, in *DRI*, 1, 2013, 68 ss. rammenta come l'elaborazione di norme specifiche nelle materie della rappresentatività e della stipulazione ed efficacia del contratto collettivo abbia l'obiettivo di conferire certezza al sistema di relazioni sindacali e contrattuali, soprattutto in vista del riconoscimento di efficacia da tutte le parti coinvolte, quindi anche da quelle che non abbiano sottoscritto il testo e del rispetto delle clausole per tutto il periodo di vigenza. In tale ottica l'autore illustra il sistema contrattuale collettivo francese, come risultante dalla recente riforma del 2008: all'interno di tale sistema, dettagliatamente regolato per via legislativa, assume una rilevanza centrale il concetto di rappresentatività (cfr. anche lo stesso autore, *Guida alla lettura della recente legge di riforma della democrazia sindacale in Francia: piena compatibilità fra regolamentazione della contrattazione collettiva e principio del pluralismo sindacale*, in *GDLRI*, 2009, 122, 2, 365 ss.). Esclusivamente i sindacati rappresentativi possono accedere al tavolo delle trattative per la stipulazione del contratto collettivo e soltanto il contratto collettivo sottoscritto da sindacati rappresentativi, senza l'opposizione di altri sindacati rappresentativi, che possano essere considerati espressione di una determinata percentuale di lavoratori, può produrre i suoi effetti ed essere, dunque, applicato ai rapporti di lavoro ai quali si riferisce. L'autore fa notare che nell'ordinamento francese, diversamente da quello italiano ove la regolamentazione per via normativa del concetto di rappresentatività e di altre tecniche di selezione del sindacato è vista con sospetto in quanto ritenuta lesiva del principio di libertà sindacale, l'introduzione del concetto di rappresentatività è stata motivata sostenendo che solo per il suo tramite è possibile garantire un pluralismo sindacale pieno e vitale. La rifondazione del sistema è stata poggiata su tre pilastri fondamentali: rimodulazione dei criteri legali attraverso l'introduzione del principio del cumulo degli stessi e la valorizzazione del criterio elettorale; eliminazione del criterio della rappresentatività presunta; generalizzazione della cosiddetta "regola di concordanza", secondo cui la rappresentatività deve essere fornita per ogni livello per il quale si voglia agire, cosicché un

sindacato che abbia dimostrato di essere rappresentativo, per esempio, a livello di categoria non è esonerato dal dover dimostrare di esserlo al contempo al livello della singola impresa.

## **5. Il sindacato maggiormente rappresentativo**

Il primo criterio selettivo dei soggetti sindacali adottato dalla legge è, com'è noto, quello del "sindacato maggiormente rappresentativo". Tale concetto manifesta «la capacità del sindacato di esprimere credibilmente gli interessi di cui è portatore» (V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004, 84) e nasce storicamente con la legge 300/1970 (cd. Statuto dei lavoratori), la quale concede esclusivamente a tali soggetti i diritti sindacali di cui al Titolo III della legge stessa, almeno sino al referendum del 1995 che ne pone in crisi l'impianto. Come osserva G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 63, le leggi che hanno avvertito l'esigenza di selezionare, per altre finalità rispetto allo "Statuto", i sindacati con tale criterio si dividono in due categorie. Con la prima, sono stati individuati i sindacati cui è concesso il potere di designare propri rappresentanti in organi collegiali (ad es. CNEL). La seconda categoria di leggi, di peculiare interesse in questa sede, si prefigge l'obiettivo di selezionare le organizzazioni sindacali abilitate alla stipula dei contratti collettivi richiamati dalla legge. Un esempio rilevante di tal fatta è rinvenibile nell'art. 4, comma 11 della legge n. 223/1991, il quale affida – in mancanza delle r.s.a.- ai contratti collettivi stipulati con le associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale il notevole potere derogatorio dell'art. 2103 c.c.. In assenza di definizioni normative, la dottrina non ha tardato ad osservare che quello in discorso altro non è se non un criterio di rappresentatività presunto – o "storico" -, in quanto riferito al dato acquisito dell'effettività del grado di azione sindacale delle tre maggiori confederazioni (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 64). In tal senso A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2007, 132, sottolinea che la chiave di volta del sistema sia stato il rapporto unitario che si è costituito con il patto federativo del 24 luglio 1972, che consente un'identificazione con la base di tutti i lavoratori, iscritti e no, e quindi il completo distacco della nozione "politica" di rappresentatività dal concetto giuridico di rappresentanza.

La lacuna definitoria normativa determinava anche la necessità di elaborare indici che consentissero, in concreto, l'individuazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative, soprattutto ove fosse in questione un contratto stipulato da associazioni diverse da quelle "storiche". La necessità di elaborare vari indici, e l'insufficienza del ricorso al solo indice quantitativo del

numero di iscritti, derivava anche dall'osservazione che quello in discorso è un criterio che si presta ad essere misurato non in termini comparatistici, ma assoluti (P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000, 18). I maggiori indici individuati dalla giurisprudenza sono: la consistenza del numero di iscritti, l'effettivo svolgimento di azione sindacale e di contrattazione, la presenza della sigla sindacale in più settori produttivi e più territori. Peraltro, le oscillanti interpretazioni pretorie non hanno consentito a tali criteri di stabilizzarsi compiutamente. Inoltre, l'entrata in scena di varie organizzazioni sindacali minoritarie ed il cennato referendum del 1995 hanno posto in crisi la nozione in parola (cfr. P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., 22 ss.), inducendo il Legislatore a mutare prospettiva ed a orientarlo verso il criterio del sindacato "comparativamente più rappresentativo". Non si è mancato di evidenziare, nel contesto della crisi della rappresentatività "storica", la rottura del patto federativo del 1972 (A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, cit., 167). La rottura dell'unità sindacale determinava la caducazione di quella *ratio* della adeguatezza sociale delle scelte normative, che si è visto essere il fondamento del fenomeno della contrattazione collettiva "delegata". Infatti, tale *ratio* poggiava sulla unitaria rappresentanza di interessi della classe lavoratrice da parte delle grandi confederazioni.

## 6. Il sindacato comparativamente più rappresentativo

Si è osservato da più parti che il metodo più utilizzato dal Legislatore, per la disciplina del modello integrativo legge-contrattazione, sia oramai quello del "sindacato comparativamente più rappresentativo"; per quanto riguarda l'oggetto specifico della presente ricerca, il criterio in parola risulta il solo adottato nelle varie fattispecie sanzionatorie amministrative che accolgono la compartecipazione della fonte pattizia collettiva. Ne deriva la necessità di una particolare attenzione nella presente sede.

Come nel caso della maggiore rappresentatività, anche riguardo al concetto in questione la legge non specifica i criteri per l'individuazione dei contratti, o dei soggetti sindacali, legittimati a produrre gli effetti previsti. Di conseguenza, si registrano vari dibattiti in dottrina sul tema. Come suggerisce la stessa denominazione, la figura in esame impone una selezione, mediante un confronto di rappresentatività, dei soggetti sindacali legittimati alla stipula del contratto collettivo cui la legge rinvia. Tuttavia, sulle modalità della comparazione la dottrina risulta profondamente divisa sotto vari riguardi.

Come ha rilevato A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, cit., 203, l'esordio della nuova formula avviene con l'art. 2, comma 25 della legge n. 549/1995, di interpretazione autentica

della legge n. 398/1989, al fine di selezionare il contratto collettivo applicabile per la determinazione dei minimi contrattuali da adottare come base per il calcolo dei contributi previdenziali.

La nuova scelta normativa ha creato una notevole criticità, puntualmente notata da G. FERRARO *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, 10, il quale afferma che mentre quello della “maggiore rappresentatività” era un criterio tendenzialmente aperto e inclusivo, il meccanismo della comparazione è intrinsecamente selettivo. In costanza di unità di azione sindacale, osserva l'autore, esso è in grado di funzionare adeguatamente, in contrapposizione a un sindacalismo minoritario e frazionistico, che dà luogo al fenomeno dei cc.dd. contratti pirata. Tuttavia, il metodo diventa oltremodo problematico nel momento in cui, venuta meno l'unità tra le principali confederazioni, la comparazione si sviluppa all'interno delle stesse. Quando ciò si verifica, conclude tale dottrina, il contratto “delegato” dalla legge potrebbe essere stipulato anche soltanto da alcuni dei sindacati richiamati, secondo il paradigma dei cc.dd. contratti separati (su cui si veda *infra* § 7). Tale possibilità crea, in effetti, un notevole problema di compatibilità costituzionale, con l'art. 39, comma 4, Cost., di tutte quelle norme che rinviano a contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Secondo V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, cit., l'adozione legislativa della formula del sindacato comparativamente più rappresentativo segna il passaggio da una rappresentatività presunta ad una verificata attraverso il principio di maggioranza: in presenza di più contratti, osservano gli autori, deve essere stabilito la prevalenza dell'uno o dell'altro in virtù del principio detto, applicato mediante un procedimento di comparazione fondato sulla copertura associativa di ciascun soggetto sindacale.

Secondo l'approfondito studio di P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., 279, il criterio in parola ha aggravato il già non semplice quadro determinato dal metodo della maggiore rappresentatività. Anche se, osserva l'autrice, il criterio comparato segnasse il passaggio al principio maggioritario di derivazione costituzionale, ciò non determinerebbe un nesso tra qualità rappresentativa dei sindacati ed efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, difettando un'espressa previsione normativa in tal senso. La dottrina in parola evidenzia «l'assoluta incertezza» della nozione circa: la fase della negoziazione in cui effettuare la comparazione- *ex ante* ovvero *ex post* alle trattative -; la possibilità che il raffronto avvenga, o meno, all'interno dei sindacati maggiormente rappresentativi; l'individuazione dei criteri selettivi; infine, l'oggetto stesso della comparazione – contratti ovvero sindacati -. La conclusione tratta da tale orientamento è che l'introduzione del concetto in questione ha accresciuto il *deficit* di trasparenza e democraticità del sistema, rendendolo oltremodo vulnerabile, in special modo nei periodi di divisioni sindacali tra le

grandi confederazioni. A questo proposito, l'autrice pone in dubbio l'idoneità del metodo in caso di contratti separati. Nella stessa ottica si pone S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, CEDAM 2005, 141, che evidenzia soprattutto la criticità della mancanza di una soglia minima quantitativa per la selezione del sindacato comparativamente più rappresentativo. In tal senso, secondo l'autrice, sarebbe necessario l'intervento del Legislatore al fine di conferire effettività a regole di rappresentanza che, anche con norme dell'ordinamento intersindacale, ne sarebbero altrimenti prive. Secondo S. SCARPONI, *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, cit., 4, la formula in esame, oltre a possedere scarsa idoneità selettiva per la sua vaghezza, ha perso ogni valore di garanzia a seguito dell'adozione dell'art. 8 del d.l. 148/2011. Tale norma, disponendo la legittimazione a negoziare in capo a qualunque sindacato "comparativamente più rappresentativo", ha fatto definitivamente meno la condizione che aveva consentito di ritenere il sistema sindacale di fatto in grado di imporsi quale modello alternativo all'art. 39, seconda parte, Cost.. In tal modo, la legge, in luogo di contrastare la competizione sindacale, la riproduce nella misura in cui fa riferimento all'eventualità di stipulazioni non unitarie in capo ai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Alla stregua dell'impostazione di P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 120, i criteri da utilizzare per misurare la maggiore rappresentatività comparata possono essere tratti dalla giurisprudenza formatasi in relazione al modello della maggiore rappresentatività, ai quali l'autore aggiunge anche i dati quantitativi dei voti ricevuti all'esito delle elezioni RSU e quello delle deleghe sindacali. Questo orientamento ritiene che il criterio in parola abbia introdotto il principio maggioritario. In tal senso, tale dottrina valorizza il carattere selettivo dell'avverbio "comparativamente" in due diverse direzioni. La prima opera in relazione ai soggetti sindacali («a tutti gli altri soggetti sindacali che stipulino contratti collettivi»), essendo diretta ad evitare che il potere integrativo della legge possa esercitarsi da un sindacato minoritario, in riferimento ad un unico contratto di settore da questo stipulato. In caso di unico contratto, dunque, questo potrebbe produrre gli effetti di legge solo se stipulato da un sindacato – o da una coalizione di sindacati – che rappresentino la maggioranza del comparto. Va, peraltro, registrato che in dottrina è stato anche sostenuto che «il contratto che ha solo sé stesso come termine di comparazione non può conseguire gli effetti previsti dalla norma legale» (C. LA MACCHIA, *L'esercizio della rappresentanza sindacale*, in *RGL*, 2004, 165). La seconda direzione segnalata opera nelle ipotesi di concorrenza di diversi contratti collettivi già stipulati; in tal caso, prevarrebbe il contratto stipulato dalla coalizione sindacale maggiormente rappresentativa secondo i criteri menzionati. Questa lettura consente la comparazione anche all'interno dei sindacati "storicamente" maggiormente rappresentativi. Nel caso dei contratti

“separati”, tale dottrina ritiene che la scelta vada fatta comparando le organizzazioni che, nel loro insieme, raggiungano la soglia della maggiore rappresentatività. Tale lettura sarebbe confermata dalla modifica legislativa del d.lgs. 276/2003 che non parla più di contratti stipulati “dai”, bensì “da” sindacati comparativamente più rappresentativi. Tale modifica lessicale nel linguaggio normativo è stata oggetto di aspre critiche da parte di taluni settori dottrinali, che ne hanno letto la volontà – politica - di estromettere una parte rappresentativa del sindacato (tra gli altri, L. MENGHINI, *Incostituzionalità del concetto di sindacato comparativamente rappresentativo e carattere distorto dell’attuale dibattito sull’art. 18 St. lav.*, in *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, in [www.aidlass.it](http://www.aidlass.it), 27). La stessa dottrina, più recentemente (P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell’evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2, 2014, 378 ss. e *Tenuta e rilancio del modello del sindacato comparativamente più rappresentativo dopo il protocollo del 31 maggio 2013*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, CEDAM 2014, 341 ss.), alla luce della tendenza normativa all’aziendalizzazione delle relazioni sindacali, ha ritenuto oramai inadeguati gli indici di rappresentatività individuati per il sindacato maggiormente rappresentativo. Conseguentemente, tale orientamento propone una “decodificazione” ermeneutica della formula normativa in esame utilizzando i parametri di rappresentatività sindacale adottati nell’ultima, feconda, stagione contrattuale confederale e, segnatamente, nel Protocollo del maggio 2013 e nel c.d. T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. In tale ottica, l’autore suggerisce di adottare la soglia del 5%, quale media del dato elettorale con il dato associativo, quale criterio ermeneutico diretto ad individuare i sindacati comparativamente più rappresentativi legittimati ad attuare negli accordi collettivi la delega legale. Inoltre, trasponendo anche su questo punto le regole convenzionali introdotte dal protocollo del 2013, si propone che la regola contrattuale oggetto di rinvio legale sia ritenuta valida solo se espressa in contratti collettivi di lavoro sottoscritti da organizzazioni sindacali che nel loro complesso giungano al 50% +1 della rappresentatività. Con l’affermazione del principio maggioritario, l’autore ritiene di superare le obiezioni in merito alla dubbia validità di accordi delegati sottoscritti da sigle sindacali nel loro complesso minoritarie, sebbene comparativamente più rappresentative. Questa dottrina non manca di evidenziare che una tale operazione ermeneutica estensiva si rileva necessaria, in quanto il valore solo obbligatorio e *inter partes* del protocollo del maggio 2013 non consente, in linea di stretto diritto, di ritenere che i criteri ivi adottati valgano automaticamente per le ipotesi di rinvio legale.

