



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI BERGAMO**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola di Alta formazione Dottorale
Corso di Dottorato in

Formazione della Persona e Mercato del Lavoro
Ciclo XXXII

Settore scientifico disciplinare IUS/07 Diritto del lavoro

***Nuove prospettive nel raccordo tra ordinamento statale e
ordinamento intersindacale: il ruolo del consulente del lavoro***

Supervisore:

Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Tesi di dottorato

Giovanni PIGLIALARMI

Matricola n. 1045020

Anno Accademico 2018/19

A Maria, lei sa.

La società intera deve essere costruita in primo luogo in modo tale che il lavoro non trascini verso il basso coloro che lo eseguono.

**S. WEIL, *Condition première d'un travail non servile,*
in *La condition ouvrière*, 1951, Éditions Gallimard, p. 371.**

«Ho deciso: farò un corso per artigiani dell'alimentazione e mi metterò in proprio. Come si fa a trovare i soldi e a mettere in regola tre operai capaci di fare una produzione modesta, ma di altissima qualità?», chiese Feliciano. Rispose il consulente del lavoro: «per i soldi ne parli con il commercialista, è lui l'esperto delle risorse finanziarie. Insieme farete un preventivo. Io posso dire solo che lei può riscuotere anticipatamente 36 mensilità dell'indennità di disoccupazione o mobilità a lei spettante. Sono altri 30 milioni, cifra da non buttare via, per chi comincia l'avventurosa via del lavoro autonomo. Comunque senta il commercialista. Per quanto riguarda invece le risorse umane, il consulente del lavoro è la persona giusta. Come tale le consiglio di assumere tre apprendisti di buona intelligenza e grande impegno. Esistono, anche se sono in tanti a dire di no. Esistono ragazzi che purtroppo lasciano la scuola e intendono con serietà avviarsi al lavoro. Basta cercarli, con grande pazienza. Mettendo tre bravi ragazzi lei non soltanto costruisce un laboratorio di qualità, ma consegue un risparmio retributivo e contributivo annuo di 60 milioni, cioè di 20 milioni per apprendista. E tutto questo per cinque anni, visto che la durata del tirocinio per mestieri ad altro contenuto professionale è appunto di cinque anni. Se non sbaglio, al termine del quinquennio lei avrà risparmiato 300 milioni». L'artigiano Feliciano se ne va dal commercialista, felice di aver trovato un risparmio così consistente. Ma il commercialista non si limita al suo mestiere, vuole dare consigli di risorse umane e avverte il pastafrescaio che il tirocinio quinquennale ce l'hanno gli artigiani metalmeccanici e non gli artigiani dell'alimentazione. «Se hai intenzione – gli dice il commercialista – di fabbricare le viti ed i dadi va bene così, se sei ancora dell'idea di fare i tortellini, allora il tuo consulente ha preso una papera». No, Feliciano, la papera il tuo consulente non l'ha presa. Egli sa, lo sanno tutti i consulenti del lavoro, che nei settori artigiani sprovvisti di contratto collettivo (come il settore alimentare) si deve ricorrere al contratto collettivo dei metalmeccanici, il quale prevede appunto il tirocinio quinquennale. Per ultimo lo ha detto il Pretore di Novara (16/11/1990) che «in difetto di contratto alimentaristi, è corretto applicare il Ccnl metalmeccanico, quale contratto più rappresentativo del settore artigiano». Tale prassi è stata poi formalizzata nel novarese in un accordo provinciale tra le Unioni artigiani e Cgil, Cisl e Uil. Va tranquillo, Feliciano.

**V. PAOLI, *L'inquadramento del pastafrescaio,*
in *Storie di lavoro*, 1994, Artioli Editore, Modena, pp. 110-111.**

**NUOVE PROSPETTIVE NEL RACCORDO TRA
ORDINAMENTO STATUALE E ORDINAMENTO INTERSINDACALE:
IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO**

INDICE

CAPITOLO I
POSIZIONE DEL PROBLEMA

1.	La complessa comunicazione tra ordinamento statale e ordinamento sindacale	2
2.	Brevi cenni sulle funzioni del diritto del lavoro e sulle funzioni del consulente del lavoro.....	8
2.1.	La crisi del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro	16
2.2.	Le nuove frontiere del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro.....	20
2.3.	Le nuove prospettive per il consulente del lavoro. Dagli adempimenti in materia previdenziale alla gestione della flessibilità: nuove tipologie contrattuali, lavoro <i>no standard</i> e attività di ricerca e selezione del personale.....	24
2.4.	La crisi della rappresentanza degli interessi e i riflessi sul ruolo del consulente del lavoro.....	27
2.5.	Concorrenza, inderogabilità e partecipazione: l'attività produttiva come "bene comune" e il ruolo del consulente del lavoro.....	29
3.	<i>Segue</i> : brevi cenni sul contratto collettivo come fonte del diritto del lavoro e sulle aree di intervento del consulente del lavoro nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva e nel rapporto tra fonti contrattuali di diverso livello.....	31
4.	Approccio metodologico e struttura della ricerca	34

CAPITOLO II
**L'EVOLUZIONE DELLA FUNZIONE DEL CONSULENTE DEL LAVORO
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO STATUALE**

SEZIONE I
**IL CONSULENTE DEL LAVORO.
RAGIONI ED EVOLUZIONE DI UNA PROFESSIONE**

1.	Introduzione. Le ragioni storiche della nascita della professione di consulente del lavoro.....	44
2.	La legislazione corporativa in materia di studi di assistenza e di consulenza.....	45

3.	Un primo tentativo di regolamentazione della professione: il regolamento di Como ..	46
4.	Il conflitto con le associazioni sindacali dei datori di lavoro. L'intervento del Ministero del Lavoro.....	49
5.	Il consolidamento dell'attività sindacale: verso la fondazione dell'albo. Il tentativo di ampliamento delle competenze professionali del consulente del lavoro	53
	5.1. La crisi del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro	57
	5.2. Le nuove frontiere del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro.....	60
6.	Dalla legge n. 1081 del 1964 alla legge n. 12 del 1979: nuove prospettive e "vecchi" problemi	61
	6.1. L'art. 1 della legge n. 12 del 1979 e la riserva di legge in materia di consulenza del lavoro.....	63
	6.2. Le posizioni del Ministero del Lavoro e le nuove criticità in merito alla (esclusiva) funzione garantista del consulente del lavoro per la validazione delle dimissioni del lavoratore.....	67
	6.3. Brevi cenni sulle competenze del consulente del lavoro in materia fiscale	71
7.	Prime osservazioni conclusive sull'attualità della funzione del consulente del lavoro.	72

SEZIONE II

IL CONSULENTE DEL LAVORO E L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

1.	Introduzione. L'ordinamento intersindacale come espressione della sovranità popolare e il ruolo del consulente del lavoro	79
2.	Il principio di <i>effettività</i> tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale.....	82
3.	Dall'ispezione alla consulenza: un parallelismo tra la legge n. 12 del 1979 e il d.lgs. n. 124 del 2004	84
4.	La rilevanza costituzionale della professione di consulente del lavoro. L'ordine professionale come risposta alla crisi del positivismo giuridico.....	87

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO NELLA REGOLAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO TRA FONTI ETERONOME E FONTI AUTONOME

SEZIONE I

IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO

1.	Alcune considerazioni sul rapporto tra la norma inderogabile e il contratto collettivo: aspetti generali.....	94
----	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.	I rinvii alla contrattazione collettiva: descrizione del modello normativo e la compatibilità con l'(inattuato) art. 39 Cost.	100
2.1.	Il contratto collettivo tra fonte di diritto oggettivo e atto di autonomia privata	103
2.2.	Le posizioni assunte dalla Corte Costituzionale sulla compatibilità del contratto collettivo delegato con l'art. 39 Cost. e sulla sua qualificazione	104
2.3.	L'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla qualificazione del contratto collettivo	107
2.4.	La necessità per il consulente del lavoro di qualificare il contratto collettivo come fonte <i>extra ordinem</i>	108
3.	Il criterio selettivo della rappresentatività per l'individuazione del contratto collettivo delegato. La maggiore rappresentatività e la sua crisi	110
4.	Il criterio della maggiore rappresentatività comparata e il ruolo del consulente del lavoro. Nuove proposte interpretative (e applicative).....	113

SEZIONE II
**IL RAPPORTO TRA CONTRATTO COLLETTIVO E
 CONTRATTO INDIVIDUALE DI LAVORO**

1.	L'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale di lavoro tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale.....	136
2.	Il ruolo della giurisprudenza sull'inderogabilità del contratto collettivo	140
3.	Le ipotesi di inderogabilità previste dalla legge.....	142
4.	L'inderogabilità presupposta: l'interesse dell'ordinamento statale alla realizzazione dei principi costituzionali.....	146
5.	Il contratto collettivo, il contratto individuale e i costi di transazione	147

CAPITOLO IV
**IL CONSULENTE DEL LAVORO
 E LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA “PIRATA”**

SEZIONE I
**IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO NELLA PROMOZIONE DEL
 DUMPING CONTRATTUALE E NELLA FRAMMENTAZIONE DELLA
 RAPPRESENTANZA SINDACALE**

1.	Una premessa necessaria sul fenomeno sindacale	149
2.	<i>Segue</i> : il fragile limite tra la rappresentatività sindacale e la natura “pirata” dell'accordo collettivo.....	152

3.	I contratti collettivi per le “imprese minori” e il ruolo di sostegno del consulente del lavoro.....	154
3.1.	Analisi delle clausole del contratto collettivo del settore turistico-alberghiero.	157
3.2.	Analisi delle clausole del contratto collettivo applicato alle aziende esercenti lavorazioni a <i>façon</i>	161
3.3.	L’attuale vigenza dei contratti collettivi “pirata” e i limiti della funzione della giurisprudenza	163
4.	Struttura del <i>contratto pirata</i> e analisi giuridica.....	166
5.	Il consulente del lavoro nell’esperienza contrattuale: tecnico o parte contrattuale?.....	171

SEZIONE II
**L’ATTUALE RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO
NEL SISTEMA DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI**

1.	Introduzione	173
2.	L’attività di “validazione” dei contratti collettivi di lavoro	173
3.	Ancora sul consulente del lavoro come “parte” del contratto collettivo. Un caso peculiare	175
4.	Il consulente del lavoro come “tecnico” nella contrattazione collettiva	175
4.1.	Il ruolo del consulente del lavoro nella contrattazione di prossimità: un’indagine empirica.....	176
5.	I Protocolli d’Intesa per l’ <i>effettività</i> delle tutele e il rapporto con le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali	179

CAPITOLO V
**PROSPETTIVE PER UN RINNOVATO COLLEGAMENTO TRA ORDINAMENTO
STATUALE E ORDINAMENTO INTERSINDACALE PER LA TUTELA
DELLA PERSONA CHE LAVORA**

1.	Conclusioni ed esiti della ricerca. La funzione della consulenza come raccordo tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale alla luce dell’attuale sistema normativo	184
2.	<i>Segue</i> : la funzione della consulenza come rappresentanza degli interessi delle imprese. Critica.....	186
3.	<i>Segue</i> : la funzione della consulenza nell’odierno mercato del lavoro	191
	Bibliografia	194

CAPITOLO I

POSIZIONE DEL PROBLEMA

Leggendo il saggio fui colpito da un'immagine che Massimo aveva preso a prestito (mi pare) dal Saggio sul diritto giurisprudenziale di Lombardi Vallauri, a proposito delle costruzioni dei giuristi come ponti tra realtà e il mondo del diritto: ci sono ponti bellissimi, scriveva, sui quali nessuno passa e ponti vecchi e brutti che però sono utilizzati da tutti perché in fin dei conti sono più comodi. Immagine questa che incarna l'idea che Massimo aveva del giurista come di un operatore sociale che crea collegamenti tra la realtà sociale ed il mondo del diritto e i valori che in esso sono incorporati. Non dunque di astratte costruzioni c'è bisogno, ma di concetti che tengano insieme, e facciano dialogare, la realtà ed i suoi mutamenti con l'universo del diritto e dei valori che in esso sono incorporati.

R. ROMEI, Massimo D'Antona giurista costruttivo, in Lavoro, Diritti, Europa, 2019, n. 1, pp. 3-4.

Sommario: **1.** La complessa comunicazione tra ordinamento statale e ordinamento sindacale. – **2.** Brevi cenni sulle funzioni del diritto del lavoro e sulle funzioni del consulente del lavoro. – **2.1.** La crisi del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro. – **2.2.** Le nuove frontiere del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro. – **2.3.** Le nuove prospettive per il consulente del lavoro. Dagli adempimenti in materia previdenziale alla gestione della flessibilità: nuove tipologie contrattuali, lavoro no standard e attività di ricerca e selezione del personale. – **2.4.** La crisi della rappresentanza degli interessi e i riflessi sul ruolo del consulente del lavoro. – **2.5.** Concorrenza, inderogabilità e partecipazione: l'attività produttiva come "bene comune" e il ruolo del consulente del lavoro. – **3.** *Segue:* brevi cenni sul contratto collettivo come fonte del diritto del lavoro e sulle aree di intervento del consulente del lavoro nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva e nel rapporto tra fonti contrattuali di diverso livello. – **4.** Approccio metodologico e struttura della ricerca.

1. La complessa comunicazione tra ordinamento statale e ordinamento sindacale

La giurisprudenza è stata la principale protagonista nel processo di integrazione tra il diritto statale ed il diritto generato dall'autonomia collettiva nella regolazione dei rapporti di lavoro e dei sistemi di relazioni industriali. Essa ha garantito l'effettiva applicazione del diritto vivente racchiuso nei contratti collettivi attraverso la gestione e quindi la risoluzione dei conflitti sorti tra associazioni di rappresentanza delle imprese e sindacati, tra datori di lavoro e lavoratori. Vero è che fino a quando il diritto dell'ordinamento intersindacale non veniva preso in analisi nell'ambito di un processo instaurato innanzi alla magistratura del lavoro, l'effettiva applicazione degli istituti del c.d. diritto delle relazioni industriali (1) non era pienamente garantita (2). La questione è nota nella letteratura classica delle relazioni di lavoro: nel 1972 O. Kahn-Freund osservava che «il *case law* può riferirsi soltanto a situazioni patologiche. Le norme di

¹ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *La rivista "Diritto delle relazioni industriali"*, in *DRI*, 1991, n. 1, p. 3. Sul medesimo concetto, v. anche M. TIRABOSCHI, *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ed. Adapt University Press, 2016, secondo cui il diritto delle relazioni industriali «è l'insieme delle norme, formali e informali, destinate a regolamentare in termini di sistema i modi di produzione di un determinato Paese e che sono il frutto della interrelazione tra Stato, associazioni dei datori di lavoro e organizzazioni sindacali dei lavoratori» (p. 33), o meglio ancora «quell'insieme di disposizioni di regolazione dei rapporti di lavoro che traggono la loro fonte non dalla legge dello Stato quanto dal sistema spontaneo di autoregolazione di interessi organizzati contrapposti» (p. 23).

² Il diritto sindacale si è edificato grazie anche alla sedimentazione di diverse pronunce giurisprudenziali che hanno elaborato dei principi generali, che ancora oggi sono presidio della materia. Il ruolo delle corti non è stato di cruciale importanza solo negli ordinamenti dell'Europa continentale, come nel caso italiano; ma anche negli ordinamenti di *common law*, dove i tribunali hanno prima contrastato il fenomeno sindacale, per poi riconoscerlo e tutelarlo nelle sue manifestazioni. Sul punto, v. C. O. GREGORY, *Diritto nordamericano del lavoro*, ed. Giuffrè, 1954. V. anche G. GIUGNI, *Introduzione*, in S. PERLMAN, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, 1956, ed. La Nuova Italia, che sulla scia di J. R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, ed. The Macmillan Company, New York, 1924, osserva come la tendenza alla concorrenza sfrenata tra imprese e la tutela contro il monopolio veniva garantita proprio da un costante intervento delle corti giudiziarie, creatrici di un nuovo criterio di valore, quello che J. Commons definisce "valore ragionevole". Ma quei criteri di valore non erano frutto di scienza privata dei giudici ma vivevano all'interno della società industriale del tempo. E' lo stesso Giugni a ricordare che l'ammissibilità che un sindacato operaio tenda ad eliminare la concorrenza sul mercato del lavoro è frutto di una convergenza di scelte operate dalle diverse istituzioni all'interno della società in un determinato momento storico, ritenendo ad esempio "ragionevole" una coalizione monopolistica dei lavoratori che, anziché alla sopraffazione, tendesse al ristabilimento di condizioni di eguaglianza contrattuale tra due parti dotate di un diverso potere economico. Secondo questi meccanismi, i giudici mercantili inglesi, ad esempio, incorporando progressivamente nelle loro sentenze gli usi "ragionevoli" dei mercanti, avevano dato vita al diritto commerciale moderno e alle istituzioni della società industriale; con la stessa metodologia, secondo la ricostruzione giugniana, le corti e i legislatori, con un analogo processo di osmosi, avevano dato vita anche al diritto del lavoro. Così la giurisprudenza è stata da sempre considerata quale fonte "formale" e non solo "sostanziale" del diritto del lavoro; cfr. M. MISCIONE, V. FILÌ, *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, in *LG*, 2018, n. 2, p. 113 e ss. Sulla giurisprudenza come fonte, v. anche N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus Civile*, 2016, n. 4.

cui [invece] si avverte il bisogno nelle relazioni di lavoro debbono operare *ex ante*» (3). Tale impostazione, valevole in termini di teoria generale, è stata in sostanza accolta e fatta propria da G. Giugni, nella sua opera monografica più celebre *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* (4).