## 7. Gli accordi “separati”

Circa il problema dell'efficacia soggettiva degli accordi separati (sul quale per la posizione della giurisprudenza cfr. P. TOMASSETTI, *Accordi separati e tutela del dissenso nella giurisprudenza*, in *ADL*, 2015, 2, 483 ss.) G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, cit., sostiene che il contratto nazionale di categoria a firma separata non sfugge alla regola, accolta dalla dottrina prevalente, secondo cui il vincolo giuridico che nasce dalla sottoscrizione del contratto nazionale di categoria impone al datore di lavoro iscritto alla organizzazione stipulante l'applicazione delle clausole collettive a tutti i prestatori di lavoro, anche non iscritti ad alcun sindacato o iscritti ad un sindacato non firmatario. Secondo tale orientamento, in presenza di un nuovo contratto collettivo nazionale stipulato soltanto da alcuni sindacati, i lavoratori non iscritti al sindacato stipulante possono rinunciare all'applicazione della nuova disciplina collettiva e accontentarsi dei minimi di legge o accettare - anche tacitamente o per comportamento concludente o in virtù della clausola di rinvio - le clausole, non solo quelle più favorevoli, del nuovo contratto collettivo non sottoscritto dal loro sindacato. Nel caso del contratto aziendale “separato” l'autore ritiene sostanzialmente replicabile tale schema: il contratto aziendale, essendo firmato soltanto da alcune di quelle parti che hanno firmato il contratto nazionale, è efficace soltanto nei confronti dei sindacati che lo hanno sottoscritto e degli iscritti secondo il principio della rappresentanza associativa. I lavoratori iscritti al sindacato dissenziente possono rifiutare, in ragione del loro vincolo associativo, il trattamento previsto da questo contratto e rivendicare il trattamento previsto dal contratto nazionale. Secondo la diversa impostazione di A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, cit., l'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva di diritto comune non conseguirebbe alle regole civilistiche della rappresentanza e, quindi, all'adesione sia del datore che del dipendente alle associazioni stipulanti. Essa discenderebbe, invece, dalla prassi generalizzata di inserire nella lettera di assunzione una clausola di rinvio al contratto di primo livello stipulato dall'associazione imprenditoriale alla quale il datore di lavoro è iscritto o che, comunque, costui utilizza. Di conseguenza, secondo tale orientamento, l'accordo separato trova applicazione in base alla clausola di rinvio dinamico contenuta nel contratto individuale di lavoro, rispetto alla quale l'iscrizione del datore di lavoro all'associazione imprenditoriale assume rilievo perché orienta la scelta del contratto collettivo applicabile che, però, viene compiuta dai soggetti del rapporto individuale di lavoro nell'esercizio della loro autonomia privata. La pretesa del lavoratore di distaccarsi dal contratto separato non avrebbe fondamento giuridico in quanto determinazione

unilaterale inidonea a modificare l'accordo individuale di rinvio dinamico alla contrattazione collettiva. A diversa conclusione questa dottrina perviene in caso di accordo separato modificativo di un contratto collettivo ancora in vigore: il primo è vincolante soltanto per le organizzazioni sindacali che lo hanno sottoscritto, per i lavoratori che ad esse aderiscono e per quelli che manifestano, anche per comportamenti concludenti, la volontà di uniformarsi al nuovo accordo modificativo. Viceversa, per i lavoratori iscritti al sindacato dissenziente, continua ad applicarsi - finché resterà in vigore - il contratto collettivo che si intendeva modificare. Differente è l'opinione di A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 124/2011, secondo cui la rottura dell'unità sindacale fa venire meno il sistema a cui il rinvio del contratto individuale a quello collettivo andrebbe riferito. L'autore sostiene, cioè, che il rinvio aperto a tutti gli esiti della contrattazione collettiva si interrompe quando muta l'identità dei soggetti collettivi stipulanti, dovendosi ritenere che in tal modo sia mutata la stessa fonte di produzione normativa oggetto di rinvio. Ne discende, secondo questa tesi, che è necessario tornare al diritto comune dei contratti, con la conseguente conclusione che gli accordi aziendali possono dirsi applicabili agli iscritti alle associazioni stipulanti, ma non anche ai lavoratori iscritti a sindacati dissenzienti, né a quelli non iscritti ad alcun sindacato, salvo che lo vogliano o mostrino di volerlo, rinviandovi esplicitamente o implicitamente.

In una diversa prospettiva si colloca M. TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *DRI*, 2011, 2, il quale valorizza il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, primo comma, cit.. Tale dottrina non esclude, secondo la prassi del nostro sistema di relazioni industriali e di lavoro, che un'intesa "separata" possa proiettare la propria sfera di validità ed efficacia giuridica ben oltre la cerchia degli iscritti alle associazioni stipulanti. L'autore ritiene necessaria una valutazione caso per caso in ragione della natura dell'istituto disciplinato ovvero della tipologia di intervento contrattuale, per esempio in funzione di una delega di tipo "normativo" o "gestionale" concessa dalla legge al contratto collettivo sottoscritto, di regola, da soggetti sindacali dotati di un sufficiente ovvero qualificato grado di rappresentatività.

Nelle ipotesi di rinvio legislativo alla contrattazione, secondo A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *RGL*, 2010, 1, la mancata sottoscrizione da parte del sindacato più rappresentativo, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo, renderebbe dubbia la legittimità costituzionale della norma legale di rinvio, per violazione del principio di ragionevolezza, ove si ritenga che il rinvio determini l'applicazione al contratto di un regime giuridico analogo a quello della legge. L'autore ritiene che solamente la

stipulazione di contratto collettivo da parte di un soggetto - o coalizione - incontestabilmente più rappresentativo consenta l'integrazione tra norma legale e clausola contrattuale: altrimenti l'interesse generale non potrebbe essere legittimamente espresso dalla seconda. L'autore sostiene anche che il contratto "separato" ha rilievo esclusivamente per i datori e lavoratori iscritti alle organizzazioni stipulanti e per i lavoratori che manifestino in via formale o per fatti concludenti l'intenzione di aderire a esso.

Sul tema, F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *RGL*, 2010, 1, 10, ritiene che la divisione tra le organizzazioni sindacali di più significativa rappresentatività, in un dato settore, renda inevitabile, ai fini dell'operatività delle discipline legali di rinvio, la verifica in concreto del carattere comparativamente più rappresentativo della coalizione firmataria del contratto in rapporto all'insieme dei soggetti sindacali esistenti nel settore. Solo in tal modo è possibile, secondo questa dottrina, riempire gli spazi regolativi delegati dal legislatore che utilizza la formula selettiva, pena l'invalidità o inefficacia delle norme contrattuali poste in tale ambito, in assenza del requisito soggettivo della coalizione stipulante. L'autore ritiene, peraltro, che in tal caso non si ponga la questione dell'efficacia generale o limitata del contratto collettivo ma, semmai, dell'efficacia dispositiva: ove in una specifica occasione un contratto dovesse essere sottoscritto da una o alcune soltanto delle organizzazioni normalmente ritenute più rappresentative, e dovesse rilevarsi l'assenza del requisito di prevalente rappresentatività della coalizione stipulante in rapporto ai soggetti collettivi dissenzienti, le regole poste in attuazione della legge dovrebbero ritenersi inefficaci anche per i lavoratori e le imprese iscritte alle associazioni stipulanti. Pertanto, il problema non sarebbe quello della legittimazione alla rappresentanza, ma della legittimazione regolativa della fonte contrattuale in rapporto a quella legale: questa ultima rimarrebbe inderogabile da parte di atti stipulati da coalizioni prive della rappresentatività comparativamente più elevata.

## **8. Il ruolo del contratto aziendale e la sua efficacia soggettiva**

Ai fini della presente analisi del modello integrato tra fonte eteronoma e fonte autonoma, appare necessaria la trattazione delle problematiche del contratto aziendale, che interessa in quanto anch'esso pienamente coinvolto – in particolar modo nella disciplina dei tempi di lavoro di cui al d.lgs. n. 66/2003 - nelle figure di illecito amministrativo. Inoltre, come si vedrà, il livello decentrato svolge un ruolo rilevante anche sotto forma di contrattazione di prossimità.

Il livello aziendale di negoziazione presenta peculiari caratteri, strutturali e funzionali, che valgono a distinguerlo da quello dei livelli superiori. Le questioni che si agitano in questo ambito

riguardano l'efficacia soggettiva del patto decentrato – e la sua discussa riconducibilità all'art. 39 Cost. - e la possibilità di adattare a tale livello l'elaborazione relativa alla rappresentatività comparata.

*In primis*, bisogna considerare che la dottrina è profondamente divisa sull'applicabilità dell'art. 39, seconda parte, Cost. al contratto aziendale. Da una parte c'è la tesi di chi sostiene che il contratto aziendale si sottrarrebbe alle disposizioni costituzionali e che, quindi, una legge che ne disponesse l'efficacia soggettiva generalizzata sarebbe pienamente legittima; dall'altra, vi è l'orientamento di coloro che ritengono l'accordo aziendale soggetto, come tutti gli altri livelli contrattuali, all'art. 39 Cost., con la conseguente illegittimità costituzionale di leggi – come l'art. 8 del d.l. 138/2011, di cui al prossimo paragrafo – che ne dispongano l'efficacia *erga omnes* senza il rispetto della disposizione costituzionale. Come sottolinea T. TREU *Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011. L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, 3, 12 s.: «...la dottrina e la giurisprudenza si sono da tempo esercitate ad argomentare la (possibile) efficacia generale di tali contratti, pur nell'attuale ordinamento sindacale di fatto, quindi al di fuori delle strettoie dell'articolo 39 della Costituzione; ma con risultati incerti».

Per limitare il dibattito ai contributi più recenti ed autorevoli, a sostegno della prima tesi A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, 294 ss. sottolinea come la formulazione dell'art. 39, seconda parte, Cost. mal si concili con i caratteri del contratto aziendale. In questo senso, il sindacato menzionato nella norma costituzionale è un organismo molto strutturato, piuttosto distante dagli attori della contrattazione aziendale, dalla commissione interna alle attuali RSU. Anche in riferimento alla legittimazione a contrattare con efficacia generale, sono rinvenibili incongruenze, come le plausibili ridotte dimensioni delle rappresentanze unitarie, che potrebbero essere composte da pochi iscritti rispetto al complesso dei dipendenti; in tal modo, si avrebbe una sostanziale elusione del principio proporzionalistico di cui all'art. 39 cit.. L'autore conclude che a stipulare contratti *erga omnes* sarebbero così soggetti privi di reale rappresentatività, in contrasto con lo spirito della norma costituzionale. Nella stessa linea di pensiero, E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 202/2014, secondo il quale sia la lettera, sia la genesi storica, sia infine la *ratio* dell'art. 39 Cost. deporrebbero nel senso della sua inapplicabilità al contratto aziendale. In primo luogo, la lettera della norma costituzionale si riferisce alla categoria, concetto avulso dall'ambito aziendale; inoltre, l'esigenza dell'estensione *erga omnes* sarebbe propria del contratto di categoria nazionale, rimanendo estranea al contratto aziendale, rispetto al quale il fattore unificante è dato dalla dipendenza da uno stesso datore di lavoro. Infine, la stessa procedura costituzionale confermerebbe l'estraneità del contratto aziendale, poiché essa sarebbe espressione del potere di

rappresentanza legale della categoria professionale che la norma costituzionale conferisce al collegio dei sindacati registrati. G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, 6, sostiene che l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale si giustifica in virtù dell'autorevolezza delle associazioni sindacali stipulanti ed alla unitarietà del datore di lavoro, il quale non ha interesse all'applicazione differenziata del contratto aziendale; ed in tale prospettiva l'autore cita a supporto il divieto di discriminazione. Nel caso di rinvio legislativo, questa dottrina evidenzia l'efficacia qualificativa "a monte" della selezione dei soggetti stipulanti, che deriverebbe dalla volontà legislativa di disciplinare la fattispecie in maniera unitaria. In una prospettiva simile si colloca F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *GDLRI*, 2012, 133, 21 ss., la quale pone l'accento, più che sull'indivisibilità dell'interesse collettivo sotteso al contratto aziendale, sull'indivisibilità della materia su cui il patto aziendale, specie se di carattere "gestionale", è chiamato ad intervenire. Inoltre, questa dottrina valorizza le cc.dd. clausole d'inscindibilità, le quali presuppongono che la disciplina collettiva, per realizzare il suo scopo di tutela, non può essere frammentata dal lato dei destinatari.

Sul versante opposto si colloca A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *GDLRI*, 1997, 75, 423, secondo il quale il contratto aziendale è sottoposto all'art. 39 Cost., poiché anche il gruppo dei lavoratori dipendenti dal medesimo datore costituirebbe una delle categorie richiamate dalla disposizione costituzionale. Inoltre, quelli aziendali, ricorda l'autore, sono contratti collettivi a tutti gli effetti e sottoposti, come tali, alla relativa disciplina. Nell'articolata prospettazione della dottrina in esame, si segnala l'acuta osservazione secondo cui il contratto aziendale non può avere efficacia generale in quanto afferente ad interessi indivisibili – come sostenuto dalla tesi avversa –, giacché un conto è l'esigenza da tutelare, un altro è lo strumento normativo legittimato a soddisfarla, il quale deve essere compatibile con il disposto costituzionale. In linea con tale interpretazione F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale*, in *Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, ADAPT *Labour studies*, e-book series n. 26, 2014, XVII, il quale afferma che la contrattazione aziendale rientra a pieno titolo nell'ultimo comma dell'art. 39 Cost., sia per *ratio*, poiché si tratta pur sempre di conferire alla contrattazione un'efficacia *ultra partes* che le è intrinsecamente estranea; sia per la lettera, giacché il termine "categorie" deve essere interpretato come equivalente ad unità contrattuali di qualsiasi livello, e la frase «con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce» è riferita proprio ai lavoratori non iscritti alle associazioni stipulanti, a prescindere dagli ambiti dei relativi contratti. A tali argomentazioni V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi: Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *GDLRI*, 2012, 136, 501, aggiunge che escludere i contratti aziendali

dalla parte seconda dell'art. 39 Cost., significherebbe implicitamente, e paradossalmente, sostenere che per tali contratti l'effetto 'estensivo' prefigurato dal Costituente non sarebbe mai realizzabile, neppure in caso di attuazione della norma costituzionale. Invero, l'autore ricorda che l'art. 39 cit. introduce, nel nostro ordinamento, non il divieto, ma l'eccezione al divieto di efficacia soggettiva generalizzata del contratto collettivo. Argomenti simili sono utilizzati da U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *RGL*, 2012, 3, secondo il quale l'unico modo per pervenire alla stipulazione di contratti collettivi a efficacia generale, evitando di incorrere nel limite derivante dalla previsione libertaria del comma 1, è l'utilizzazione dello schema previsto dallo stesso legislatore costituente nella seconda parte dell'art. 39 Cost.. Invero, alla stregua di questa impostazione, l'art. 39 Cost., al comma 1, prevede anche la libertà sindacale negativa di poter rifiutare di aderire a un sindacato nonché di potersi sottrarre all'esercizio, da parte di terzi, di un potere di rappresentanza sindacale. Ciò significa che nessuno può essere costretto a rispettare un contratto collettivo stipulato da soggetti che non lo rappresentano. Questa dottrina aggiunge che il concetto di «categoria», rilevante ai fini della procedura negoziale finalizzata alla stipula del contratto collettivo a efficacia generale deve essere, volta a volta, identificata dalle parti sociali, nel pieno esercizio della loro libertà sindacale e contrattuale. L'argomentazione confuta l'obiezione della tesi avversa secondo cui il costituente non poteva avere consapevolezza di contratti aziendali all'epoca della predisposizione dell'art. 39: resta valida la necessità di riconoscere alla parola «categoria» un significato "aperto", attribuendo, in attuazione del principio di libertà sindacale, all'autonomia sindacale e contrattuale il compito di dare a esso contenuto concreto.