Nell'ultimo ventennio, la devoluzione di una serie di competenze alla contrattazione collettiva, qualificata in ragione del criterio della rappresentatività comparata e finalizzata a realizzare un sistema normativo che traesse dalla tecnica del rinvio un raccordo tra le norme statuali e quelle sindacali (5), ha prodotto un quadro di regole che, in effetti, «indirizzano i destinatari in ciò che questi possono o non possono fare, prima e non dopo che questi abbiano concretamente agito» a differenza della giurisprudenza che «opera invece *ex post*; essa provvede a porre delle norme di comportamento, ma non prima che sia stato commesso qualche errore» (6). Osserva, infatti, O. Kahn-Freund che la funzione della giurisprudenza spiega tutta la sua utilità soltanto quando essa è stata già posta in essere una condotta contraria alla legge (7), quindi su un piano strettamente e principalmente processuale ma non sostanziale. Infatti, sotto questo profilo, il raccordo tra i due ordinamenti è ancora precario – anche per il sempre più oneroso accesso al contenzioso – e ciò ha contribuito ad indebolire le molteplici funzioni del diritto del lavoro (cfr. Cap. I, §2).

Alla luce dei profondi mutamenti del mercato del lavoro, si avverte la necessità, dunque, di ribaltare la prospettiva relativa al raccordo tra i due ordinamenti considerati (quello statale e quello intersindacale) (8), spostando il “momento di effettiva

3 O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens&Sons, London, 1972, trad. in it. G. ZANGARI, *Il lavoro e la legge*, ed. Giuffrè, Milano, 1974, p. 33.

4 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, ed. Giuffrè, 1977, ristampa inalterata, che parla di un «firmamento di realtà giuridiche, ognuna delle quali svolge la sua esistenza in modo chiuso ed autosufficiente» che è «del tutto privo di momenti di comunicazione» (p. 69). L'Autore, però, aggiunge che sebbene tali «ordinamenti appaiono del tutto distinti e impenetrabili, alla base della piramide delle fonti, presso gli organi addetti all'interpretazione giuridica, è dato ritrovare un canale costantemente aperto, attraverso il quale essi entrano in comunicazione» (p. 71).

5 M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, ed. Cacucci, Bari, 2008, pp. 41-42.

6 O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, cit., p. 33. Su queste posizioni, si segnala anche il contributo di A. VALLEBONA, *Guerra e pace nel mondo del lavoro*, in *MGL*, 2009, p. 395 e ss. secondo cui nel conflitto per la regolazione del rapporto di lavoro il mediatore tra la norma e il caso concreto non può più esser solo il giudice che interviene *ex post*, «ma altro soggetto affidabile *ex ante*, con beneficio effetto di certezza ed esclusione del conflitto», in un'ottica in cui «la tutela procedimentale sostituisce, così, la tutela finale».

7 O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, cit., p. 33, che spiega questa intuizione con una metafora: «la funzione ordinaria di una Corte è quella di chiudere e tener ferma la porta dopo che il primo cavallo se l'è data a gambe, in modo da tenere così ben chiusi dentro tutti gli altri cavalli; normalmente invece soltanto un provvedimento legislativo può proteggere, e tener chiuso, anche il primo cavallo».

8 La scelta di fare riferimento all'ordinamento *statale* e non *statale* risiede nella ragione di dare risalto alla dimensione dello Stato come organizzazione politico-giuridica e non come una mera organizzazione di funzioni amministrative; distinzione che l'*Enciclopedia Treccani* fa risalire a V. Gioberti. La distinzione qui è calzante in quanto lo Stato italiano nei confronti del fenomeno sindacale

applicazione” delle clausole contrattuali di natura collettiva dalla fase patologica o di conflitto, a quella in cui domanda e offerta di lavoro si incrociano per l’individuazione del punto di equilibrio tra interessi (anche) contrapposti; in altre parole, l’istaurazione del rapporto di lavoro e il suo svolgimento. E ciò a maggior ragione in un contesto in cui la delicata funzione regolatrice del lavoro viene sempre più affidata al contratto collettivo, quale strumento maggiormente adatto a fotografare i molteplici e mutevoli interessi nel mercato del lavoro. Più precisamente, la scelta legislativa di favorire la regolazione di determinati istituti attraverso la promozione di accordi collettivi non è legata ad un processo di de-responsabilizzazione delle decisioni da assumere nella regolazione dei rapporti di lavoro, quanto ad un riparto di competenza funzionale che il legislatore assume come postulato nel suddividere le materie la cui regolazione è affidata alla legge, da quelle la cui integrazione o regolazione è affidata al contratto collettivo, nelle sue molteplici articolazioni funzionali e geografiche (9). Così il contratto collettivo, seppur cristallizzato come fattispecie giuridica riconducibile ad un contratto di diritto privato (10), nel tempo è stato “riscoperto” e “utilizzato” come strumento idoneo ad esercitare ampie deleghe legislative, in ragione della sua peculiare funzione (o competenza) (11). Infatti, assumendo come postulato che l’interesse del datore di lavoro verso l’applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro

non ha solo svolto una funzione meramente organizzativa ma ha anche individuato delle *politiche di diritto*, espressione di valori costituzionali. Infatti, delegare alle fonti sociali (il contratto collettivo) quote di potere normativo significa, in un certo senso, consentire ai cittadini-lavoratori di esercitare la sovranità e quindi di partecipare alla formazione delle regole che disciplinano il mercato del lavoro. Sul punto, v. M. TIRABOSCHI, *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, op. cit., p. 7, secondo cui «l’attività di contrattazione collettiva volta a fissare i trattamenti economici e normativi del lavoro imposti alle imprese di un determinato settore merceologico sono, in un certo senso, espressione della sovranità popolare di cui parla la Costituzione» all’art. 1, comma 2.

⁹ Su queste posizioni, T. TREU, *Politiche del lavoro e strumenti di promozione dell’occupazione: il caso italiano in una prospettiva europea*, in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporto di lavoro*, ed. Giuffrè, 1997, p. 13 secondo cui «sta cambiando sia il ruolo del contratto collettivo che quello della legge», cambiamento nel quale la delicata funzione regolatrice viene sempre più affidata al contratto; infatti «la contrattazione collettiva è ormai diventata uno strumento di normazione specifica e ad ampio spettro» cioè essa «avrà sempre di più un compito di specificazione effettiva e di indicazione applicativa».

¹⁰ Su questo aspetto si rinvia all’analisi critica di G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, ed. Jovene, Napoli, 1984, spec. p. 47 e ss. V. anche G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, ed. Franco Angeli, 1985. Tuttavia, è opportuno segnalare che la qualificazione del fenomeno “contratto collettivo” come “contratto di diritto comune” è da attribuire a F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, ed. Jovene, Napoli, 1951.

¹¹ Anche qui, si rinvia all’analisi di G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., pp. 407 e 427; più di recente, G. PROSPERETTI, *L’autonomia collettiva e i diritti sindacali*, ed. Utet, 2014, p. 146, ove argomenta che l’accordo collettivo conserva un proprio margine di applicazione in relazione ad un criterio di competenza, che distingue in ciascun contratto una parte derogabile ed una inderogabile. Si veda anche R. VOZA, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in *DLRI*, 2010, p. 363 e ss. che sulla falsa riga di G. Vardaro, ritiene che piuttosto che parlare di “funzione” sia molto più pertinente parlare di “competenza” del contratto collettivo nella regolazione del rapporto di lavoro.

«risponde a esigenze di autonomia gestionale (c.d. *managerial control*), ovvero al bisogno di certezza delle regole del lavoro e composizione del conflitto industriale» (12), allo stesso tempo è possibile osservare che l'accordo collettivo assume anche una funzione c.d. di *market control*, ossia una funzione che sia in grado di tutelare «l'interesse delle aziende ad agire in un quadro di regole condivise che tolga le condizioni di lavoro dal gioco della concorrenza» (13).

Coerentemente con la problematica accennata, è necessario, quindi, interrogarsi sul ruolo dei c.d. “connettori” tra la legge ed il contratto collettivo che possano garantire, nel momento genetico del rapporto di lavoro, la corretta applicazione degli istituti legali e contrattuali. Questo lavoro, in particolare, prenderà come punto di riferimento il ruolo del consulente del lavoro nell'ordinamento italiano, quale istituzione facilitatrice di un razionale ed equo utilizzo delle fonti eteronome ed autonome che intervengono nella regolazione del contratto di lavoro (14), garantendo la coattività delle norme “di sostegno” alla contrattazione collettiva e delle disposizioni contrattuali, nonché la piena efficacia delle stesse.

Questa impostazione trova nella teoria pluralista di G. Giugni un valido punto di appoggio, ovvero un indirizzo di analisi ad oggi rimasto largamente inesplorato, laddove l'Autore ebbe modo di osservare come in un «firmamento di realtà giuridiche, ognuna delle quali svolge la sua esistenza in modo chiuso ed autosufficiente» queste siano prive di «momenti di comunicazione»; tuttavia, la mancanza di punti di contatto tra le due entità veniva meno quando «gli organi addetti all'interpretazione giuridica» si mettevano alla ricerca del dialogo tra i due ordinamenti trovando «un canale costantemente aperto tra loro, attraverso il quale essi entrano in comunicazione» (15). È qui esplicito il riferimento al ruolo che ha ricoperto la giurisprudenza nel promuovere l'applicazione delle pattuizioni di natura collettiva a tutti i lavoratori, a prescindere dalla loro iscrizione al sindacato (in particolare con riferimento al trattamento economico (16),

12 Si fa riferimento alla dottrina classica delle relazioni industriali: A. D. FLANDERS, *The Tradition of Voluntarism*, in *BJIR*, 1974, 12, p. 352-370 e K. SISSON, *The Management of Collective Bargaining*, Blackwell, Oxford, 1987, richiamata da P. TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, *ADL*, 2014, p. 1339, ove l'Autore osserva che «il CCNL rimane uno strumento di gestione dei rapporti di lavoro alquanto efficace: esso rappresenta, infatti, un complesso di norme che anche quando manifestano il loro carattere pervasivo, sono pur sempre un punto di equilibrio tra le esigenze della produzione e quelle dei lavoratori, garanzia di un certo grado di tregua sindacale nei luoghi di lavoro e certezza del diritto».

13 P. TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia*, op. cit., p. 1340.

14 I concetti di “razionalità” ed “equità” non a caso sono qui evocati, poiché scopo del presente lavoro è anche quello di indagare sul rapporto funzionale tra le c.d. clausole generali ed il ruolo del consulente del lavoro nel mercato. Per un'analisi più specifica, si rinvia alla trattazione contenuta nel Cap. I, §2.

15 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., pp. 69 e 71.

16 M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, op. cit., p. 37. Per un'autorevole ricostruzione delle prime pronunce in materia, v. G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *DL*, 1953, vol. 1, p. 99 e ss.

in un contesto in cui era venuto meno l'impianto normativo del corporativismo fascista e che vedeva inattuato l'art. 39, commi 2, 3 e 4, Cost.).

Tuttavia, nella medesima prospettiva, si ritiene di dover superare questa tesi perché i contrasti tra gli orientamenti giurisprudenziali minano (ancora) l'affannosa ricerca della certezza e dell'effettività del diritto, oggi fine ultimo delle tecniche legislative; inoltre, la moltiplicazione dei conflitti, il contrasto tra giudicati (17), aggiunta all'incertezza interpretativa, indebolisce sempre di più quel "canale comunicativo" faticosamente aperto negli anni dalla giurisprudenza.

Sicché si rende necessario espandere l'analisi critica del tema oltre l'angusta dimensione del conflitto come dato di fatto, in quanto tale componibile solo in sede giudiziaria, abbracciando invece gli aspetti connessi ai meccanismi di anticipazione dello stesso, i quali richiamano gli argomenti della certezza del diritto, della effettività e della giustizia contrattuale divenuti oggi tanto più importanti di fronte alla frammentazione degli interessi e alla inedita complessità dell'esperienza economico-sociale (18).

17 V. di recente sul tema, G. FRANZA, *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*, 2019, ed. Giappichelli.

18 La certezza del diritto è costantemente minata da tre fattori principali: a) il mutare continuo delle norme; b) il moltiplicarsi delle fonti normative anche extra-statali, in assenza di un solido processo di coordinamento; c) la lacunosità delle disposizioni che danno vita alla c.d. giurisprudenza creativa o "anarchica"; cfr. G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in R. COSIO, F. CURCURUTO, R. FOGLIA (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'unione Europea*, ed. Giuffrè, 2016, p. 77 e ss. Peraltro, ci troviamo in un momento storico in cui essa vacilla anche a causa della crisi delle fonti (positive) del diritto e per una conseguente presa di posizione culturale assunta dalla magistratura, che difende il primato del giudice quale "ordinatore" della realtà sociale che si va trasformando (e, quindi, del diritto vivente), capace di tutelare quei valori condivisi dalla collettività «nervatura portante dell'ordine giuridico», con l'obiettivo di promuovere una visione dell'ordinamento non *sub specie legis* ma aperto anche alla consuetudine e alla prassi; così P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, *GC*, 2014, n. 4, p. 934. Tuttavia, questa opzione continuerebbe ad esporre le imprese e i lavoratori all'alea del giudizio, non inseguendo l'idea di diritto che l'economia moderna reclama, cioè un «diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina»; cfr. M. WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma, 1993, p. 298. Infatti, l'incertezza si riversa anche sulla «coattività della legge» che finisce per avere «praticamente una portata assai più ristretta di quella che le viene assegnata dal legislatore»; cfr. E. TRICANI, *Il carattere categorico degli imperativi giuridici. teoria sul concetto e l'efficacia della norma giuridica*, ed. Arti Grafiche, Santi Monachini, Catania, 1923, p. 7. Sull'esigenza di certezza, v. anche F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, ed. Giuffrè, 1968, p. 49; P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, ed. Laterza, Bari, 2013. V. inoltre A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, in *DL*, 2003, n. 6, pp. 881-900; dello stesso Autore, *Alla ricerca della certezza perduta*, in *GI*, 2000, p. 1334 e ss. Sull'incertezza del diritto, v. di recente M. TIRABOSCHI, *Mercato, valori, regole*, Relazione presentata alle *Giornate di Studio AIDLASS*, Udine, 13-14 giugno 2019, dattiloscritto, in www.aidlass.it, p. 41, laddove sostiene che «il vero problema resta l'assoluta imprevedibilità delle decisioni giurisprudenziali che, in assenza di una chiara fattispecie di riferimento, risultano "frutto di argomentazioni soggettive, se anche spesso di pregio, più o meno controverse come ogni opinione per quanto autorevole"» (l'espressione richiamata è di M. PEDRAZZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, in *DRI*, 2018, n. 4, p. 993 e ss.).

La ipotesi di fondo che questa tesi intende esplorare criticamente è che la istituzione che si intende indagare – il consulente del lavoro – presenti caratteristiche funzionali che trovano riscontro nel diritto positivo (cfr. Cap. II) tali da poter consentire a quest'ultimo di svolgere il ruolo di “connettore” tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale nei termini su esposti, in relazione alle seguenti variabili: capacità di ampliare la coattività della legge – e quindi di ampliarne la sua portata – laddove utilizzerà correttamente le fonti eteronome ed autonome concorrenti nella regolazione del rapporto di lavoro, nella prospettiva di facilitare un punto di incontro sostenibile tra le esigenze mutevoli del mercato e quelle di tutela della persona coinvolta nel lavoro (19); capacità di garantire l'applicazione e l'efficacia delle norme considerate per la regolazione del contratto di lavoro, a prescindere dal carattere coattivo della legge. L'efficacia di determinate pattuizioni, infatti, può anche non scaturire dalla coattività delle norme e quindi da una possibile sanzione ma il rispetto di esse può rivelarsi strategico e funzionale agli scopi che l'impresa si pone (20).

Inoltre, si tenterà anche di dimostrare che la funzione di collegamento tra i due ordinamenti che qui si vuole imputare al consulente del lavoro trova riscontro nel diritto positivo (per questi aspetti si rinvia al Cap. II).

¹⁹ La (s)corretta combinazione tra la fonte eteronoma e autonoma si riflette su diversi istituti del rapporto di lavoro. Nel 2016, il *Rapporto annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale* predisposto dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro riportava che su 8621 posizioni lavorative sono state accertate come irregolari 4314 posizioni (50,04%), che hanno comportato il recupero dei benefici contributivi, ottenuti attraverso la c.d. tecnica della “norma incentivo” (p. 14). Per quanto concerne l'applicazione dei CCNL sottoscritti dalle organizzazioni sindacali prive di rappresentatività, su 1560 società cooperative ispezionate, 376 non hanno ottemperato a quanto disposto dall'art. 7 del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 (p. 21). Il *Rapporto annuale* del 2017 mostra un peggioramento rispetto all'applicazione del CCNL nell'ambito del lavoro cooperativistico: «con riferimento ai risultati dell'anno 2017, si evidenzia che su un totale di n. 3.317 cooperative ispezionate, n. 1.826 sono risultate irregolari (pari a circa il 55% delle cooperative ispezionate)» per un totale di euro 53.294.927 evasi tra premi e contributi e 2856 diffide accertative emanate ex art. 12 del d.lgs. n. 124/2004 (p. 21).

²⁰ In questo senso, si pensi, ad esempio, alla scelta del contratto collettivo da applicare all'impresa. Nonostante nell'ordinamento italiano viga il principio della libertà di scelta, l'individuazione della fonte collettiva per la regolazione dei rapporti individuali di lavoro viene condizionata da alcune opzioni legislative che impattano sul piano economico-gestionale, come sarà dimostrato in seguito (cfr. Cap. III). Va quindi detto che, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, «gli operatori economici non si curano tanto del fondamento giuridico dell'inderogabilità, mentre nel perseguire i propri interessi si impegnano in un contratto alle condizioni che rendono controllabile il costo complessivo dell'operazione giuridica, ivi compreso, oltre al costo gestionale, anche il costo conseguente ad un presumibile contenzioso», tanto con gli enti che con i lavoratori; così V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, ed. Jovene, Napoli, 2008, p. 55. L'operatore economico è così disincentivato a discostarsi dalla modalità generalmente praticata a causa dell'elevata «unconscionability», cioè l'indeterminatezza degli esiti dell'operazione contrattuale; così R. BOWLES, *Laws and Economy*, Oxford, 1982 (qui, *Diritto e economia*, Bologna, 1985, p. 203, trad. a cura di G. Alpa).