Riguardo al problema dell'adattabilità al livello contrattuale decentrato della nozione di rappresentatività comparata, P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005, 125 ss., osserva, con riferimento al d.lgs. 276/2003 – anche se, va notato, che il problema sussiste anche per i rinvii alla contrattazione collettiva operati dal d.lgs. 66/2003 in materia di orario di lavoro-, che la previsione normativa di declinare detta nozione ai livelli decentrati determina evidenti complicazioni, derivanti dalla sua originaria adozione a livello nazionale o confederale. In tal senso, l'autore evoca il rischio che l'indefinito concetto di "territorio" sia potenzialmente utilizzabile per individuare aree contrattuali *ad hoc*, appositamente create per riconoscere rappresentatività a sindacati di dubbia consistenza. Più in generale, tale dottrina osserva che il Legislatore non ha esplicitato che la rappresentatività comparata a livello nazionale racchiude in sé quella del livello decentrato, sicché essa non può che essere verificata al livello della contrattazione "delegata" dalla legge. La peggiore ipotesi si verifica, secondo questo orientamento, allorquando si ha un rinvio generico alla contrattazione collettiva, privo di riferimenti

ai relativi livelli; in tali casi, non è chiaro come bisogna effettuare la verifica della rappresentatività comparata. L'autore propone una lettura conforme alla *ratio* complessiva del rinvio legislativo al contratto collettivo: posto che la formula selettiva è diretta ad individuare il contratto dotato di maggiore effettività, tale dato non può che essere apprezzato con riguardo al corrispondente livello di contrattazione, pena l'assoluta indeterminatezza del carattere della rappresentatività.

## 9. I contratti di prossimità

Nel dibattito sulle interrelazioni tra fonti di diritto del lavoro, già molto articolato, è necessario tener conto della rilevante innovazione normativa dei contratti di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. 138/2011, convertito in legge 248/2011. In merito, la dottrina maggioritaria ha espresso notevoli riserve, oltre che sull'opportunità, sulla legittimità costituzionale di una disposizione che muta profondamente il sistema delle fonti del diritto del lavoro. In tale quadro, L. FASSINA, *Costituzione e articolo 8 della legge. n. 148/2011: il fascino «indiscreto» di una norma irragionevole*, in *RGL*, 2013, 2, 617 ss. sostiene che il problema dell'illegittimità costituzionale dell'art. 8 cit. si pone, innanzitutto, per contrasto con il principio di legalità, che l'autore individua nell'art. 101 Cost.. Secondo questa dottrina, si è in presenza di un sovvertimento del sistema delle fonti, tale per cui la legge, senza averne disponibilità, autorizza la propria subordinazione alla fonte pattizia territoriale ed aziendale. Inoltre, la disposizione contrasterebbe con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della non arbitrarietà e ragionevolezza, poiché essa non offrirebbe tutela alcuna delle posizioni di interesse del lavoratore, se non il riferimento ai limiti derivanti dal «rispetto della Costituzione» di cui al comma 2-*bis*. Detto riferimento, secondo questa tesi, si limita ad elencare le vastissime materie derogabili e le altrettanto ampie e indistinte finalità degli accordi. In tal modo, la legge si spoglia del proprio compito di sintesi degli interessi e non risulta utilizzabile per la verifica di proporzionalità-congruità tra costi e benefici. Secondo G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 129/2011, l'art. 8 non può sottrarsi a censure d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 Cost., giacché contempla l'efficacia generale dei contratti territoriali ed aziendali con criteri di rappresentatività sindacale – che secondo l'autore potrebbero portare alla stipula di contratti conclusi da sindacati rappresentativi di minoranze di prestatori - e procedure diversi da quelli imposti dalla disposizione sovra-primaria. Tra l'altro, questa dottrina propone un'interpretazione logica della norma che stabilisce la derogabilità della legge ad opera della contrattazione di secondo livello (territoriale ed aziendale): premessa la palese irragionevolezza del disposto in questione ove interpretato

letteralmente - che renderebbe il livello secondario di contrattazione sovraordinato rispetto a quello nazionale - si sostiene che esso abbia abilitato anche la contrattazione nazionale a derogare alla disciplina di fonte primaria. Sull'argomento M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 2012, 1, 8 individua un criterio di ragionevolezza nel fatto che esso è concesso solo in presenza di specifiche esigenze del contesto produttivo e che solo a livello aziendale possono essere individuate queste specifiche esigenze. Per I. SENATORI, *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, il principale punto critico della norma è costituito dalla compatibilità con l'art. 39 Cost. dei criteri selettivi delle organizzazioni sindacali abilitate a stipulare contratti di prossimità. In particolare, l'autore segnala la mancata indicazione, nella norma, dei criteri di misurazione della rappresentatività dei contraenti, anche se il primo comma dell'art. 8 rinvia in proposito agli «accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011». Non è pacifico, invero, «se detto rinvio operi unicamente in merito alla misurazione della rappresentatività maggioritaria delle istanze sindacali in sede decentrata (di cui alle clausole 4 e 5 dell'accordo interconfederale), ovvero se si estenda ai criteri di certificazione della rappresentatività delle organizzazioni esterne (di cui alla clausola 1 dell'accordo interconfederale), che a tale stregua potrebbe servire ad identificare le "associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale" menzionate nel primo comma dell'articolo 8». Sul punto, C. ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL* 2014, 4-5, 857 ss. rammenta che le associazioni comparativamente più rappresentative non possono, come tali, costituire loro rappresentanze sindacali, come pretenderebbe l'espressione utilizzata dal 1° comma dell'art. 8 cit.. L'autore, in merito all'efficacia generale del contratto di prossimità, ritiene che l'espressione utilizzata dalla norma, "lavoratori interessati", evochi la possibilità che vi siano dissenzienti. In tale ricostruzione, non si ritiene possa applicarsi un sistema di deroghe alla contrattazione nazionale e alla legge, attesa la mancata delega alle organizzazioni sindacali da parte di lavoratori, per l'appunto, non interessati. L'impostazione di U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, cit. si appunta, più specificamente, sul contrasto tra art. 8 ed art. 39, seconda parte, Cost., poiché la disposizione di legge citata, essendo la prima dal 1959 a porsi l'obiettivo esplicito di attuare la Costituzione, deve essere analizzata rigorosamente alla luce del dato costituzionale. Ebbene, secondo l'autore, il contrasto detto non può essere negato, poiché l'art. 8 cit. non reca traccia della registrazione dei sindacati, né del principio proporzionalistico richiesti dalla norma costituzionale.

Altro parere notevolmente critico è quello di A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 132/2011, i quali sostengono che si è operato uno stravolgimento del sistema delle fonti del diritto del lavoro, poiché l'autonomia collettiva della contrattazione di prossimità può regolamentare le materie di riferimento con la stessa "forza" della legge e gli interessi che essa esprime sono considerati equivalenti a quelli pubblici posti a fondamento delle norme inderogabili di legge. Gli autori evocano, inoltre, il rischio di una lesione generale del principio di uguaglianza, poiché i criteri che giustificano la stipula di intese con efficacia generalizzata ed in deroga alla legge ed al C.C.N.L. sono così generici da impedire una effettiva selezione in base alla diversità delle singole situazioni interessate. In sostanza, questa tesi rimarca che si affida alla contrattazione collettiva un potere incontrollato di deroga, che potrà consentire differenze sostanziali di trattamento non giustificate da ragionevoli diversità. Altro intervento che evidenzia limiti di costituzionalità dell'art. 8 è quello di C. ZOLI, in F. CARINCI (a cura di) *Contrattazione in deroga*, IPSOA, 2012, il quale sostiene il contrasto della disposizione con l'art. 39, comma 1 Cost., a causa dello stravolgimento del sistema delle fonti contrattuali ideato dalle parti sociali, con l'art. 3 Cost., per la creazione di un diritto del lavoro frammentato e diversificato, e con l'art. 35 Cost., per la rinuncia ad un sistema lavoristico di tutela minima dei diritti dei prestatori. A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013, I, affronta, in chiave molto critica, tre aspetti della contrattazione di prossimità introdotta dall'art. 8 della l. n. 148/2011. Il primo aspetto è teorico-concettuale: la contrattazione di prossimità viene collocata nell'alveo della tendenza ad un neo-feudalesimo giuridico, che nel diritto del lavoro prende la forma della aziendalizzazione della regolazione. Il secondo aspetto è comparatistico: l'art. 8 sembra rappresentare un *unicum* nel panorama europeo, caratterizzato da un modello organizzato di decentramento contrattuale, simile solo al sistema spagnolo. Il terzo aspetto è applicativo: l'analisi di taluni accordi concretamente stipulati suggerisce di identificare tre tipi di utilizzo della contrattazione di prossimità; ad un uso solo prudenziale ed improprio, caratterizzato dal ricorso all'art. 8 in aree ove erano già consentite deroghe alla legge, si affianca un uso corretto e fisiologico, ma non mancano casi di abuso del potere di deroga attribuito alle «specifiche intese» dall'art. 8, in quanto – tra l'altro – carenti dell'idonea specificazione degli obiettivi in concreto perseguiti. A questo proposito l'autore ritiene che la contrattazione di prossimità sia astretta da reali vincoli di scopo tali da rendere possibile una declaratoria di nullità delle clausole incoerenti o contrastanti con tali vincoli. Pertanto, questa dottrina opina nel senso che deve ritenersi invalido non solo l'accordo che non indica alcuna finalità, ma anche quello che le

indica in modo talmente generico da rendere impraticabile il vaglio giudiziario di adeguatezza e congruità causale.

Anche F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 133/2011 si esprime in termini molto critici sull'art. 8 cit., per motivi di opportunità e costituzionalità simili a quelli sopra illustrati da altri autori. L'illustre dottrina, peraltro, evidenzia che la norma menziona solo la parte sindacale legittimata a concludere contratti territoriali di prossimità, con la conseguenza che l'efficacia generale *ex lege*, per tale livello, deve ritenersi relativa ai soli lavoratori (nello stesso senso A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., di cui in seguito nel testo). Ne deriva che i datori di lavoro rimasti estranei all'accordo territoriale non sono tenuti ad applicarlo. Ancora, l'orientamento in questione ritiene che la formula normativa di un «criterio maggioritario relativo alle ... rappresentanze sindacali», che condiziona l'efficacia *erga omnes* della contrattazione di prossimità, sia tanto generica da risultare del tutto sprovvista di operatività. Ulteriore osservazione riguarda la possibilità di un contrasto tra un contratto nazionale che, ai sensi di un disposto precedente, abbia introdotto una deroga alla legge e un contratto aziendale, *ex art. 8*, che sostituisca quella deroga con un'altra. Se il contratto è di categoria, la deroga originaria dovrebbe essere sostituita da quella introdotta dal contratto aziendale concluso secondo l'art. 8, come tale efficace rispetto a tutti dipendenti. Tale conclusione contribuisce, secondo l'autore, a potenziare l'impatto destabilizzante e destrutturante sul sistema contrattuale, sì da rendere ancor più percepibile il contrasto con l'art. 39, co. 1, Cost.. A tutti i dubbi di costituzionalità avanzati in dottrina C. ROMEO, *Riflessioni sulla contrattazione di prossimità e dintorni*, in *MGL*, 2011, 12, 872, aggiunge un grave fattore di incertezza sulla tenuta degli accordi eventualmente stipulati ai sensi dell'art. 8: le possibili censure d'incostituzionalità della Consulta sulla disposizione determinerebbero la caducazione automatica, per il venire meno del relativo presupposto di legittimità, di tutte le intese di prossimità.

A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., invita a distinguere tra efficacia derogatoria ed efficacia soggettiva dei contratti di prossimità. Dal primo punto di vista, l'autore sostiene che l'articolo 8 abilita i contratti collettivi di prossimità alla deroga *in peius* rispetto alle norme imperative di legge, in presenza dei requisiti di legittimazione, delle finalità e delle materie stabilite dai commi 1 e 2. L'efficacia soggettiva, invece, è legata al requisito maggioritario stabilito dal comma 1, il quale opera sul versante dei lavoratori e non su quello dei datori di lavoro. Da tale limitazione questo orientamento fa conseguire la realizzazione dell'efficacia *erga omnes* solo in caso di contratto di prossimità aziendale; se invece si tratta di contratto territoriale, l'effetto *ultra partes* riguarda solo i lavoratori

dipendenti da datori di lavoro vincolati al contratto medesimo, non i datori di lavoro svincolati da tale contratto e i loro dipendenti.

Altra parte della dottrina si attesta su una diversa posizione, apertamente adesiva al nuovo sistema della contrattazione di prossimità. In tal senso, M. TIRABOSCHI, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *DRI*, 2012, 1, evidenzia le potenzialità della norma, che non può essere ritenuta un intervento dirigista che interferisce nelle dinamiche intersindacali, ma uno strumento che affida all'autonomia degli attori sociali un libero e responsabile sistema di relazioni industriali. Il tema del primato di una contrattazione di prossimità, secondo l'autore, trova un autorevole antecedente nello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi, il quale valorizzava la "derogabilità assistita" anche nel rapporto tra contratto individuale e legge, oltre al primato della contrattazione aziendale su quella nazionale. Sullo stesso fronte, A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Boll. ADAPT*, 2011, n. 32, secondo il quale con l'art. 8 cit. sarebbe stato introdotto il principio di responsabilità nello Stato sociale. Al fine di superare la tecnica della norma inderogabile di diritto del lavoro, che produrrebbe rigidità incapaci di adeguarsi alle diverse situazioni reali, l'autore sottolinea che l'art. 8 ha attuato la derogabilità assistita come tecnica della regola specifica e del caso concreto, che trasforma la norma imperativa in semi-imperativa. Si affida così agli attori sindacali il proporzionamento delle tutele a specifici contesti, al fine di favorire sviluppo ed occupazione. Sul piano tecnico, questa dottrina sottolinea che le finalità dell'accordo di prossimità sono dalla legge previste in modo così ampio, che difficilmente in giudizio se ne potrà dichiarare la nullità. Per quanto concerne i soggetti stipulanti, la formulazione normativa induce a ritenere che, ai fini derogatori della legge e della contrattazione nazionale, sia sufficiente la stipula anche di una sola delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, giacché, secondo tale orientamento, la regola della maggioranza prevista dalla norma varrebbe esclusivamente per l'efficacia *erga omnes*. Circa la costituzionalità dell'art. 8, nella parte in cui dispone l'efficacia *erga omnes* degli accordi di prossimità, l'autore sostiene che condizione necessaria è che alle trattative ed alla stipulazione possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati.

Sul piano dell'effettività, P. TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, in *ADL*, 2014, 6, 1334, illustrando i risultati di una ricerca sul decentramento contrattuale condotta nelle aziende della Lombardia, evidenzia lo scarso ricorso pratico all'istituto, che l'autore quantifica nell'1,4 % del campione esaminato. Tra le cause di tale mancato decollo della contrattazione vi sarebbero, oltre allo scarso interesse delle attuali

parti sociali, la perdurante situazione di crisi economica che impedirebbe l'attuazione della logica di investimento propria dell'istituto.