2. Brevi cenni sulle funzioni del diritto del lavoro e sulle funzioni del consulente del lavoro

Interrogarsi sulla funzione del consulente del lavoro nelle dinamiche di raccordo tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale implica recuperare, seppur brevemente, le direttrici teoriche fondamentali sulle funzioni del diritto del lavoro. La prospettiva di analisi del problema che meglio si attaglia al tema di ricerca qui indagato è quella che inquadra la funzione del diritto del lavoro alla stregua di un diritto della concorrenza (21). Secondo questa prospettiva dottrinale (22), la norma lavoristica, sia di natura legale che pattizia, svolge la funzione primaria di fissare degli *standard* minimi di regolazione della concorrenza nel mercato del lavoro, sottraendoli dalla disponibilità contrattuale delle parti del rapporto (23). Ciò al fine innanzitutto di evitare la

²¹ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, ed. Giappichelli, 1999, spec. p. 127 e ss. Sul punto v. anche P. TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *ADL*, 2017, n. 6 p. 1337 e ss., secondo cui «esercitando la sua funzione genetica di tutela del lavoro, la contrattazione collettiva ha prodotto un effetto indiretto di limitazione della concorrenza»; v. inoltre, A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in AA.VV., *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Milano, 2016, pag. 49: «Il diritto del lavoro ha svolto, sin dalle sue origini, un fondamentale ruolo di regolazione della concorrenza, al punto che Gerard Lyon-Caen ha potuto scrivere che il diritto del lavoro fa parte del diritto della concorrenza e che la protezione del lavoratore è solo un effetto secondario di tale funzione regolativa del mercato». Cfr. altresì R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in AA.VV., *L'idea di diritto del lavoro, oggi* etc., op. cit., pp. 13 e 14: «il diritto del lavoro, nella sua componente legislativa e di contrattazione collettiva, persegue accanto alla funzione tipicamente protettiva del lavoratore subordinato un compito di regolazione della concorrenza. Nella triplice direzione: a) di impedire la concorrenza al ribasso tra i lavoratori; b) di limitare la concorrenza tra le imprese che potrebbero altrimenti giocare sul costo del lavoro per avvantaggiarsi nei confronti dei competitors; c) di ridurre la concorrenza tra ordinamenti ovvero il c.d. dumping normativo, che ha l'effetto di provocare migrazioni capitalistiche verso Paesi resi attraenti dal minor costo e dalle minori tutele del lavoro»; v. infine P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, tomo n. 2, Milano, 2000, p. 150: «sin dalle origini il contratto collettivo ha avuto la finalità di determinare i livelli retributivi (c.d. concordato di tariffa) al fine di riequilibrare il rapporto di forza negoziale sul mercato, contrapponendo al potere monopsonistico dell'imprenditore un monopolio dell'offerta, realizzato attraverso la coalizione di un gruppo organizzato».

²² Il diritto del lavoro, secondo una risalente dottrina, avrebbe la funzione di tutelare il c.d. “contraente debole” e come altra faccia della medaglia, la funzione di «operare una limitazione della concorrenza tra gli appartenenti al gruppo»; così G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, Roma, 1967, dattiloscritto, p. 25. Una limitazione che opera su due fronti: dal lato dei lavoratori e dal lato dei datori di lavoro. Per i primi, tale diritto porrebbe rimedio ad una concorrenza salariale al ribasso; per i secondi, limiterebbe la concorrenza sui costi di produzione. Sul punto v. anche L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, ed. Utet, Torino, 1960, p. 125 e ss. Più di recente v. F. V. PONTE, *Contrattazione collettiva aziendale e di prossimità*, in R. SACCO, S. BELLOMO, M. CIAN, G. FERRI JR, D. U. SANTOSUOSSO, F. TESAURO (a cura di), *Digesto delle discipline privatistiche*, ed. Utet, Torino, 2017, p. 73.

²³ In questo senso, il diritto del lavoro ha la duplice funzione di «mantenere la pace sindacale» nell'interesse dell'imprenditore e consentire la determinazione di «certi *standars* in una data area industriale ed in un dato periodo, *standards* di distribuzione del lavoro, delle retribuzioni e quindi della

competizione al ribasso tra i lavoratori, ovvero il materializzarsi della situazione per cui il singolo prestatore di lavoro, pur di ottenere o di mantenere una determinata posizione professionale, possa essere spinto ad assoggettare la propria professionalità e le proprie energie psicofisiche al regime di subordinazione tramite la sottoscrizione di un contratto recante condizioni normative ed economiche inferiori rispetto a quelle offerte o contrattate da un altro potenziale lavoratore, astrattamente dotato delle medesime conoscenze, competenze e capacità professionali (24). Sicché, il libero incontro tra domanda e offerta di lavoro, dispiegabile secondo le tradizionali dinamiche di scambio del diritto privato dei contratti e delle obbligazioni, viene ad essere regolato dalla norma lavoristica la quale, nel sottrarre dosi di autonomia negoziale alle parti del contratto, toglie salari e condizioni di lavoro dal gioco della concorrenza (25).

Basata sul principio fondamentale per cui *il lavoro non è una merce* (26), proclamato solennemente nella Dichiarazione di Philadelphia del 10 maggio 1944, tale dinamica di limitazione della concorrenza (al ribasso) tra lavoratori (c.d. *dumping sociale*) nel mercato del lavoro ha un impatto diretto sulla regolazione della concorrenza tra imprese, nel mercato dei prodotti e dei servizi, nel senso che impedisce ad una determinata azienda di ridurre il prezzo di vendita del proprio prodotto/servizio, abbattendo il costo del lavoro al disotto dello *standard* minimo fissato dalla legge e dalla contrattazione collettiva, riferibile tanto agli aspetti di carattere normativo (ad

stabilità d'impiego» per non consentire che i lavoratori possano vendere ad un prezzo inferiore la propria forza lavoro e costringere le imprese a concorrere sulla combinazione vantaggiosa di altre componenti della funzione di produzione, dalla quale resta escluso il costo standard del lavoro; cfr. O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, cit., p. 83. V. anche G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, LD, 2004, n. 2, p. 258.

²⁴ In questo senso, il lavoratore è stato definito un “contraente debole”. Sul punto si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, RIDL, 1967, n. 1, p. 15 e 17; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ed. Jovene, Napoli, 1976, spec. p. 43. A. VALLEBONA, *Lavoro e spirito*, ed. Giappichelli, 2011, p. 11. R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, RIDL, 2006, p. 315 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La funzione sociale del diritto del lavoro tra legislatore e giudice*, in F. MACARIO, M. N. MILETTI (a cura di) *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, ed. Roma Tre Press, 2017, p. 171.

²⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 61.

²⁶ Per una ricostruzione del significato della locuzione, si rinvia allo studio di M. GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*»: una formula da rimeditare, LD, 1997, n. 4, p. 557 e ss. Anche R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 12 osserva che da un certo momento storico «il diritto del lavoro, abbandonata così ogni residua concezione mercantile, tende a rivelare la propria autentica matrice originaria nella mediazione dello scontro fra chi detiene gli strumenti produttivi e chi invece dispone soltanto delle proprie energie lavorative». Sulla questione, v. anche M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, ed. Cedam, 1966, p. 11 e, nella prospettiva del diritto della concorrenza, v. ancora M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., spec. pp. 117, 127 e ss. V. anche A. SUPLOT, *Lo spirito di Philadelphia. Giustizia sociale e mercato globale*, 2010, ET AL Edizioni.

esempio, l'orario di lavoro), quanto e soprattutto agli aspetti di carattere economico (ad esempio, le retribuzioni) (27).

Rispetto a questa dinamica di funzionamento della norma lavoristica, che specie nel nostro ordinamento vede una concorrenza regolativa tra fonti autonome e fonti eteronome, il consulente del lavoro ha svolto tradizionalmente le seguenti funzioni di raccordo.

In primo luogo, il consulente del lavoro è stato investito della gestione degli adempimenti previdenziali, in funzione di determinare correttamente l'importo dei contributi che l'impresa deve versare agli enti pubblici previdenziali e assicurativi, attraverso l'individuazione del contratto collettivo di categoria comparativamente più rappresentativo (28). Lo svolgimento di questa funzione è stato strumentale, quantomeno nelle ipotesi di declinazione genuina del ruolo istituzionale di cui il consulente è investito, alla corretta determinazione degli adempimenti previdenziali ed assicurativi per conto delle imprese, con la finalità di combattere meccanismi di concorrenza sleale tra queste, da una parte, e dall'altra di consentire alle medesime di contribuire al finanziamento del sistema previdenziale pubblico conformemente a quanto previsto dalla legge (29).