In ordine al problema del rapporto dell'art. 8 con la legislazione previgente, A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit. evidenzia il rilevante impatto della disposizione sulla legislazione preesistente, nel senso che le condizioni dell'efficacia *ultra partes* dei contratti aziendali e territoriali in deroga siano, oggi, in linea generale, quelle stabilite dall'art. 8. Quest'ultimo, alla stregua del pensiero dell'autore, non solo ha conformato tutte le preesistenti previsioni legislative recanti rinvii alla contrattazione collettiva aziendale e territoriale, ma ha anche attribuito alle medesime efficacia *ultra partes*. Tale dottrina sostiene anche che sono retti dall'art. 8 tutti gli accordi decentrati stipulati, anche se privi di un qualunque riferimento a detta norma. Di diverso avviso è L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, cit., 143 s., che sostiene la facoltà di scelta della contrattazione aziendale tra la norma speciale che prevede la possibilità di stipula di un contratto di secondo livello – con conseguente applicazione del tradizionale orientamento della giurisprudenza, che afferma l'equiparazione delle pattuizioni nazionali e decentrate - e l'art. 8 cit., con le opportunità ed i vincoli in esso previsti.

Recentemente è emersa l'opposta questione, riguardante la disposizione in esame, quella cioè del suo rapporto con normative successive che incidano nelle medesime materie di competenza della contrattazione di prossimità con rinvii di varia natura alla contrattazione collettiva. La dottrina è divisa tra chi ritiene che l'art. 8, in quanto norma speciale, continui a trovare applicazione autonoma e chi, invece, ne sostiene l'abrogazione implicita in relazione a quelle materie oggetto di disciplina posteriore. Nel primo senso si segnala l'opinione di G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, cit., secondo il quale, posto che l'art. 8 riconosce al contratto aziendale il duplice effetto dell'efficacia generale e di quella derogatoria, i contratti dell'art. 8 costituiscono una specie particolare. Queste caratteristiche del contratto, secondo l'autore, inducono a ritenere che l'art. 8 non può ritenersi formalmente abrogato da normative successive, come ad es. il d.l. 20 marzo 2014, n. 34 sul contratto a termine, che abbiano disciplinato diversamente la materie già prese in considerazione dalla stessa disposizione. Di parere opposto è S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *RGL*, 2015, 1, 121 ss., la quale sostiene l'abrogazione implicita dell'art. 8, almeno nei casi in cui le riforme legislative abbiano regolato un particolare istituto prevedendo appositamente competenze derogatorie in capo ai contratti collettivi, come nel caso del contratto a termine e del mutamento delle mansioni del lavoratore. Nello stesso senso, M. MISCIONE, *Le collaborazioni autonome dopo il Jobs Act*, in *DPL*, 2015, n. 14, 866, il quale ha osservato che il potere della contrattazione collettiva, previsto dall'art.

47 comma 2 lett. a) dello schema delle «nuove tipologie contrattuali» del *Jobs Act* solo per i sindacati confederali, abrogherebbe per incompatibilità il potere analogo attribuito ai contratti di prossimità, stipulabili da qualunque rappresentanza purché approvati con votazione a maggioranza dei lavoratori, in merito alle «modalità d'assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite Iva» (art. 8, comma 2, lett. e, d.l. n. 138/2011). Secondo V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 233/2014, in tema di mansioni con l’art. 1, comma 7, lettera e) della legge n.183/2014, si introduce una ipotesi “speciale” che dovrebbe costituire una deroga alla disciplina generale di competenza normativa introdotta dall’art. 8 della L. 148/2011. In termini dubitativi si esprime P. RAUSEI, *Contratti di prossimità dopo il Jobs Act*, in *DPL*, 2015, 27, il quale evidenzia la portata generale ed astratta dell’art. 8 cit., e la coerenza interna della norma in prospettiva diacronica, del quadro normativo di riferimento. In tale quadro, potrebbe riconoscersi, secondo l’autore, ancora una operatività significativa dei contratti collettivi di prossimità anche rispetto alla nuova disciplina del d.lgs. n. 81/2015, fatta eccezione, presumibilmente, per gli ambiti regolatori affidati esclusivamente alla contrattazione di livello nazionale. In questo contesto rileva in particolare l’art. 51 del d.lgs. 81, che sembra aver abilitato, in via generale, i contratti 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» - alla deroga alle norme di legge, ridimensionando la portata dell’art. 8. In proposito, M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro* Adapt labour studies, e-Book series n. 45, 28, ritiene invece che gli spazi di deroga *in peius* concesso dal decreto-legge n. 138 del 2011 vengano 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 di modificazione della disciplina legale per opera della contrattazione collettiva (non solo di livello nazionale ma anche aziendale) siano chiaramente ed espressamente delineati dal legislatore del testo organico. In merito ai rapporti tra la riforma del *Jobs act* e la preesistente contrattazione collettiva si veda lo studio ADAPT *Jobs Act: l’operatività del “Codice dei contratti” alla luce della contrattazione collettiva*, Working Paper ADAPT, 21 settembre 2015, n. 181 che presenta i risultati di una mappatura della disciplina delle tipologie contrattuali nella contrattazione collettiva di rilevanza nazionale in ventisei settori dell’economia, e in quarantuno integrativi aziendali. In particolare, sono state raccolte informazioni relative ai seguenti contratti: contratto a termine e somministrazione; part-time; lavoro ripartito.

Nel contesto comparato europeo, l'unico paese che si ritiene abbia adottato un sistema simile a quello del contratto di prossimità è la Spagna; F. NAVARRO NIETO, *La riforma del quadro giuridico della contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2012, 928 ss., evidenzia che la legge n. 3/2012 ha conferito priorità ed autonomia alla contrattazione aziendale, riducendo il condizionamento dei livelli superiori. L'autore osserva che quella al decentramento contrattuale è una tendenza comune a molti paesi europei, tra cui la Germania; tuttavia, solo in Spagna ed in Italia tale processo avviene attraverso l'iniziativa della legge e non degli attori sociali, con il pericolo di un decentramento eterodiretto e disorganizzato. I contratti aziendali possono derogare ai contratti di livello superiore, statale o di comunità autonoma, in talune materie indicate dalla legge, la cui ampiezza suscita in questa dottrina non poche perplessità. Le deroghe devono essere giustificate con la ricorrenza di "cause economiche, tecniche, organizzative o produttive", formula normativa così generica da far dubitare sulla sua reale precettività. Per di più la legge pone una presunzione relativa di sussistenza delle causali, con il risultato che il controllo giudiziale è limitato all'esistenza di frode, dolo, coercizione o abuso del diritto nel concludere l'accordo. In tal modo, osserva l'autore, le deroghe della contrattazione aziendale, lungi dal configurarsi quali ipotesi eccezionali, diventano strumenti fisiologici di sistema. Il modello spagnolo contiene un altro elemento peculiare, che suscita anch'esso notevoli perplessità in questa dottrina, costituito dalla previsione dei soggetti abilitati a stipulare le clausole in deroga; in mancanza dei rappresentanti sindacali aziendali, la legge autorizza direttamente i lavoratori a negoziare con il datore, attraverso una commissione composta di dipendenti dell'azienda o da rappresentanti sindacali di settore. Quindi, la legge spagnola affida funzioni tipicamente sindacali a soggetti che simile natura di contropotere collettivo non hanno. A. OJEDA AVILÉS, *La priorità legale del contratto aziendale. Un quadro mancante nel continente europeo*, in *DRI*, 2, 2014, 529 ss., pone in rilievo, tra l'altro, una fondamentale differenza tra il modello italiano di decentramento contrattuale e quello spagnolo e cioè la possibilità di deroga non solo al contratto nazionale, ma anche alla legge.

## Capitolo II

### **Il contratto collettivo nel sistema sanzionatorio amministrativo**

Il modello integrativo tra legge e contrattazione collettiva, come più volte anticipato, è stato adottato anche nel campo del diritto sanzionatorio del lavoro. La scelta legislativa di affidare all'autonomia collettiva talune fattispecie sanzionatorie amministrative si spiega certamente con l'intenzione di creare un sistema punitivo il più possibile prossimo al consenso dei destinatari, al fine di perseguire il fondamentale obiettivo dell'effettività del medesimo sistema. E' questa, del resto, una tradizionale finalità di ogni ordinamento.

Le interrelazioni tra la fonte eteronoma e quella autonoma affondano le proprie radici in quello che è stato definito il diritto "riflessivo", teoria che parte dal presupposto che il diritto - ed in particolare il diritto positivo - è inadeguato ad affrontare la complessità della società ed a governarne i conflitti. Di conseguenza, è necessario dare spazio all' "autoregolamentazione regolata" dei gruppi sociali (G. TEUBNER, *Reflexives Recht, Archiv für rechts- und sozialphilosophie*, 1982, p. 13 ss.). Secondo L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *RIDL*, 1988, I, 7, il diritto riflessivo è «il diritto statale che si ripiega su se stesso lasciando spazio alla normazione di altre fonti e limitandosi a regolarne le procedure e i presupposti di legittimazione». Da questo punto di vista, è indubbio che nell'ottica del Legislatore sia particolarmente importante cercare l'adesione dei potenziali destinatari delle sanzioni - i datori di lavoro -, attraverso un sistema che li vede compartecipi attraverso una contrattazione liberamente scelta. Dunque, un sistema sanzionatorio congegnato non in una dimensione meramente repressiva, ma in un'altra che contempla il concorso dei consociati, in vista dell'obiettivo del massimo possibile in termini di tenuta complessiva del medesimo sistema. In linea con tale evoluzione, nella recente normativa, si è assistito ad una notevole espansione del modello consensuale ed incentivante del sistema sanzionatorio lavoristico, di cui sono espressione la diffida (art. 13 d.lgs. 124/2004), la conciliazione monocratica (art. 11 d.lgs. 124 cit.), la prescrizione (art. 15 d.lgs. 124 cit.) e la disposizione (art. 14 d.lgs. 124 cit.). In merito a tali istituti si rinvia a P. RAUSEI, *Le ispezioni del lavoro, Procedimento, verbali, conciliazione e difesa*, in *DPL Oro*, 2014, 2, in cui sono illustrati tutti i poteri ispettivi ed il procedimento sanzionatorio, nonché ai contributi contenuti in P. RAUSEI,

M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma*, 2014 ADAPT *professional series* n. 3. Peraltro, segni della recente evoluzione “consensuale” del sistema sanzionatorio sono rinvenibili anche in taluni principi generali dell’ordinamento pubblicistico.

## 1. La crisi del principio di legalità

È d’obbligo premettere che la specifica finalità del presente studio non consente, nemmeno parzialmente, di illustrare l’ampia letteratura sul principio di legalità, sicché ci si limiterà a riportare l’opinione di quegli autori ritenuti a quella strettamente pertinenti.

La dottrina pubblicistica tradizionale (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 583) riconduceva il principio di legalità al primato della legge, inteso come soggezione dell’azione dei pubblici poteri alle leggi ed alla Costituzione. La dottrina più moderna (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2009, 42 ss., F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè 2006, 845 s.) esprime una posizione maggiormente articolata evidenziando che il necessario rispetto del principio di legalità, da parte della P.A., comporta che l’azione amministrativa – anche di carattere normativo-regolamentare - abbia uno specifico fondamento legislativo (principio di legalità formale) e che sia conforme alla disciplina sostanziale posta dalla legge (principio di legalità sostanziale). In quest’ultimo senso, la legge costituisce parametro dell’attività dei pubblici poteri; peraltro tale dottrina precisa che per legittimità dell’atto si intende la sua conformità a parametri anche diversi dalla legge, ancorché ad essa collegati, quali le fonti secondarie da essa richiamate.

Peraltro, si è anche sottolineata da tempo la crisi della legalità, come “relativizzazione” del primato della legge nell’ordinamento (cfr., tra gli altri, S. FOIS, in *Enc. Dir.*, voce *Legalità, principio di*, 1973, nonché, più recentemente, L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 3, 885 ss. e C. MEOLI, *Il declino della legge statale*, in *Libro dell’anno del Diritto*, Treccani, 2013). In questo quadro, P. STANCATI, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica* de Il Sole 24 ore, voce *Legalità, Principio di*, 696 s. osserva come detto processo si caratterizzi per la crisi del potere legislativo come luogo di produzione normativa e per la sua riconosciuta difficoltà nell’esplicare integralmente la funzione legislativa, in ragione delle molteplici istanze, di ordine anche socio-economico provenienti dallo Stato-comunità. In tale fenomeno di erosione della funzione legislativa si verifica l’immissione di fonti materialmente, sebbene non formalmente, alternative rispetto alla fonte legislativa.

S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 2005, 2, 467 ss. sottolinea il nesso tra l’istanza democratica, espressa attraverso il principio di

rappresentanza, ed il principio di legalità. L'obiettivo ideale di tale legame è individuato nell'autonormazione dei destinatari delle norme, i quali creano da sé stessi le regole cui dovranno uniformarsi.

Da altra prospettiva, che pone in rilievo una dimensione dialettica tra il diritto pubblico ed il diritto sindacale, è utile evidenziare come, sempre in ambito pubblicistico (S. FOIS, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, voce *Legalità, Principio di*, cit.), si sia affermato che il principio di legalità, in quanto pretende di porsi come criterio di validità degli atti di produzione del diritto, esclude la concepibilità di una norma per cui la validità dei medesimi dipenda puramente e semplicemente dall'effettività, criterio molto invocato da taluni settori della dottrina sindacalista. Invero, ove si rovesciassero i termini della menzionata dicotomia, nel senso della prevalenza di una pretesa effettività, si avvererebbe il rischio secondo cui il singolo giurista, in definitiva, affermi come «diritto» ciò che egli spera diventi effettivamente tale, o ciò che ritiene probabile diventi effettivamente tale, o ciò che abbia avuto la forza di imporsi di fatto come tale. Secondo l'autore, il principio di effettività, considerato nelle sue implicazioni e conseguenze, in ultima analisi entra in radicale contrasto col principio di legalità.

## **2. Delegificazione e deregolamentazione**

Nella dottrina costituzionalista, T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, 1987, 865 già evidenziava il fenomeno della delegificazione in senso ampio come dismissione della disciplina di una determinata materia o attività ad opera di norme contenute in fonti legali. La delegificazione in senso stretto, o tecnico, riguarda, secondo questo orientamento, il trasferimento della disciplina normativa dalla sede legislativa a quella regolamentare. Invece, l'autore indica una delle modalità del differente fenomeno della deregolamentazione (o *deregulation*), nell'affidamento a poteri privati di parti della disciplina di determinate e specifiche materie o attività. Dottrina più recente (F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004, 224), riprendendo l'ultima impostazione illustrata, ha proposto una distinzione tra i due fenomeni, secondo la quale mentre la delegificazione consiste nel trasferimento della disciplina di una materia dalla sede legislativa a quella regolamentare, la deregolamentazione consiste nella rinuncia dello Stato a disciplinare alcuni settori, sia con normazione primaria che secondaria, lasciando spazio all'autonomia privata.

L'autorevole orientamento di A. PIZZORUSSO, in *Enc. dir.*, 1999, voce *Delegificazione*, indica con il termine delegificazione un intervento legislativo volto a consentire che una materia, regolata mediante l'impiego di una fonte primaria, venga ad essere invece disciplinata, a partire da un certo

momento, mediante l'impiego di una fonte regolamentare, abrogandosi la disciplina legislativa contemporaneamente all'entrata in vigore della disciplina regolamentare di essa, o restringendola alla semplice indicazione di una serie di principi al cui perseguimento la disciplina regolamentare deve essere orientata. Tale dottrina sostiene che la delegificazione non va confusa con la deregolamentazione, che si realizza quando lo Stato rinuncia a disciplinare una determinata materia con norme giuridiche imposte autoritativamente, lasciando spazio all'iniziativa degli operatori del settore. Rileva particolarmente, nella presente sede, l'osservazione dell'autore secondo la quale un'ipotesi che riunisce in sé caratteri dell'uno e dell'altro tipo è quella che si ha nei casi di delegificazione a favore dell'autonomia sindacale: i contratti collettivi, infatti, costituiscono manifestazione di autonomia privata, ma derivano la loro efficacia *erga omnes* da un'attribuzione di competenze normative che nel nostro sistema generalmente si ricava solo per implicito dalle disposizioni vigenti. A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni de diritto*, in *GDLRI*, cit., 155 ss., osserva come, tra l'altro, il nuovo rapporto tra legge e contrattazione collettiva, che registra il declino della fonte eteronoma in vari ordinamenti europei, trovi il suo fondamento teorico nella dottrina *Law and Economics*. Essa tende a rapportare tutte le regole di un ordinamento giuridico ad un calcolo di utilità, che rappresenta la fonte e la misura della loro legittimità. Tale tendenza fa ritenere il consenso come condizione necessaria e sufficiente della legittimità della regola di diritto e l'individuo come fonte ultima di ogni legittimità. Questa nuova dimensione si può rilevare in tutte le branche del diritto, ivi comprese quelle tradizionalmente affidate all'eteronomia. Tra gli esempi, l'autore cita la contrattualizzazione dell'azione dei pubblici poteri ed i dispositivi di patteggiamento della pena.

### **3. Il principio di sussidiarietà**

In tale quadro rileva il principio di sussidiarietà orizzontale, ora codificato nell'art. 118, comma 3 della Costituzione. Una dottrina pubblicistica (A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubblico*, 2002, 1, 52) ha evidenziato come tale principio definisca i rapporti tra la sfera d'intervento pubblica e quella privata – da intendersi come singoli o gruppi organizzati –, nel senso che la priorità sia da assegnare a quest'ultima e sia dato quindi spazio residuale alla prima. L'autrice osserva che la disposizione costituzionale citata valorizza la funzione dei soggetti pubblici come fautori della promozione e del sostegno dell'attività di interesse generale svolta dai cittadini, singoli o associati. In generale, questa dottrina sottolinea come le leggi che danno attuazione alla sussidiarietà orizzontale non affermino la valenza negativa del principio stesso, quale dovere di astensione della sfera pubblica. Piuttosto, il

significato che la legislazione nazionale conferisce alla sussidiarietà è quello di imporre all'intervento pubblico di svolgersi secondo un criterio di prossimità alle istanze dei consociati, nella direzione dello sviluppo della personalità degli individui. Perché ciò possa verificarsi in modo adeguato è necessario, tra l'altro, un'adeguata selezione dei soggetti privati "delegati" a svolgere attività di interesse pubblico. Secondo altra dottrina amministrativistica F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit. 1013, in relazione all'attività amministrativa il principio di sussidiarietà orizzontale si traduce nella semplificazione e delegificazione dei procedimenti amministrativi, secondo il paradigma degli artt. 20 e ss. della legge n. 59/1997, che, tra l'altro, consente la sostituzione dell'attività amministrativa diretta con forme di autoregolamentazione da parte dei cittadini. Con particolare riguardo all'incidenza della sussidiarietà sul sistema delle fonti, G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la «semplificazione»*, in *Dir. Amm.*, 2001, 2-3, 284 ss., evidenzia una nuova concezione della legge come norma sulla normazione, cui spetta, quale fonte regolatrice del sistema, il ruolo di ordinazione e distribuzione delle competenze normative. In questa ottica, la legge risponde alla sua identità anche quando sceglie di autolimitarsi in favore di altre fonti, secondo il criterio di competenza piuttosto che quello di gerarchia. È la competenza, sottolinea l'autrice, che implica la vicinanza agli interessi coinvolti ed il miglior soddisfacimento degli stessi.

#### **4. I principi del sistema sanzionatorio amministrativo:**

##### **a) Riserva di legge**

È noto che il sistema sanzionatorio amministrativo, analogamente a quello penale, sia retto dal principio della riserva di legge, sotto-partizione del principio di legalità di cui all'art. 1 della legge 689/81. Peraltro, a differenza del sistema penale, quello sanzionatorio amministrativo non sancisce il principio in una norma di rango costituzionale, ma in una legge ordinaria, l'art. 1 cit.. Ci si è chiesti, allora, in sede ermeneutica se possa rinvenirsi un ascendente costituzionale al principio di legalità posto dall'art. 1 della legge 689 cit.. La questione ha una rilevanza pratica notevole, poiché le disposizioni che si ponessero in contrasto con il detto principio sarebbero non semplicemente in contrasto con una legge anteriore – l'art. 1 della legge 689 cit., appunto -, bensì costituzionalmente illegittime. Ebbene, la dottrina unanime sostiene la tesi della "costituzionalizzazione" del principio di legalità anche nel sistema sanzionatorio amministrativo; peraltro, si discute sulla precisa individuazione della disposizione costituzionale di riferimento. Gli orientamenti in merito sono due, l'uno che sostiene il riferimento all'art. 23, l'altro all'art. 25,

comma 2, della Carta Costituzionale; in linea di massima, a tale distinzione corrisponde quella tra chi sostiene la riserva relativa e, rispettivamente, assoluta di legge. E' noto che tale ultima distinzione condiziona il rapporto tra le fonti della fattispecie sanzionatoria: mentre la riserva relativa ammette la compartecipazione della fonte secondaria, quella assoluta, in linea di principio, non consente tale ruolo, o lo limita fortemente, alla fonte extralegislativa.

Riguardo al rapporto tra fonti sublegislative e principio di legalità delle sanzioni amministrative, secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 2001, 1005, la riserva di legge in materia di sanzioni amministrative non è assoluta, come in materia penale, ma relativa; ne deriva che, sebbene alla legge sia riservata comunque una preminenza nella produzione della fattispecie, è ben possibile l'eterointegrazione della fonte primaria con fonti di rango inferiore. Peraltro, l'autore non esclude che l'art. 25 comma 2 Cost. affermi la riserva di legge rispetto all'intero sistema punitivo, purché la riserva di legge si ritenga assoluta in diritto penale e relativa nel diritto sanzionatorio amministrativo. Nel medesimo filone interpretativo, C. E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative - I principi dell'illecito amministrativo: i fondamenti costituzionali*, in *Enc. Dir.*, 1989, sostengono che in materia di illecito amministrativo la riserva di legge sia ricavabile dall'art. 23 Cost., con conseguente carattere relativo della stessa. Pertanto, secondo questi autori, uno spazio può essere lasciato alla normazione regolamentare, richiedendosi solo che il legislatore fissi con sufficiente determinatezza i principi e i criteri per l'esercizio del potere regolamentare da parte dell'autorità amministrativa cui è rimessa la definizione della previsione sanzionatoria. Peraltro, gli stessi autori osservano che, pur essendo il principio di legalità in materia ascrivibile all'art. 23 Cost., il legislatore del 1981 ha riprodotto pressoché testualmente la formula impiegata dal Costituente nell'art. 25 comma 2 Cost.. Ne deriva, secondo tale dottrina, una parificazione dei due tipi di illecito (penale ed amministrativo) nel regime delle fonti, con l'eccezione della possibilità di una competenza legislativa regionale in materia sanzionatoria amministrativa. Il principio sancito dall'art. 1 va, quindi, accreditato degli stessi contenuti vincolanti che si ricavano dall'art. 25 comma 2 cit.. La conclusione che l'orientamento in parola trae da tali osservazioni è che la funzione di garanzia connessa alla riserva di legge si realizzi nella limitazione delle fonti del diritto sanzionatorio amministrativo alla legge - statale e regionale - in senso formale ed agli altri atti aventi forza di legge. Inoltre, che l'art. 1 afferma un principio di legalità e, in particolare, di riserva «tendenzialmente assoluta» di legge sia con riferimento al precetto, sia con riferimento alla «pena». Alle disposizioni extralegislative, conclude la dottrina in parola, è interdotta, a livello di normazione primaria, tanto l'integrazione «precettiva» della fattispecie sanzionatoria amministrativa, quanto la fissazione delle relative sanzioni. P. CERBO, *Sanzioni amministrative* in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 593 ss., nonché ID., in

*Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, 5426, esprime un'analogia posizione: secondo questo orientamento, sebbene l'art. 23 Cost. esprima una riserva relativa di legge, l'art. 1 della legge 689 ne esprime, invece, una assoluta, giacché riprende quasi letteralmente l'art. 25, comma 2 Cost.. Tuttavia, posto che la riserva assoluta è formulata in una disposizione di legge, e non nella Costituzione, una legge ordinaria ben può derogare all'art. 1 cit.- secondo il brocardo *lex posterior derogat priori*-, prevedendo che la condotta sanzionata sia delineata in una fonte secondaria. Inoltre, è sempre ammessa l'eterointegrazione tecnica della norma primaria da parte della fonte extralegislativa. Secondo F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004, 230, a favore della natura relativa della riserva di legge in materia di illecito amministrativo depone la disposizione di cui all'art. 20-bis della legge n. 50/1999, la quale estende l'ambito di operatività della delegificazione regolamentare ai «procedimenti amministrativi che prevedono obblighi la cui violazione costituisce illecito amministrativo». Come osserva questa dottrina, tale disposizione presuppone la natura relativa della riserva di legge di cui all'art. 1 della legge 689 cit., nella misura in cui consente che il precetto possa essere interamente disciplinato dal regolamento di delegificazione, mentre affida all'esclusiva sfera di azione della legge la sola sanzione.

F. VERGINE, *Il principio di riserva di legge in materia di sanzioni amministrative. Abrogazione dell'art. 106 tulcp e legge n. 689/1981*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), in commento al Parere del Consiglio Stato, sez. I, 17 ottobre 2001, n. 885, osserva che il fenomeno della etero-integrazione del precetto legislativo mediante fonti secondarie è pacificamente ritenuto ammissibile anche nel sistema sanzionatorio amministrativo, al pari di quanto l'art. 25 Cost. consente in materia di reati. Tuttavia, afferma ancora l'autore, occorre sempre una "delega" del legislatore statale che autorizzi la fonte secondaria a specificare gli elementi costitutivi del fatto delineati dalla norma primaria, oppure preveda le sanzioni amministrative applicabili per l'ipotesi di violazione delle fonti subordinate. Pertanto, la riserva di legge relativa posta dalla Costituzione e dall'art.1 della legge n. 689/1981 impedisce che il regolamento – o altra fonte secondaria - preveda il fatto e la sanzione amministrativa, potendo solo disciplinare aspetti delegati dalla legge alla fonte secondaria.

La tesi avversa al carattere relativo della riserva di legge nel sistema sanzionatorio amministrativo è stata già sostenuta da NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1982, 19, secondo il quale l'art. 25, comma 2 cit. afferma la riserva – assoluta - di legge in riferimento ad un concetto sostanziale di punizione, che afferisce a qualsiasi trattamento punitivo, anche extrapenale. Tale concezione è stata recentemente ripresa da F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amministrativo- TAR*, 2013, 1228 ss., il quale evidenzia l'insufficienza sia dell'art. 23 Cost. sia dell'art. 1 della legge 689/81, a costituire fondamento per il principio di legalità dell'illecito

amministrativo, dovendosi invece optare per una riserva assoluta di legge con copertura costituzionale *ex art. 25, comma 2 Cost.*, in maniera analoga alla disciplina penale. Secondo l'autore, tale conclusione è confortata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché dagli ultimi arresti della Consulta – in particolare la sentenza n. 196/2010 -. Ne deriva il rifiuto della fonte sublegislativa quale base della potestà sanzionatoria.

Secondo D. M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 366, il problema della natura, assoluta o relativa, della riserva di legge in materia sanzionatoria amministrativa va sdrammatizzato, giacché, per un verso, anche l'art. 25 Cost. ammette l'eterointegrazione del precetto con fonti secondarie e, per altro verso, l'art. 23 Cost. non lascia libero il legislatore di fissare il confine tra disciplina legislativa e integrazione delle norme secondarie. Invero, entrambe le disposizioni costituzionali – come pacificamente interpretate in dottrina e giurisprudenza - pongono il principio – o limite – della sufficiente determinatezza della fattispecie da parte della legge. Pur essendo tale limite flessibile, in campo sanzionatorio i margini di eterointegrazione secondaria sono estremamente ridotti, dovendo la legge fissare in modo preciso gli estremi del precetto, il tipo ed i limiti edittali della sanzione. L'autore conclude che anche l'art. 23 Cost. vieta alla fonte legislativa di demandare alla fonte subordinata, oltre che i caratteri della sanzione, la descrizione degli elementi essenziali del fatto vietato.

## **b) Tassatività**

Il principio di tassatività, di ascendenza penalistica, svolge un ruolo centrale anche nel sistema sanzionatorio amministrativo. Come insegna la migliore dottrina penalistica (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 2001, 64 ss.), mentre la riserva di legge attiene al rapporto tra fonti, la tassatività riguarda la tecnica di formulazione della legge e sta ad indicare il dovere legislativo di determinare precisamente la fattispecie legale, affinché risultino tassativamente stabiliti i confini tra ciò che è illecito e ciò che è lecito. Il principio comporta anche, per il giudice e per altri interpreti, il divieto di analogia, cioè di applicare la fattispecie a casi da essa non previsti. Dunque, la tassatività presiede ad una fondamentale funzione di certezza, di assicurare l'agevole conoscenza delle disposizioni che stabiliscono la fattispecie di illecito da parte dei destinatari, ma anche di garanzia che le figure di illecito non siano dilatate oltre la volontà della legge.

Il principio di determinatezza della fattispecie nel sistema sanzionatorio amministrativo è stato recentemente valorizzato da F.F. TUCCARI, *Il principio di determinatezza*, in A. CAGNAZZO, S.

TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, 2012, 248 ss. nella misura in cui è identificato quale “principio di principi” per la sua capacità di racchiudere in sé e rafforzare l’efficacia degli altri canoni del sistema sanzionatorio. Anche questo autore evidenzia, oltre la detta funzione di certezza, anche la funzione di garanzia della regola della determinatezza, giacché essa, nel settore delle sanzioni amministrative, pone un limite all’attività discrezionale ed ermeneutica della PA nell’individuazione della fattispecie. Sicché quanto più la fattispecie è chiaramente delineata, tanto minore saranno le possibilità di manipolazione dell’interprete, le quali potrebbero sconfinare nell’analogia.

Il fondamento costituzionale del principio di tassatività non è in discussione, potendo rinvenirsi negli artt. 23 e 97 della Carta (C. E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative - I principi dell’illecito amministrativo: i fondamenti costituzionali*, cit.), con la conseguenza che le norme che non ne osservano i postulati sono da ritenere costituzionalmente illegittime. Secondo questo orientamento, dunque, dagli artt. 23 e 97 Cost. è ricavabile un generale obbligo costituzionale di determinatezza della fattispecie sanzionatoria e della sanzione. Tale obbligo è notoriamente funzionale alla realizzazione della *ratio* di certezza connaturata al principio di riserva di legge in tema di sanzioni: non avrebbe senso, ritiene ancora tale dottrina, riservare al legislatore la fissazione di fattispecie così ampie, da essere suscettibili di attribuzione di qualsiasi contenuto da parte dell’autorità competente ad applicare la sanzione.