²⁷ Tuttavia, va rilevato che se da un lato la tecnica del rinvio alla contrattazione collettiva da parte della legge ha fatto sì che le due fonti diventassero interscambiabili, in un rapporto quasi paritetico, dall'altra, la proliferazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro (sottoscritti con la mera finalità di creare *dumping sociale*), contenenti disposizioni integrative della legge anti-concorrenziali, ha causato un'evidente alterazione del sistema normativo; cfr. P. TULLINI, *Breve storia delle fonti del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2005, n. 1, p. 137.

²⁸ Con l'entrata in vigore della decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito in legge dall'art. 1, comma 1 della legge 7 dicembre 1989, n. 389, il legislatore individua la retribuzione imponibile ai fini previdenziali quale quella prevista da «leggi, regolamenti, contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo». Con questa norma, il legislatore decide di assumere come parametro ai fini dell'individuazione dell'imponibile contributivo il contratto collettivo e quindi di ibridare le fonti del diritto statali del sistema previdenziale con quelle dell'ordinamento intersindacale, i cui «atti» sono ricondotti al contratto di diritto comune. In questo scenario, il consulente del lavoro ha dovuto necessariamente concentrare la sua attenzione professionale non solo sulle fonti statali ma anche su quelle collettive. Tuttavia, l'incertezza del criterio utilizzato ai fini dell'individuazione della fonte collettiva, ha spinto il legislatore ad intervenire nuovamente sul punto, interpretando autenticamente l'inciso contenuto nell'art. 1, comma 1 del decreto-legge n. 338. La fonte collettiva individuata ai fini della determinazione dell'imponibile previdenziale, «in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria», poteva essere solo quella «stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria» (cfr. art. 2, comma 25 del decreto-legge 28 dicembre 1995, n. 549).

²⁹ La tutela della concorrenza, che ha rilievi anche pubblicistici, è connaturata nella professione del consulente del lavoro sin dalla sua istituzione. Con la legge 23 novembre 1939, n. 1815, il legislatore corporativo dettò la «disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza»; in particolare, nel testo di legge era previsto che «la tenuta o la regolarizzazione dei documenti delle aziende riguardanti materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale» non poteva essere custodita e curata da parte di coloro che non erano «legati alle aziende stesse da rapporto d'impiego se non in seguito

Rispetto alla qualificazione del rapporto, alla stipula del contratto di lavoro e alla sua “denuncia” alla pubblica autorità (30), il consulente analizza, in raccordo con le specifiche esigenze dell’impresa, la fattispecie nella quale ricondurre il rapporto di lavoro e nel caso del lavoro subordinato, quale tipologia contrattuale utilizzare per impiegare il dipendente ed il relativo livello contrattuale. L’esercizio di questa funzione ha un concreto impatto sulla concorrenza poiché rispetto ad uno specifico settore produttivo, le imprese dovranno avvalersi dei medesimi strumenti normativi, non potendo utilizzare il personale nell’esplicazione delle medesime mansioni o attività con sistemi di tutela differenziati in ragione di un abbattimento del costo del lavoro.

In coerenza con l’idea del diritto del lavoro come diritto della concorrenza, altra funzione di rilievo è la certificazione del contratto di lavoro ai sensi del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. I consigli provinciali dell’Ordine dei consulenti del lavoro, infatti, per espressa previsione di legge (31) possono certificare i contratti individuali di lavoro instaurati nell’ambito territoriale di riferimento (32). Sotto tale profilo, il

all’autorizzazione del competente circolo dell’ispettorato corporativo». Lo scopo che voleva perseguire il legislatore corporativo era quello di «frenare gli abusi connessi al sistema sociale che si andava consolidando» e quindi offrire da una parte, l’opportunità alle imprese di essere seguite nella gestione degli adempimenti imposti dalla legislazione del lavoro; dall’altra, promuovere una figura professionale capace di porsi come intermediario tra la pubblica amministrazione e le imprese. In questa fase storica, i consulenti del lavoro venivano identificati come i responsabili delle aziende adibiti a seguire tutti gli adempimenti in materia assistenziale, previdenziale ed anche retributiva (venivano appellati come «tenutari autorizzati», cioè soggetti esercitanti attività professionale in materia di lavoro il cui esercizio era subordinato all’autorizzazione dell’ispettorato); cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, ed. Fondazione Nazionale Cesare Orsini, Venezia, 2000, p. 11 e ss.

³⁰ Con l’evoluzione dell’organizzazione della Pubblica Amministrazione, avviatasi su un percorso di informatizzazione dei sistemi di gestione – nel nostro caso il sistema previdenziale – il consulente del lavoro ha accentuato la sua funzione di intermediario, ampliando il suo raggio d’intervento anche alla fase “genetica” del rapporto di lavoro. Infatti, egli si occupa attualmente anche di trasmettere la documentazione obbligatoria al centro per l’impiego con la finalità di denunciare l’inizio del rapporto di lavoro, indicando di quale tipologia contrattuale si stanno avvalendo le parti, a quale fattispecie è ricondotto il rapporto (autonomo o subordinato), il livello retributivo, il contratto collettivo applicato al rapporto (c.d. modello UniLav; cfr. art. 1, comma 1180 della legge n. 296 del 2006). Sulla riflessione della funzione del consulente del lavoro quale intermediario tra il cittadino e lo Stato si rinvia allo studio del Centro Studi ANCL (a cura di), *Il professionista intermediario. Nuovi diritti tra telelavoro e pubblica amministrazione*, ed. Libreria Forense, Roma, 2014, spec. p. 31, nel quale si ipotizza la sussistenza di rapporti di collaborazione tra i professionisti e lo Stato – stante la funzione di ordine sociale e pubblica che svolgono – che la Pubblica Amministrazione stenta a riconoscere. V. anche P. D. ONDER, *Quali scenari si prospettano per la figura del Consulente del Lavoro nel prossimo futuro?*, in *Bollettino Adapt*, 21 luglio 2014.

³¹ Cfr. art. 30, comma 5 della legge 4 novembre 2010, n. 183 che ha modificato l’art. 76, comma 1, lett. c)-ter del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

³² Con l’attribuzione di questa funzione, il legislatore riconosce seppur implicitamente un ruolo di terzietà del consulente del lavoro. Una funzione che ha avuto ulteriori sviluppi con la sottoscrizione da parte del Ministero del Lavoro e Consiglio Nazionale dell’Ordine dei Consulenti del Lavoro di un Protocollo d’intesa finalizzato a garantire una maggiore efficienza del mercato del lavoro attraverso una azione di contrasto al lavoro sommerso e irregolare, nonché alla diffusione della cultura della legalità e alla semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese: si tratta dell’Asse.Co, l’asseverazione di

consulente tutela la concorrenza tra lavoratori attestando che: *a)* le parti abbiano contrattato, conformemente alla legge e al contratto collettivo, una determinata prestazione a fronte di un preciso costo (quello previsto dal contratto collettivo); *b)* le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro seguano *standard* di legge ben delimitati.

Il consulente del lavoro può svolgere, inoltre, attività di intermediazione ai sensi degli artt. 6, comma 2 e 4, comma 1, lett. *d)* e *e)* del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, facilitando così l'incontro tra domanda e offerta di lavoro. L'impatto che questa funzione ha sulla tutela della concorrenza è notevole; infatti, i consulenti del lavoro si pongono come garanti rispetto al diffondersi di una moderna piaga del mercato del lavoro: la c.d. terziarizzazione del personale. Trattasi di una recente politica gestionale diffusasi nel mercato del lavoro che si concretizza nell'affidare, attraverso il licenziamento, i dipendenti ad un soggetto giuridico terzo (una società distinta dall'impresa, spesso una società cooperativa), che riassume e gestisce il personale con inquadramenti contrattuali di dubbia legittimità – e facendo ricorso all'applicazione di accordi collettivi che abbattano il costo del lavoro di circa il 25% – per riallocarlo nell'impresa di provenienza attraverso un contratto di appalto di servizi non genuino (33).

Non di minore importanza è la funzione di assistenza che il consulente del lavoro svolge in favore del lavoratore nella procedura di sottoscrizione dell'accordo nelle sedi protette avente ad oggetto il demansionamento (34). Questa funzione consente al professionista di vagliare concretamente la sussistenza o meno di quei presupposti previsti dalla norma per mutare l'inquadramento contrattuale, garantendo così che l'accordo sia sottoscritto nell'interesse del lavoratore e non sia frutto di una volontà unilaterale del datore di lavoro, finalizzata a creare una strategia economica che

conformità dei rapporti di lavoro (cfr. Protocollo d'Intesa siglato il 15 gennaio 2014 tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e l'Ordine Nazionale dei Consulenti del Lavoro per l'asseverazione di conformità dei rapporti di lavoro); su questo aspetto, v. A. R. CARUSO, P. RAUSEI, *Asse.Co. al via: ma è vera asseverazione?*, in *Bollettino Adapt* 18 gennaio 2014; P. STERN, *Il sistema di asseverazione dei Consulenti del lavoro: Asse.Co.*, in *Bollettino Adapt* 22 gennaio 2014.