## **5. Il modello integrativo legge-contrattazione nel diritto sanzionatorio del lavoro**

P. PENNESI, M. TRAVAGLINI, *Il rapporto tra legge e contrattazione nei più recenti orientamenti ministeriali*, in *GLav*, 21/2011, 28 ss. analizzano il tema delle interrelazioni legge-contratto collettivo dal punto di vista degli orientamenti del Ministero del lavoro. Con particolare riferimento alle ipotesi di rinvio normativo alla contrattazione, gli autori osservano che le clausole contrattuali divengono parte integrante del dettato normativo, e pertanto sembrano assurgere a vere fonti del diritto dotate del carattere dell’inderogabilità e di un’efficacia applicativa che travalica i tradizionali limiti dell’orizzonte privatistico. Opportune osservazioni sono riservate all’istituto della diffida, in relazione al quale il nuovo testo dell’art. 13 del d.lgs. 124/2004, come risultante dal “Collegato lavoro”, ha disposto che il personale ispettivo provvede a diffidare i destinatari qualora accerti l’inosservanza, oltre che di norme di legge, anche del contratto collettivo. In merito è richiamato l’orientamento ministeriale espresso nella circolare n. 41/2010, secondo cui la disposizione trova applicazione nelle sole fattispecie in cui la contrattazione collettiva svolga una

funzione integratrice del precetto normativo, per la cui violazione sia stabilita una sanzione amministrativa.

In merito alla funzione del contratto collettivo di integrazione del precetto nelle fattispecie sanzionatorie amministrative, U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit. osservano che non si è in presenza di un effetto legale derivante dalla stipulazione di un accordo, bensì di un effetto sanzionatorio connesso alla sua violazione. In virtù del presupposto, sostenuto dagli Autori, dell'efficacia meramente *inter partes* anche dei contratti collettivi delegati dalla legge a funzioni normative, essi avanzano il dubbio che queste tecniche sanzionatorie si pongano in contrasto sia con l'art. 3 Cost., poiché pongono le basi per un'applicazione differenziata delle sanzioni amministrative, discriminando tra coloro che sono tenuti all'applicazione del contratto collettivo e coloro che non lo sono, sia con l'art. 39 Cost., poiché impongono clausole contrattuali efficaci *erga omnes*, senza rispettare le condizioni imposte dalla disposizione costituzionale.

A. RUSSO, in F. CARINCI (a cura di) *Contrattazione in deroga, Interventi*, cit., con riferimento alla disciplina dell'orario di lavoro, dubita che un accordo di prossimità ex art. 8 della legge 148/2011 possa legittimamente derogare ad obblighi del datore di lavoro presidiati da sanzioni amministrative, giacché in tali ipotesi il legislatore ha disposto per l'indisponibilità dell'interesse protetto dalla norma. In questa visione, un ulteriore limite del ricorso alla contrattazione di prossimità sarebbe da individuare nella natura pubblica degli interessi protetti dalle fattispecie sanzionatorie.

## **6. I poteri ispettivi sulla contrattazione collettiva**

S. MARGIOTTA, *La vigilanza pubblica sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *MGL*, 2006, 12 analizza il fondamento della vigilanza ispettiva sull'applicazione dei contratti collettivi. L'autore sembra propendere per la tesi secondo la quale tale potere ispettivo, attribuito dall'art. 7 del d.lgs. 124/2004, si spiega con la funzione integrativa e complementare della contrattazione rispetto alle norme di diritto obiettivo svolta in virtù dei rinvii da queste a quella. In tal senso, dunque, la potestà dell'ispettore del lavoro può esplicarsi con esclusivo riferimento a quei contratti che svolgono una funzione di fonti del diritto *extra ordinem* secondo l'impostazione seguita anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 344/1996. In senso sostanzialmente adesivo P. RAUSEI, *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2008, 24, sostiene che l'art. 7 del decreto di riforma dei servizi ispettivi consideri il ruolo di «completamento normativo» della contrattazione collettiva rispetto alla disciplina legale, come nei molti esempi in

tal senso contenuti nel d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 in materia di orario di lavoro ovvero anche nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 con riferimento a talune tipologie contrattuali. Secondo l'autore, peraltro, alla luce delle odierne interazioni fra legge e contrattazione collettiva, l'art. 7, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 124/2004, va inteso nel senso di una verifica ispettiva subordinata alla volontà delle parti del rapporto di lavoro oggetto di accertamento di applicare esplicitamente al relativo contratto individuale uno specifico contratto collettivo di lavoro. Invero, l'azione ispettiva deve esplicarsi nel rispetto dei limiti posti dalla libertà sindacale e dal pluralismo sindacale (art. 39 Cost.), da un lato, nonché dalla autonomia negoziale e dalla libertà imprenditoriale (art. 41 Cost.), dall'altro. In tale prospettiva, l'ispettore del lavoro potrà legittimamente verificare la corretta applicazione di contratti collettivi di ogni livello stipulati da una qualsiasi associazione di categoria od organizzazione datoriale con una qualsiasi rappresentanza sindacale dei lavoratori. Tuttavia, l'autore precisa che il personale ispettivo non può omettere di verificare, in forza della natura di diritto comune del contratto collettivo di lavoro, se questo risulta essere effettivamente applicato fra le parti, sia per volontaria adesione alle organizzazioni firmatarie dello stesso sia per rinvio contenuto nel contratto individuale di lavoro. Quindi, alla stregua di tale dottrina, la vigilanza pubblica sul contratto collettivo di lavoro esige la condivisa applicazione di questo nel contesto del rapporto individuale.

Circa i poteri ispettivi sulla contrattazione di prossimità, P. CAPURSO, *Il controllo ispettivo sulla contrattazione collettiva di prossimità*, in *IPrev.*, 2012, 1-2-3-4, 18, sostiene che l'intervento del legislatore con l'art. 8, comporta l'affiancamento, alla tradizionale attività di verifica ispettiva, di un inedito controllo della legittimità della contrattazione collettiva di prossimità e di accertamento della clausola applicabile in regime di pluralità di fonti legali e contrattuali concorrenti. In particolare, secondo l'autore, gli organi ispettivi potrebbero sindacare il rispetto dei parametri fissati dal legislatore in ordine alle finalità dell'accordo, alle materie oggetto dell'intesa, e al rispetto delle fonti superiori inderogabili, a pena di nullità della pattuizione perché contraria a norma imperativa. Nella stessa ottica, A. TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive*, in *DRI*, 2015, 2, 345 ss., secondo cui il potere di contestare la validità della clausola derogatoria peggiorativa della contrattazione nazionale o della disciplina legale per violazione dei limiti previsti dall'art. 8 compete agli organi ispettivi del Ministero del lavoro, cui è istituzionalmente attribuito, dagli artt. 1 e 7 del d.lgs. 124/2004, il generale potere di controllo sull'esatta applicazione dei contratti collettivi di lavoro. Sotto il profilo della legittimazione al controllo, l'autore ritiene inoltre che, nella ipotesi in cui l'accordo di prossimità preveda clausole derogatorie da cui derivino effetti sulla determinazione della retribuzione imponibile ai fini contributivi, il potere di contestare la validità dell'accordo

possa essere legittimamente attribuito anche agli organi ispettivi degli enti previdenziali, rientrando tale ambito di intervento nelle funzioni loro assegnate dall'articolo 6, comma 3, d.lgs. n. 124/2004, ed in quanto portatori di un interesse di natura pubblicistica comunque legittimante l'azione di nullità del contratto *ex art. 1421 c.c.*

## Capitolo III

### Le singole fattispecie sanzionatorie “delegificate”

#### 1. Orario di lavoro

Con riferimento alla materia che più di tutte vede l'attuazione del modello della contrattazione “delegata”, l'orario di lavoro, S. BELLOMO, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, 2007, Giuffrè, I, 724, ritiene che i rinvii formulati dalla legge alla contrattazione collettiva siano destinati ad operare esclusivamente nei confronti degli iscritti ai sindacati stipulanti ed a coloro che accettino consensualmente la loro applicazione; per gli altri lavoratori si dovrebbe far riferimento alle sole norme di legge. L'autore ritiene che la contraria opinione (sostenuta da TREMOLADA, *Commento all'art. 1, primo comma*, in *La nuova disciplina dell'orario di lavoro, Commentario al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, 2003), secondo cui il richiamo legislativo ai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati nominati dall'art. 1, comma 2, lett. m) del d.lgs. 66/2003 equivarrebbe al riconoscimento dell'efficacia soggettiva generalizzata degli stessi contratti, suscita perplessità in relazione all'art. 39 Cost..

In ordine alla possibilità di deroga, A. MARESCA, *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in AA. Vv., *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, in *I Saggi di NGL*, 2005, 41 ss. osserva che la disciplina sui tempi di lavoro di cui al d.lgs. 66/2003 ha autorizzato il contratto collettivo non solo all'integrazione ed alla deroga della fonte primaria, ma anche alla sua sostituzione. Ne potrebbe derivare, secondo l'autore, un effetto inedito, cioè quello di un'attuazione del rinvio all'autonomia collettiva che paralizza l'operatività della stessa legge del dispone il rinvio. L'autore cita gli esempi dell'art. 4, comma 1 del d.lgs. 66/2003, che affida alla contrattazione, in assenza di un tetto legale, di stabilire la durata massima settimanale dell'orario di lavoro e delle eccezioni al riposo settimanale di cui all'art. 9, comma 2 del d.lgs. 66 cit. Quindi, si è passati da una legislazione che consentiva alla contrattazione collettiva di temperare le rigidità della norma primaria, ad una che consente di vanificare le innovazioni introdotte dal legislatore.

Sul problema dell'attuazione da parte della contrattazione collettiva delle deleghe legislative V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 40/2006, sostiene che ove i contratti collettivi

qualificati ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 66, si avvalgano della facoltà di deroga offerta dalla norma, senza però dettare clausole dirette a specificare i profili previsti, spetterà agli interpreti il compito di valutare se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate rispetto alle finalità di tutela della salute perseguite sia dalla disciplina comunitaria, sia dalla legislazione interna che ne costituisce attuazione. Peraltro, secondo tale dottrina, un'analoga valutazione dovrà essere compiuta anche qualora la deroga negoziale contenga specifiche previsioni in merito agli aspetti sopra menzionati; e, in questo caso, il giudizio di adeguatezza sarà compiuto prendendo in considerazione direttamente la clausola collettiva. Una simile valutazione non potrà, inoltre, prescindere da quanto precisato in proposito dalla Corte di giustizia, nella sentenza C-151/02, cd. *Jaeger*. Secondo la Corte, infatti, affinché sia rispettato l'obiettivo della direttiva n. 104 di proteggere in modo efficace la sicurezza e la salute dei lavoratori, i riposi compensativi «devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodo di lavoro consecutivi». Insomma, l'eventuale riduzione del riposo deve essere compensata con riposi «costituiti da un numero di ore consecutive corrispondenti alla riduzione praticata e di cui il lavoratore deve beneficiare prima di cominciare il periodo lavorativo seguente». Solo in circostanze del tutto eccezionali - cioè quando la concessione di equivalenti periodi di riposo compensativo non sia possibile per ragioni oggettive -, infatti, la direttiva consente un'ulteriore riduzione della tutela, prescrivendo comunque che al lavoratore sia concessa una "protezione appropriata". Secondo la dottrina in questione, si può ritenere che tale protezione debba comunque tradursi quantomeno nella garanzia di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che i lavoratori, a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine, cioè di quel riposo adeguato che, a seguito delle modifiche apportate dalla dir. n. 2000/34, il legislatore comunitario intende assicurare persino a lavoratori ai quali talune disposizioni protettive neppure si applicano, come i lavoratori mobili e i lavoratori a bordo di navi da pesca.

P. DARIOLI, *L'orario di lavoro: orario normale e orario massimo di lavoro*, in [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it), offre una completa ricostruzione, in chiave diacronica e sincronica, della disciplina in materia di orario di lavoro, anche riguardo ai profili della vigilanza ispettivi e sanzionatori.

Sulle modalità di vigilanza ispettiva in materia di orario di lavoro P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni*, IPSOA, 2007, 287 evidenzia che l'organo accertatore deve assumere tutte le informazioni che si attagliano al caso concreto dell'azienda da sottoporre a verifica, con particolare riferimento

anche alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, adottata presso l'azienda medesima. Tale informazione è pregiudiziale rispetto all'accertamento del puntuale rispetto della disciplina nella materia *de qua*, ove si realizza una stretta integrazione tra legge e contrattazione collettiva.

In relazione alle singole fattispecie sanzionatorie in cui si realizza il modello integrativo legge-contratto collettivo, P. PENNESI, *Orario di lavoro: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *GLav*, 2005, 11, 17, nega che l'applicazione delle sanzioni, quale conseguenza dell'inosservanza di limiti contrattuali, determini profili di criticità rispetto al principio di riserva di legge di cui all'art. 1 della legge 689/81. L'autore, invero, ritiene che le previsioni contrattuali introducano non un elemento integrativo del precetto normativo, quanto piuttosto una «condizione di non punibilità» dell'agente. Peraltro, questa dottrina scorge problemi di compatibilità con la riserva di legge in relazione alla fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 5, comma 5 del d.lgs. 66/2003 cit., laddove è demandato alla contrattazione collettiva direttamente la fissazione del precetto, giacché la legge rinvia all'autonomia contrattuale, e non ad «un atto almeno di natura amministrativa», la misura dell'obbligo di maggiorazione retributiva per il lavoro straordinario. Secondo il diverso parere di G. LELLA, *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa 2004, il legislatore delegato del d.lgs. 66/2003 avrebbe operato la precisa scelta di non collegare alcuna sanzione amministrativa alla violazione di clausole contrattuali. L'autore ritiene anche condivisibile l'interpretazione del Ministero del lavoro di cui alla circolare 10/1999 – ripresa nella circolare 5/2008 – secondo cui le sanzioni sono applicabili solo al superamento dei limiti legali o di quelli superiori fissati dalla contrattazione collettiva. Non sarebbe, invece, applicabile alcuna sanzione per la violazione di eventuali limiti contrattuali inferiori a quelli legali. L'unica precisazione che tale dottrina introduce nel ragionamento ministeriale attiene alla limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune. Solo entro tali limiti soggettivi, pertanto, il contratto collettivo potrà derogare ai limiti legali, anche innalzandoli. Ancora G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, in *DPL*, Inserto, 2005, 21, svolge un'articolata disamina sui rapporti tra legge e contrattazione collettiva in materia di orario di lavoro. In particolare, l'autore pone l'accento sulle improprie ed a volte palesemente illegittime, soprattutto in relazione alla normativa comunitaria ed alla Costituzione, formulazioni delle clausole dei contratti collettivi esaminati.

In questo ambito rilevano anche le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale. Secondo questo orientamento, ogni volta che la contrattazione contrasti con le norme sovranazionali o costituzionali, anche come interpretate dalla Corti superiori, le eventuali deroghe o integrazioni alla legge sono invalide, con la conseguenza che il personale ispettivo è

tenuto ad applicare il precetto legislativo ed il relativo trattamento sanzionatorio. Tuttavia, l'autore pone il problema della sanzionabilità, ex art. 3 della legge 689/81 sul piano della sussistenza dell'elemento soggettivo, del datore di lavoro che abbia in buona fede applicato le clausole contrattuali collettive illegittime. Secondo questa dottrina, l'organo ispettivo dovrà valutare attentamente tale aspetto, soprattutto in considerazione del fatto che il datore di lavoro è gravato di un obbligo di conoscenza specifica, e non generica alla stregua di un normale cittadino, delle norme che disciplinano il proprio campo di attività.

Con riferimento al rapporto tra la disciplina dell'orario di lavoro di cui al d.lgs. 66/2003 e l'art. 8, G. BOLEGO, *Consenso e dissenso nella struttura della contrattazione collettiva sull'orario di lavoro*, in *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, cit., 296 s. distingue –in seno al d.lgs. 66 cit.- tra rinvii alla contrattazione collettiva “qualificati”, che specificano il livello contrattuale, e rinvii “non qualificati”, che invece non lo fanno. Secondo tale dottrina, l'art. 8 contribuisce a risolvere talune criticità interpretative. Una riguarda l'individuazione del livello contrattuale legittimato ad intervenire in caso di rinvio non qualificato; in tal caso, l'art. 8 dovrebbe definire la questione nel senso – già peraltro sostenuto dalla dottrina dominante prima dell'art. 8 – della derogabilità, anche ad opera della contrattazione decentrata, sia della legge che del contratto nazionale. Per i rinvii qualificati al livello nazionale, l'autore ritiene prevalente l'art. 8, con la conseguenza del possibile intervento di qualsiasi livello contrattuale anche per le ipotesi che il d.lgs. 66 riserva alla contrattazione nazionale.

## **2. Apprendistato**

Tra i contributi dottrinali che trattano dei profili sanzionatori amministrativi in materia di apprendistato bisogna citare, sul piano generale, P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni*, IPSOA, 2007, 479 ss., il quale analizza approfonditamente i poteri ispettivi e le conseguenze sanzionatorie di natura civile ed amministrativa che l'organo di vigilanza deve trarre dalle inosservanze della disciplina legislativa e contrattuale. Di rilievo l'affermazione dell'autore circa la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi – discendente dalla loro natura di diritto comune - richiamati dalla legge, i quali possono applicarsi solo ai datori che abbiano scelto il contratto di riferimento dandone notizia scritta al lavoratore – nel contratto e nella dichiarazione di assunzione – ed al centro per l'impiego – nel modello di comunicazione di assunzione -.

Più specificamente, sul rapporto tra fonti sanzionatorie D. PAPA, *Sanzioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, 2011, 478 ss., osserva che il Legislatore ha inteso sanzionare sul piano amministrativo

l'inosservanza delle disposizioni contrattuali attuative dei principi di cui all'art. 2, comma 1 del d.lgs. 167/2011 (forma scritta del contratto, divieto di cottimo, possibilità di sottoinquadramento, presenza del *tutor*), assegnando alle parti sociali il compito di fissare il contenuto del precetto normativo. L'autore osserva anche che questo non è il primo caso in cui la legge affida alla fonte autonoma il ruolo di creazione del precetto sanzionato in via amministrativa, poiché vi è da considerare il precedente dell'art. 18 *bis* del d.lgs. 66/2003, che impone la retribuzione degli straordinari con le maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva.

Circa il ruolo della contrattazione collettiva, si segnala l'analisi di E. CARMINATI, S. FACELLO, D. PAPA, *L'attuazione della legge Biagi nella contrattazione collettiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011, 139 ss., ove sono illustrate le clausole dei principali contratti collettivi in merito alla disciplina dell'apprendistato.

### **3. Contratto a termine**

Recentemente anche la disciplina del contratto a tempo determinato è stata interessata dall'introduzione di una fattispecie sanzionatoria amministrativa che coinvolge l'autonomia collettiva. Invero, prima con la legge 16 maggio 2014, n. 78, ed attualmente con l'art. 23 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, è stata introdotta una specifica sanzione amministrativa per la violazione del limite quantitativo del ricorso al lavoro a termine.

M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt labour studies, 2014, e-Book series n. 25, 31, osservano che sul piano sanzionatorio, la violazione da parte di una azienda della clausola di contingentamento regolata dal contratto collettivo di riferimento, dovrebbe dare luogo alla sanzione amministrativa, in ragione del fatto che la contrattazione collettiva, nell'esercizio del rinvio legale, si sostituisce alla norma di legge e individua un nuovo *standard*. Quest'ultimo, per le aziende rientranti nel relativo campo di applicazione, o perché iscritte alla associazione datoriale firmataria o perché applicano il contratto collettivo volontariamente, ha forza di legge e quindi dovrebbe assorbire anche il regime sanzionatorio previsto dal Legislatore e dalla magistratura in caso di violazione della fonte eteronoma. Questa dottrina sostiene anche che il venir meno del precetto legale dell'obbligo di motivare l'apposizione del termine al contratto di lavoro, non può implicare la nullità delle clausole della contrattazione collettiva che detto obbligo continuano a prevedere, in quanto si verrebbe ad alterare non solo l'equilibrio raggiunto dalle parti in sede negoziale, ma anche l'autonomia

funzionale che l'ordinamento giuridico, materiale e positivo, riconosce alla contrattazione collettiva.

Il rilevante ed utile studio del gruppo di ricerca ADAPT, *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper ADAPT, 14 aprile 2014, n. 153, ha evidenziato che la riforma del contratto a termine promossa dal decreto-legge n. 34/2014 ha posto alcuni dubbi interpretativi che interessano il rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Le questioni riguardano, secondo lo studio, la clausola di contingentamento legale che fissa al 20% il tetto massimo di contratti a termine e che va a sovrapporsi alle percentuali fissate dalla contrattazione, e l'abrogazione dell'obbligo di motivazione della apposizione del termine al contratto, ancora previsto da alcuni contratti collettivi. L'esame effettuato dal gruppo di ricercatori sulla contrattazione collettiva di rilevanza nazionale e aziendale dimostra che il problema è tutt'altro che teorico. Solamente 3 contratti collettivi (Bancari, Agenzie per il lavoro, Metalmeccanici) sui 15 considerati non prevedono clausole di contingentamento del lavoro a termine. Negli altri settori, il limite percentuale oscilla da un minimo del 7% (Elettrici) ad un massimo del 35% (Autotrasporti). Inoltre, 9 CCNL prevedono una disciplina specifica delle causali, integrativa a quella precedentemente regolata dal decreto legislativo n. 368/2001. Analogamente, sono 13 i contratti aziendali ad aver introdotto una clausola di contingentamento alla stipula di contratti a termine, con percentuali che oscillano da un minimo dell'8% ad un massimo del 25%. Con riferimento al tetto del 20%, considerata l'apertura della legge in favore della fonte pattizia, in assenza di previsioni contrarie, secondo il gruppo di lavoro ADAPT il rinvio deve considerarsi dinamico e quindi assorbe quanto definito dalle parti in sede negoziale precedentemente all'entrata in vigore del decreto-legge n. 34/2014. Conseguentemente, la disciplina contrattuale dovrebbe prevalere anche se difforme al precetto legale. Il secondo problema emerge dal momento che la contrattazione collettiva ha individuato, nel tempo, causali giustificative del ricorso al lavoro a tempo determinato, oggi tuttavia non più necessarie sul piano legislativo, essendo venuto meno l'obbligo di motivazione della apposizione del termine al contratto. La conclusione a cui giunge il gruppo di lavoro ADAPT è che il venir meno di un precetto legale non può implicare la nullità delle clausole della contrattazione collettiva che detto obbligo continuano a prevedere, in quanto si verrebbe ad alterare l'equilibrio raggiunto dalle parti in sede negoziale e l'autonomia funzionale che l'ordinamento riconosce alla contrattazione collettiva.

Secondo P. RAUSEI, *Tra sanzioni civili e amministrative si gioca l'incertezza del contenzioso*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, cit., 80, la struttura della sanzione per la violazione del limite di contingentamento rappresenta un'anomalia rispetto al sistema sanzionatorio amministrativo che, a norma dell'art. 10 della legge n.

689/1981, si fonda su una sanzione pecuniaria consistente nel pagamento di una somma tra un minimo ed un massimo edittali. Tale struttura sanzionatoria, rapportata genericamente alla retribuzione del lavoratore, priva di qualsiasi parametro di certezza il calcolo e la effettiva determinazione della sanzione pecuniaria concretamente applicabile alla singola violazione.

Circa la *ratio* della nuova sanzione amministrativa, M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 212/2014, sottolinea che essa ha risolto il problema pratico di individuare i contratti da convertire, in relazione all’ipotesi in cui il superamento della soglia sia determinato da una serie di assunzioni contestuali. Secondo questa dottrina, anche circa questo problema, come al fatto che il porre percentuali di contingentamento non rientra tra le misure imposte dalla direttiva per prevenire abusi ed è piuttosto connesso all’interesse pubblico al controllo sugli *stocks* di occupazione a tempo determinato, non è irragionevole la previsione della sanzione amministrativa. Tra l’altro, l’autrice ricorda che la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ferma nel ritenere che le sanzioni per la violazione della direttiva comunitaria non debbano necessariamente consistere nella conversione, ma possano ben essere altre, l’unica condizione essendo che si tratti di sanzione proporzionata, effettiva e sufficientemente dissuasiva.

E. MASSI, *Il limite percentuale nella stipula dei contratti a termine e l’apparato sanzionatorio*, in [www.generazionevincente.it](http://www.generazionevincente.it), pone rilevanti questioni in merito al nuovo quadro sanzionatorio del contratto a termine. Secondo l’autore, in particolare, il riferimento legislativo al dettato contrattuale determina una situazione particolare per le aziende che applicano più contratti collettivi, ad esempio, terziario per la rete di distribuzione e tessile per quella di produzione. In tali ipotesi, si debbono tenere distinte le posizioni del personale a cui si applica un contratto da quelle di coloro che, invece, hanno come riferimento l’altro accordo collettivo, con le conseguenti diverse percentuali del numero dei contratti a termine rispettivamente stipulabili.

In relazione al ruolo, in generale, della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato, cfr. G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro termine*, ADAPT labour studies, e-Book series, 2013, n. 9, 13 ss.

#### **4. Somministrazione**

Gli specifici fini della presente ricerca non consentono di dare conto, neanche sommariamente, dell’ampia bibliografia rinvenibile in materia di somministrazione. I contributi dottrinali sul complesso sanzionatorio in materia di somministrazione si concentrano, peraltro, sulle

sanzioni penali e su quelle civili, senza particolari approfondimenti su quelle amministrative, ed ancor meno, sul relativo ruolo della contrattazione collettiva.

Per la disciplina anteriore all'ultima riforma del d.lgs. 81/2015, G. FALASCA, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, 1221 ss., offre un'analisi delle patologie della fattispecie, distinte in somministrazione irregolare, abusiva e fraudolenta, con attenzione particolare alle discusse conseguenze civilistiche della somministrazione irregolare. Sul ruolo, in generale, della contrattazione collettiva in materia cfr. G. FONTANA, *Somministrazione di manodopera e autonomia collettiva*, in *LPO*, 2005, 10, il quale evidenzia la drastica riduzione, rispetto alla disciplina vigente con la legge 196/97, dei margini di manovra della contrattazione collettiva nella definizione dell'ambito di applicazione e dei limiti di utilizzazione del lavoro somministrato. Secondo l'autore, inoltre, la possibilità per i contratti collettivi, nazionali e territoriali, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, di introdurre ipotesi ulteriori di ricorso al contratto di somministrazione configura una delega normativa piena, che abilita l'autonomia collettiva a svolgere la medesima funzione della legge.

Per un'ampia disamina, completa di documentazione, della somministrazione in relazione al rinnovo del CCNL di settore ed al ruolo della contrattazione collettiva in generale si veda E. MASSAGLI e S. SPATTINI (a cura di) *La somministrazione di lavoro alla prova del CCNL*, Bollettino speciale ADAPT, 16 aprile 2013, n 11.

In merito all'attività di vigilanza, si segnala P. RAUSEI, *Appalto, distacco e somministrazione*, in *DPL*, 2014, 21, 1225 ss., che illustra il *modus operandi* del personale ispettivo nelle ipotesi patologiche del lavoro esternalizzato, non senza analizzare le varie fattispecie illecite. Nello stesso ambito, si veda anche P. CAPURSO, *I servizi ispettivi alla ricerca della interposizione illecita perduta*, WP ADAPT, 2008, 57, che tratta, in particolare, delle conseguenze civilistico-contributive dell'invalidità del contratto di appalto.

Per una recente panoramica sul sistema sanzionatorio in materia di somministrazione, seppur precedente all'approvazione del d.lgs. 81/2015 di riordino dei contratti di lavoro, si veda P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2015, 20, 1273 ss..

## **5. La violazione del limite di contingentamento dei contratti a tempo parziale del CCNL edilizia**

Una problematica degna di nota, per i profili di interesse circa i rapporti tra fonte contrattuale e legale, riguarda la violazione del limite di contingentamento del 3 % che il CCNL edilizia impone alle aziende del settore per il ricorso al contratto a tempo parziale.

J. TSCHÖLL, *Part-time edile: contribuzione virtuale e perdita dei benefici per superamento dei limiti contrattuali*, in *GLav*, 2010, 4, 55 ss. rammenta l'orientamento dell'Inps (circ. 6/2010) di applicare l'istituto della «contribuzione virtuale» ai contratti di lavoro a tempo parziale stipulati in eccedenza rispetto al limite fissato dalla contrattazione collettiva. Dunque, secondo l'Istituto, per ogni rapporto stipulato in violazione dei limiti numerici, la carenza di legittimazione contrattuale alla stipulazione comporta l'applicazione della contribuzione virtuale, come se il rapporto non fosse a tempo parziale. Opinione critica nei confronti dell'orientamento dell'Istituto previdenziale è quello di G. ANASTASIO, *Verifiche ispettive in edilizia e contribuzione virtuale*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2010, 12, 41. Tale autore osserva che la conclusione dell'Ente parte dall'assunto, nient'affatto scontato, che le norme contrattuali collettive abbiano valore normativo e che la loro violazione determinerebbe una sorta di invalidazione della clausola del tempo parziale, alla stregua di quella prevista dall'art. 2077 c.c., più volte richiamato dalla giurisprudenza per affermare l'inderogabilità *in peius* dei contratti collettivi. L'Istituto di previdenza, secondo questa dottrina, sembrerebbe evocare una sorta di inopponibilità, da parte datore di lavoro ispezionato, del contratto di lavoro a tempo parziale, in relazione al proprio verbale di accertamento delle differenze contributive. Il punto critico di siffatta prassi, a parere di questo orientamento, risiede nella circostanza che, di fatto, essa ha elevato la contrattazione collettiva non solo a fonte primaria del rapporto di lavoro - considerata anche la carenza di una disposizione di legge sul numero massimo di assunzioni *part-time* -, ma anche del diverso rapporto obbligatorio afferente i contributi previdenziali, pur in assenza della necessaria delega legislativa. Lo stesso autore, *Edilizia: verifiche ispettive sui part-time*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2011, 10, 47, precisa che il richiamo effettuato dall'art.1 del d.lgs. n.61/2000 alla contrattazione collettiva, quale fonte regolatrice delle modalità e delle condizioni del lavoro *part-time*, non sembra conferire alle parti sociali una specifica delega in punto di limiti numerici. Del resto, quando il legislatore ha voluto intraprendere tale direzione, lo ha fatto espressamente, come nei casi dell'art.10, co.7, del d.lgs. n. 368/01, in tema di contratto a termine, e dell'art. 20, co.4, del d.lgs. n.276/03, in materia di somministrazione di mano d'opera. La problematica, inoltre, a parere dell'autore, si aggrava ove si consideri che è la

stessa disposizione contrattuale a non prevedere gli effetti di una siffatta violazione. Altro parere critico sulla posizione dell'INPS - poi fatta propria anche dal Ministero del lavoro nell'interpello n. 8/2011 - è quello di M. BRISCIANI, *Part time in edilizia e limiti numerici*, in *Guida alle Paghe*, 2013, 7, 406 ss., il quale aderisce alla posizione della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro (circolare n. 8/2010), secondo cui nessuna disposizione di legge limita, direttamente o indirettamente, il ricorso al *part time* o attribuisce delega in tal senso alla contrattazione collettiva. Al contrario, il d.lgs. n. 61/2000 di disciplina del lavoro a tempo parziale recepisce la direttiva comunitaria 15 dicembre 1997, n. 81/97 che sostiene e promuove questa tipologia contrattuale, ponendo sullo stesso piano il lavoro a tempo pieno e a tempo parziale. L'autore evidenzia che anche la prima giurisprudenza di merito che si è occupata della questione (sentenze dei Tribunali di Napoli n. 32513/2012 e Lodi), nel ristabilire la corretta gerarchia delle fonti che regolano i rapporti di lavoro, con particolare riguardo all'assolvimento degli obblighi contributivi, sostiene l'impossibilità di affermare in astratto l'illegittimità dei contratti *part time* «fuori quota» rispetto al limite fissato dal contratto nazionale. Conseguentemente, la contribuzione virtuale può trovare applicazione solo quando in sede ispettiva si accerti che il rapporto dichiarato come *part time* è realizzato di fatto a tempo pieno.