³³ Il tema è fortemente presidiato dall'Associazione Nazionale dei Consulenti del lavoro. Infatti, il sindacato dei consulenti del lavoro il 16 marzo 2017 ha segnalato con una lettera inviata al Ministero del lavoro, pubblicata sui maggiori quotidiani italiani, tale pratica illegale, che alimenta il *dumping* contrattuale. La lettera è reperibile sul sito www.anclsu.com. La tematica è stata anche oggetto di un'interrogazione parlamentare promossa dall'ANCL (cfr. Atto n. 4-00697 pubblicato il 17 ottobre 2018, nella seduta n. 48 del Senato della Repubblica Italiana, consultabile in www.senato.it).

³⁴ L'art. 2103, comma 6, cod. civ., così come novellato dall'art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, prevede che «nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro».

consente di concorrere sul mercato attraverso un contenimento fraudolento del costo del lavoro utilizzando in modo illegittimo l'istituto del demansionamento (35).

Sempre nell'ottica di favorire il controllo del costo del lavoro e la corretta individuazione delle fonti legali e contrattuali, ulteriore competenza attribuita al consulente del lavoro è quella di certificare la regolarità retributiva e contributiva in base alle presenze del lavoratore rilevate attraverso sistemi telematici. Il consulente del lavoro ha, infatti, anche l'autorizzazione, prevista da alcuni accordi tra enti di diritto pubblico, a certificare la regolarità retributiva delle imprese (36). Questo procedimento ha la finalità di verificare la corrispondenza tra la maturazione dei diritti di natura retributiva e l'effettiva erogazione delle retribuzioni, attraverso la rilevazione delle presenze. Sotto tale profilo, si registra un impatto positivo sulla concorrenza tra le imprese poiché il consulente esercita un controllo tra la forza lavoro impiegata, il relativo costo e la sostenibilità dell'attività produttiva sul mercato, contrastando così la corsa al lavoro irregolare e le molteplici tecniche nelle quali si manifesta il c.d. *dumping contrattuale*.

Infine, attenzione merita anche la norma che consente al consulente del lavoro di raccogliere le dimissioni del lavoratore (37). La funzione di garanzia e di tutela della volontà del lavoratore – non condizionata da nessuna pressione esterna – consente di accertare che il recesso dal rapporto di lavoro non venga disposto in frode alla legge (cfr. art. 1344 cod. civ.). Questa funzione impatta sulla concorrenza poiché, come

³⁵ L'accordo per il mutamento delle mansioni deve essere sottoscritto nell'interesse del lavoratore per la conservazione dell'occupazione, o per l'acquisizione di una diversa professionalità o, ancora, al miglioramento delle condizioni di vita. Si tratta di rinunce di diritti prima irriducibili a fronte di sussistenti esigenze personali, extraprofessionali, che espongono il sinallagma del contratto ad una continua variazione/modificazione e che per tali ragioni devono essere accertate ed effettive, pena la nullità stessa dell'accordo; cfr. B. CARUSO, *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, 2016, n. 2, p. 177 e ss.

³⁶ Trattasi di un'analisi alla quale volontariamente il datore di lavoro si sottopone. La certificazione retributiva è stata introdotta il 16 gennaio 2008 in via sperimentale attraverso la sottoscrizione di un protocollo d'intesa tra la Provincia autonoma di Trento, l'INPS, l'INAIL e il Consiglio Nazionale dei consulenti del lavoro e subito innalzata tra le buone prassi nell'ambito delle relazioni industriali. Per un'analisi approfondita, si rinvia allo studio di S. VERGARI, *La certificazione della regolarità retributiva: un nuovo strumento del datore di lavoro*, in *DRI*, 2008, n. 2, p. 357 e ss.

³⁷ L'art. 26, comma 1 del d.lgs. n. 151 del 2015 prevede che «al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 55, comma 4, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro sono fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali attraverso il sito www.lavoro.gov.it e trasmessi al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro competente con le modalità individuate con il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali». Al comma 4, invece, è previsto che «la trasmissione dei moduli di cui al comma 1 può avvenire anche per il tramite dei patronati, delle organizzazioni sindacali, dei consulenti del lavoro, delle sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro nonché degli enti bilaterali e delle commissioni di certificazione di cui agli articoli 2, comma 1, lettera h), e articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

dimostrato in un recente studio (38), attraverso il licenziamento o le dimissioni, il datore di lavoro può perseguire un vantaggio di natura concorrenziale perché accede a regimi regolatori più flessibili o ad incentivi per “nuove” assunzioni o, ancora, per inquadrare diversamente con un nuovo contratto di lavoro il dipendente con la mera finalità di abbattere il costo del lavoro. Queste operazioni, apparentemente lecite, finiscono per risultare in frode alla legge poiché, seppure formalmente legittime, finiscono per erodere il nucleo fondamentale dei diritti del lavoratore (39).

Nonostante gli interventi legislativi siano accresciuti nel tempo con la chiara finalità di potenziare il ruolo del consulente del lavoro nella prospettiva di creare un raccordo tra i due sistemi normativi precedentemente considerati, manca ancora una riflessione unitaria dalla quale possa discendere una visione strutturale e organica della funzione di questa professione rispetto al funzionamento e all'applicazione del diritto del lavoro. Quelle pocanzi elencate sono funzioni di dettaglio, di volta in volta individuate dal legislatore senza inseguire un progetto unitario con la conseguenza che risulta non chiara la potenzialità della figura professionale. Tuttavia, le disposizioni menzionate, lette nel loro insieme, prestano il fianco ad una riflessione volta a ricercare un soggetto istituzionale che, soprattutto in chiave preventiva, garantisca quella “effettività” della norma lavoristica di cui tanto soffre negli ultimi tempi il diritto del lavoro (40). Pur avendo il legislatore introdotto un apposito rito per le controversie del lavoro nel 1973, con la finalità di garantire «l'effettività della tutela dei diritti dei lavoratori» attraverso «rigide preclusioni» e una «ragionevole durata del processo» (41), l'effettività dei diritti nel rapporto di lavoro è ancora in bilico (42).

38 S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, 2018, Edizioni Scientifiche Italiane, spec. 129 e ss.

39 Nella medesima prospettiva, svolge una funzione di garanzia il consulente del lavoro che assiste le parti nella procedura di convalida del licenziamento per giustificato motivo oggettivo presso le sedi protette. Come infatti prescrive l'art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012, modificando l'art. 7 della legge n. 604 del 1966, «le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro». Anche in questo caso, l'assistenza prestata è finalizzata a vigilare sulla legittimità dell'esercizio del diritto dell'altra parte, onde evitare che nel licenziamento economico si annidino elusioni delle norme di legge.

40 Cfr. P. ICHINO, *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, in *RIDL*, 2008, n. 3 p. 407; R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *RIDL*, 2010, n. 2, p. 195 e ss. Sul punto v. anche M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva. Manifesto per le nuove sicurezze*, ed. Marsilio, 2004, p. 146, ove si ravvisa la necessità di rendere le regole del mercato del lavoro effettive ed esigibili.

41 A. VALLEBONA, *Lavoro e spirito*, op. cit., p. 20.

42 Il rapporto che si viene a creare tra il datore di lavoro e il lavoratore «è tipicamente una relazione tra un soggetto che detiene un dato potere ed un soggetto che non lo detiene affatto» e nella genesi di questa relazione «si coglie un semplice atto di sottomissione (del lavoratore)»; lo scopo del diritto del lavoro, pertanto, è quello di costruire all'interno del rapporto contrattuale una forza bilanciante immanente: la legge e la contrattazione collettiva entrano nella relazione di potere tra due soggetti con lo scopo di bilanciare la disparità contrattuale; cfr. O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, cit., p. 14, che precisamente parla di «countervailing force». Tuttavia, l'effettività delle disposizioni dipende dal grado di

Appaiono, quindi, maturi i tempi per intraprendere una riflessione che metta al centro quella che fu metaforicamente definita la «lotta per il diritto» (43), ossia l'individuazione di strumenti che garantiscano un certo grado di effettività della norma giuridica nella regolazione del rapporto di lavoro non più affidando l'applicazione di queste alla minaccia sanzionatoria ma a strumenti preventivi (44), volti a normalizzare le condizioni economico-normative dei rapporti di lavoro, coadiuvando così il sindacato e le associazioni dei datori di lavoro nell'applicazione del contratto collettivo (45).

organizzazione del sindacato, dalla sua presenza nei luoghi di lavoro e dalla sua capacità di amministrare il contratto; cfr. G. PERA, *Sul reclamo presentato al datore di lavoro dal sindacato per mandato del lavoratore*, in *Scritti di Giuseppe Pera*, Giuffrè, 2006, vol. 1, p. 144. Una presenza che va sfumando a causa anche della trasformazione del tessuto produttivo, il cui baricentro non è più la grande industria ma una rete di microimprese, alle volte immateriali, nell'ambito delle quali, per motivi culturali e strutturali, il sindacato fa fatica ad essere presente. Per quanto possa la giurisprudenza intervenire in supporto per aumentare il grado di effettività della legislazione sociale, a molti è noto che il suo ruolo stia entrando in crisi, a causa dei “tempi” e dei costi insostenibili del sistema giudiziario; su questi aspetti si rinvia a M. MISCIONE, V. FILÌ, *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, *LG*, 2018, n. 2, spec. p. 118. Sulla crisi della giustizia in materia di lavoro, v. anche S. BINI, *Sull'effettività della tutela giurisdizionale del lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, Working Paper dell'Università di Santiago De Compostela, n. 2:1-13, vol. 23, dicembre 2014.