## Conclusioni

Il dibattito dottrinale sul fenomeno generale dell'integrazione tra legge e contrattazione collettiva evidenzia una sostanziale incertezza sulla legittimità costituzionale del modello. E' vero che parte rilevante degli autori si esprime per la costituzionalità di detto paradigma, ma sia l'autorevolezza degli autori di segno contrario, sia le oscillanti decisioni della Consulta non consentono di ritenere pacificamente acquisita l'ammissibilità ordinamentale del modello in questione, in vigenza dell'immutato art. 39 Cost.. Non a caso, autorevole dottrina (A. VALLEBONA, in *Il diritto, Enciclopedia giuridica*, cit., 251,) denuncia il «deleterio clima di incertezza» in cui si dibattono da più di mezzo secolo gli interpreti, a causa dell'«accantonamento della via maestra per l'*erga omnes*», rappresentato dal disposto costituzionale rimasto inattuato. La stessa dottrina stigmatizza l'affannosa e contorta ricerca ermeneutica di strumenti alternativi in qualche modo compatibili con il dettato costituzionale. Peraltro, si registra una certa convergenza di opinioni sull'attuale vigenza di un sistema contrattuale collettivo alternativo a quello dell'art. 39, seconda parte, che, secondo le varie impostazioni, sarebbe difficilmente compatibile con la Carta ovvero ne costituirebbe un aggiornamento non incidente sulla disposizione costituzionale, nella perdurante mancanza di una sua modifica.

In questo quadro di sostanziale incertezza, la presente ricerca ha consentito di individuare i maggiori punti di criticità.

In primo luogo, sono tuttora discusse la natura e la funzione del contratto collettivo oggetto di rinvio legislativo in funzione di completamento del precetto. Da un lato vi sono coloro, ispirati dal principio di effettività, che ne sostengono la natura di fonte del diritto, con conseguente efficacia *erga omnes*, e la funzione di perseguimento di interessi generali connessi al mercato del lavoro; la maggiore conseguenza di tale impostazione è la configurazione di un nuovo tipo di contratto collettivo, non soggetto alla disciplina – ritenuta anacronistica - di cui all'art. 39, seconda parte Cost.. Dal lato opposto si colloca il filone dottrinale che, maggiormente fedele al principio di legalità, sostiene la natura di diritto comune dei contratti in questione, nega l'esistenza di uno «sdoppiamento» dell'autonomia collettiva, e ne afferma la funzione ordinaria di composizione dei contrapposti interessi delle parti sociali. Ne deriva, la sottoposizione anche di tale contrattazione all'art. 39 Cost., che non può, secondo questi autori, essere arbitrariamente ritenuto inapplicabile ad un'asserita nuova categoria contrattuale. Quindi, in assenza di attuazione della disposizione costituzionale, anche tali contratti vanno ritenuti efficaci limitatamente alle parti stipulanti ed ai loro

rappresentati o non dissenzienti; l'alternativa ermeneutica sarebbe inevitabilmente quella dell'illegittimità costituzionale delle leggi che rinviano alla negoziazione.

Ulteriori incertezze si registrano riguardo alla nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo, concetto che il Legislatore adopera, non specificandolo, per selezionare i contratti collettivi abilitati a produrre l'effetto legale previsto. In particolare non sono tuttora chiari i seguenti aspetti: quale sia la fase della negoziazione in cui effettuare la comparazione, se prima o dopo le trattative; se il raffronto avvenga, o meno, all'interno dei sindacati maggiormente rappresentativi; quali siano i criteri selettivi; infine, l'oggetto stesso della comparazione, contratti ovvero sindacati.

Si registrano analoghe problematiche sull'efficacia soggettiva del contratto aziendale, secondo alcuni *erga omnes* secondo altri no, ovvero sulla sua sottoposizione, o meno, all'art. 39 Cost., seconda parte. Nei tempi recenti, peraltro, le discussioni in tema di contratti collettivi si sono ulteriormente inasprite con l'introduzione nell'ordinamento della contrattazione di prossimità, prevista dall'art. 8 della legge 148/2011. Tale disposizione ha suscitato un acceso dibattito in sede ermeneutica, il cui punto centrale è costituito dalla sua compatibilità con il quadro costituzionale, messa in discussione sotto più profili, principalmente per aver creato un contratto efficace *erga omnes* eludendo i requisiti e le condizioni dell'art. 39 Cost., seconda parte, ma anche per aver inciso sulla libertà sindacale, creando un rapporto di gerarchia "rovesciato" tra contratto decentrato e contratto di primo livello.

In relazione al versante sanzionatorio-amministrativo, i dubbi sopra segnalati si aggiungono ad un'assenza di pronunce giurisprudenziali e di un significativo dibattito dottrinale. Non risultano studi o ricerche tesi ad analizzare un fenomeno, quello dell'interazione funzionale tra legge e contrattazione, che pure registra una certa diffusione e dimostra una persistente attualità, come attesta la recente introduzione, in materia di contratto a termine, della sanzione amministrativa di cui all'art. 23 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (già prevista nel d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in l. 16 maggio 2014, n. 78). I rari contributi sul tema prendono semplicemente atto del fenomeno, ovvero evidenziano generiche criticità del modello con l'art. 3 e 39 Cost., per aver imposto una contrattazione sostanzialmente *erga omnes*, o con il principio di riserva di legge dell'illecito amministrativo, per avere previsto, in talune ipotesi, il contratto collettivo in funzione di precetto. Analoga carenza di studi si registra relativamente alle singole fattispecie di illecito che vedono la partecipazione dell'autonomia collettiva. I contributi che trattano di tali figure raramente si soffermano ad approfondire il ruolo e la funzione della fonte contrattuale all'interno delle stesse.

## Bibliografia

- ADAPT, *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper ADAPT, 14 aprile 2014, n. 153
- A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubblico*, 2002
- G. ANASTASIO, *Verifiche ispettive in edilizia e contribuzione virtuale*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2010, 12
- G. ANASTASIO, *Edilizia: verifiche ispettive sui part-time*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2011, 10
- I. ALVINO, *Guida alla lettura della recente legge di riforma della democrazia sindacale in Francia: piena compatibilità fra regolamentazione della contrattazione collettiva e principio del pluralismo sindacale*, in *GDLRI*, 2009, 122, 2
- I. ALVINO, *L'introduzione di regole sulla rappresentatività e gli effetti sulla dinamica dei rapporti collettivi: esperienze a confronto*, in *DRI*, 1, 2013
- M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2012
- A. BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il D.Lgs. n. 276/2003*, in *RGLPS*, 2004, 2
- P. BELLOCCHI, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, sub art. 39 Cost., 2007, Giuffrè, I
- S. BELLOMO, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, 2007, Giuffrè, I
- A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 124/2011
- A. BOLLANI, *L'interpretazione del contratto collettivo (settore privato)*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, CEDAM, 2014
- M. BRISCIANI, *Part time in edilizia e limiti numerici*, in *Guida alle Paghe*, 2013, 7
- P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000
- P. CAPURSO, *I servizi ispettivi alla ricerca della interposizione illecita perduta*, WP ADAPT, 2008
- P. CAPURSO, *Il controllo ispettivo sulla contrattazione collettiva di prossimità*, in *IPrev.*, 2012
- U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *RGL*, 2012
- U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Scritti in onore di G. GHEZZI*, I, CEDAM, 2005
- F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 133/2011*
- F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale*, in *Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, ADAPT Labour studies, e-book series n. 26, 2014
- F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè 2006
- E. CARMINATI, S. FACELLO, D. PAPA, *L'attuazione della legge Biagi nella contrattazione collettiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011
- B. CARUSO, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma della Costituzione, oggi» - Sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio*, in *GDLRI*, 2009
- B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 97/2010

- B. CARUSO, "Costituzionalizzare" il sindacato. *I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista*, in *LD*, 2014, 4
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2009
- P. CERBO, *Sanzioni amministrative* in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003,
- P. CERBO, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006
- P. DARIOLI, *L'orario di lavoro: orario normale e orario massimo di lavoro*, in [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it)
- J.R. DELGUE, *La rappresentatività del sindacato minoritario*, *DRI*, 2, 2014
- M. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *Industrial Law Journal*, 1, 2013 Oxford University Press
- M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *GDLRI*, 1998
- G. FALASCA, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007
- L. FASSINA, *Costituzione e articolo 8 della legge. n. 148/2011: il fascino «indiscreto» di una norma irragionevole*, in *RGL*, 2013
- G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *DLRI*, 1986
- G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGLPS*, 2011
- G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 129/2011
- S. FOIS, in *Enc. Dir.*, voce *Legalità, principio di*, 1973
- G. FONTANA, *Somministrazione di manodopera e autonomia collettiva*, in *LPO*, 2005
- L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 3
- E. GHERA, *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale 8 maggio 1986*, in *RIDL*, 1988
- E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in *Studi in onore di F. Modugno*, II, Editoriale scientifica, 2011, 1683 ss.
- E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, II
- E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 202/2014
- G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1997
- G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001
- F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amministrativo- TAR*, 2013
- C. LA MACCHIA, *L'esercizio della rappresentanza sindacale*, in *RGL*, 2004
- P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per un dibattito*, in *GDLRI*, 124, 2009
- A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001
- A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *RGL*, 2010
- V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 40/2006
- V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *GDLRI*, 136, 2012, 4
- G. LELLA, *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa 2004
- G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, in *DPL*, Inserto, 2005, 21
- F. LISO, *Autonomia contrattuale e occupazione*, in *GDLRI*, 78, 1998

- V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004
- F. LUNARDON, *Il contratto collettivo e le altre fonti (legge, usi, regolamenti)*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *GDLRI*, 2012
- M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 2012
- M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 212/2014
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 2001
- A. MARESCA, *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in AA. Vv., *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, in *I Saggi di NGL*, 2005
- A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 1, 2010
- S. MARGIOTTA, *La vigilanza pubblica sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *MGL*, 2006
- T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, 1987
- E. MASSI, *Il limite percentuale nella stipula dei contratti a termine e l'apparato sanzionatorio*, in [www.generazionevincente.it](http://www.generazionevincente.it)
- L. MENGHINI, *Incostituzionalità del concetto di sindacato comparativamente rappresentativo e carattere distorto dell'attuale dibattito sull'art. 18 St. lav.*, in *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, in [www.aidlass.it](http://www.aidlass.it)
- L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980
- L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *RIDL*, 1988, I
- C. MEOLI, *Il declino della legge statale*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani
- M. MISCIONE, *Le collaborazioni autonome dopo il Jobs Act*, in *DPL*, 2015, n. 14
- F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?* in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di) *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010
- F. NAVARRO NIETO, *La riforma del quadro giuridico della contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2012
- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1982
- A. OJEDA AVILÉS, *La priorità legale del contratto aziendale. Un quadro mancante nel continente europeo*, in *DRI*, 2, 2014
- S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 2005, 2
- C. E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative - I principi dell'illecito amministrativo: i fondamenti costituzionali*, in *Enc. Dir.*, 1989
- D. PAPA, *Sanzioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, 2011
- P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005
- P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2, 2014
- P. PASSALACQUA, *Tenuta e rilancio del modello del sindacato comparativamente più rappresentativo dopo il protocollo del 31 maggio 2013*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, CEDAM 2014

- P. PENNESI, *Orario di lavoro: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *GLav*, 2005, 11
- P. PENNESI, M. TRAVAGLINI, *Il rapporto tra legge e contrattazione nei più recenti orientamenti ministeriali*, in *GLav*, 21/2011
- M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 1
- M. PERSIANI, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *ADL*, 2011, 1
- M. PERSIANI, *Le fonti normative nel Diritto del Lavoro*, in *Atti del Convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro, Centro Studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano*, 2011
- A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013
- A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 132/2011
- R. PESSI, *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1998
- A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2007
- V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *GDLRI*, 2002
- A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 1990, I
- A. PIZZORUSSO, in *Enc. dir.*, 1999, voce *Delegificazione*
- G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni*, IPSOA, 2007
- P. RAUSEI, *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2008
- P. RAUSEI, *Appalto, distacco e somministrazione*, in *DPL*, 2014, 21
- P. RAUSEI, *Tra sanzioni civili e amministrative si gioca l'incertezza del contenzioso*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*
- P. RAUSEI, *Contratti di prossimità dopo il Jobs Act*, in *DPL*, 2015
- P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2015, 20
- G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la «semplificazione»*, in *Dir. Amm.*, 2001, 2-3
- M. RICCI, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- R. ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA e R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 2014
- C. ROMEO, *Riflessioni sulla contrattazione di prossimità e dintorni*, in *MGL*, 2011
- C. ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL* 2014, 4-5
- M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008
- M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, 3
- M. RUSCIANO, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di) *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989
- F. SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, 1, 2013
- G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, 4-5

- G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, cit. e *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, 3, 2010
- G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 254/2015
- P. SARACINI, *Contratti collettivi e lavori flessibili*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004
- F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *RGL*, 2010
- S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, CEDAM 2005
- S. SCARPONI, *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, CEDAM 2014
- S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *RGL*, 2015, 1
- S. SCIARRA, *L’evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell’unione europea*, in *RIDL*, 4, 2006
- I. SENATORI, *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*
- V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 233/2014
- P. STANCATI, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de Il Sole 24 ore*, voce *Legalità, Principio di*
- A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *GDLRI*, 2005
- A. TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive*, in *DRI*, 2015
- M. TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *DRI*, 2011, 2
- M. TIRABOSCHI, *L’articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello “Statuto dei lavori” di Marco Biagi*, in *DRI*, 2012
- M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro* Adapt labour studies, e-Book series n. 45
- M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt labour studies, 2014, e-Book series n. 25
- P. TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, in *ADL*, 2014, 6
- P. TOMASSETTI, *Accordi separati e tutela del dissenso nella giurisprudenza*, in *ADL*, 2015, 2
- D. M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011
- TREMOLADA, *Commento all’art. 1, primo comma*, in *La nuova disciplina dell’orario di lavoro, Commentario al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, 2003
- T. TREU *Le relazioni industriali dopo l’accordo del 28 giugno 2011. L’accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, 3
- J. TSCHÖLL, *Part-time edile: contribuzione virtuale e perdita dei benefici per superamento dei limiti contrattuali*, in *GLav*, 2010, 4

- F.F. TUCCARI, *Il principio di determinatezza*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, 2012
- A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2013, 4
- A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *GDLRI*, 75, 1997, 3
- A. VALLEBONA, in *Il diritto, Enciclopedia giuridica*, Il Sole 24 ore, 2007, 4, voce *Contratto collettivo*
- A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Boll. ADAPT*, 2011, n. 32
- G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi in LD*, 1987
- F. VERGINE, *Il principio di riserva di legge in materia di sanzioni amministrative. Abrogazione dell'art. 106 tulcp e legge n. 689/1981*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)
- L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, CEDAM, 2014
- G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro termine*, ADAPT labour studies, e-Book series, 2013, n. 9
- C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro, I, Le fonti del diritto del lavoro*, 2010
- C. ZOLI, in F. CARINCI (a cura di) *Contrattazione in deroga*, IPSOA, 2012
- L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- L. ZOPPOLI in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004