43 L'espressione è di M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la «lotta per il diritto»*, in *ADL*, 1999, n. 1, p. 48.

44 Di questa opinione, seppur con riferimento alla “norma incentivo”, v. M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, ed. Giappichelli, Torino, 2002, p. 29. Sulle stesse posizioni, A. VALLEBONA, *Guerra e pace nel mondo del lavoro*, op. cit., che invece individua negli enti bilaterali i soggetti che in un'ottica di prevenzione possano coadiuvare le parti sociali nell'applicazione del contratto collettivo, garantendone l'effettività.

45 Il consulente del Lavoro non è un “mero esecutore” perché partecipa alle scelte dell'impresa assicurando l'esigibilità delle disposizioni di legge e collettive. Se queste sono eluse nella fase attuativa, la funzione di tutela della concorrenza (c.d. di *market control*) che è propria del diritto del lavoro viene meno, o comunque ne esce fortemente depotenziata. Il problema dell'esigibilità del diritto si propone in modo ancor più accentuato allorquando si tiene conto che il diritto del lavoro si nutre anche di clausole generali, cioè concetti che esprimono autonomamente dei principi «volti a determinare il contenuto dell'azione»; cfr. A. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, *DLM*, 2011, n. 3, p. 410. Il consulente potrà, quindi, essere autentico interprete delle esigenze di determinati contesti in raccordo con le regole e la “cultura” che essi esprimono (su questi aspetti si rinvia al contributo di L. TAFARO, *Diritto e cultura: alla ricerca di un legame perduto. Il ruolo del giurista*, in *AA.VV., La cultura come risorsa e le risorse della cultura*, ed. Cacucci, Bari, 2011, p. 105 e ss.); nello specifico, egli potrà individuare la “giusta” retribuzione conforme ai canoni dell'art. 36 Cost. ma rispetto al contesto produttivo e geografico in cui organizza o comunque gestisce i rapporti di lavoro (sulla variabilità della retribuzione in base al contesto, v. R. GRECO, *Il mancato rispetto dell'art. 36, comma 1, Cost.: prassi scorretta dell'impresa illecita o sacrificio sull'altare dell'efficienza dei mercati concorrenziali?* in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 365 e ss.; E. GRAGNOLI, *Retribuzione e Occupazione*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2014, n. 1, p. 40 e ss.; P. PIZZUTI, *Retribuzione e Occupazione*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, op. cit., p. 68 e ss.).

2.1. La crisi del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro

È noto che la funzione di regolazione della concorrenza del diritto del lavoro sia entrata in crisi, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, coll'affermarsi su scala planetaria del processo di globalizzazione economica. La possibilità di mobilità geografica del capitale si è tradotta, in sostanza e in estrema sintesi, nella minore efficacia della norma lavoristica, tradizionalmente riferita a un ambito territoriale circoscritto, coincidente con lo Stato nazione (46). Da qui è derivata anche la crisi della inderogabilità e i conseguenti aggiustamenti sul piano regolativo, nell'ottica del decentramento contrattuale e delle ipotesi di derogabilità assistita (47). Il dato fattuale è che, nonostante il carattere imperativo e inderogabile della norma lavoristica, già limitato nel nostro paese sul versante contrattuale per via della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., la funzione di regolazione della concorrenza del diritto del lavoro è stata messa in discussione non dalla possibilità di deroga sul piano individuale e collettivo di questa, ma da una nuova dimensione della concorrenza diversamente articolata sul piano geografico (48).

Anzi, la derogabilità individuale e collettiva è semmai stata una risposta a una crisi sistemica e istituzionale del diritto del lavoro nazionale. Anche in questo caso, il venir meno della funzione di *market control* del diritto del lavoro si è ripercosso sul piano

46 Sugli aspetti critici conseguenti la separazione tra la "norma" e il "luogo", si rinvia allo studio di N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, ed. Laterza, Roma, 2001. Più di recente, v. U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto*, ed. Liguori, 2005. Sugli effetti della separazione della norma dal "luogo" nell'ambito del mercato del lavoro, v. M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?* In M. D'ANTONA, *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, ed. Ediesse, Roma, 2000, p. 275 e ss.

47 In questo senso, v. R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *DLRI*, 2014, n. 4, p. 715-740, spec. 716, che ipotizza un "allentamento" della norma inderogabile a favore di una «dialettica negoziale collettiva destinata ad agevolare scambi, per così dire "virtuosi" e controllati a livello sindacale, tra poste altrimenti non compromettibili» consentendo così all'autonomia collettiva di governare il cambiamento dovuto al mutare dei cicli economici.

48 Il perimetro dell'operatività, e quindi dell'efficacia, della norma giuridica è sempre stato identificato fino ad oggi con i confini dello stato. Tuttavia, l'introduzione di diverse riforme che hanno agevolato, nel tempo, la circolazione del capitale per permettergli di attraversare frontiere e confini nazionali senza eccessiva difficoltà, ha mandato in crisi la funzione del diritto del lavoro, le cui norme erano, infatti, ancorate ad uno spazio di operatività "nazionale" e non "globale". È in questa prospettiva che Gérard Lyon-Caen individua una nuova fase di crisi del diritto del lavoro, a cui sfugge la funzione di regolare la concorrenza tra le imprese, che delocalizzate in diversi paesi, sfruttano i vantaggi che i precari ordinamenti giuridici offrono rispetto a sistemi regolatori più evoluti; v. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *LD*, 2004, n. 2, p. 263. Dello stesso parere è A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro, Milano, 23-25 maggio 1997*, ed. Giuffrè, 1998, spec. p. 81; v. anche F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *RTDP*, 2006, n. 2, p. 313 e ss.; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, op. cit. p. 275; M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *RGL*, 2008, vol. 2, p. 3 e ss.; V. CAGNIN, *Crisi e diritto del lavoro: la via della sostenibilità*, working paper, dattiloscritto, 2012.

della certezza delle regole e della esigibilità, con il conseguente recupero di forti dosi di autonomia regolativa o applicativa delle regole sul piano decentrato dell'autonomia privata individuale e collettiva. Si è aperta così l'epoca del diritto riflessivo (49) e, rispetto a questa evoluzione, il ruolo del consulente del lavoro è divenuto centrale.

Tra una pluralità di contratti collettivi che caratterizza l'attuale panorama delle relazioni industriali in Italia, di cui alcuni è dubbia la legittimità e la natura dell'interesse che tutelano, il consulente è stato tradizionalmente inquadrato dalla dottrina quale principale artefice di uno dei fenomeni di *dumping contrattuale* volgarmente definito in termini di c.d. *contrattazione pirata* (50). Tale assunto, senza dubbio valevole in talune circostanze, è meritevole di essere decostruito, posto che il consulente del lavoro come istituzione non può essere concepito come soggetto monolitico. Sicché dalla prassi consulenziale in materia lavoristica, di fianco ai fenomeni patologici che saranno di seguito esplorati nella loro manifestazione storica e funzionale (51), stanno i casi in cui il consulente del lavoro, all'opposto, disincentiva l'applicazione dei c.d. *contratti pirata*, evitando la contaminazione del mercato del lavoro per via di una concorrenza giocata (solo) sul costo del lavoro (52). Funzione

49 Da diversi anni, si sono aperte riflessioni sulla eccessiva commistione tra fonte eteronoma e fonte autonoma, espressione della crisi del normativismo e dell'approdo dell'ordinamento al c.d. "diritto riflessivo" o "diritto procedurale", di cui il legislatore si serve non per imporre «un assetto di interessi inderogabile ai privati» ma per organizzare «la regolazione, che viene lasciata ad altri soggetti o sistemi sociali»; così M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 445. In senso critico si veda A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, *DLRI*, 1992, n. 533, secondo cui la tecnica della legislazione delegante finirebbe per andare incontro ad un cortocircuito innescato a monte «dalla debole selezione/legittimazione dei soggetti che veicolano la riflessività normativa». Sul punto v. anche L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, *RI*, 1988, n. 11, p. 13; A. LO FARO, *Teoria autopoietiche e diritto sindacale*, in *LD*, 1993, n. 1, p. 129; M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, *DLRI*, 2002, p. 85; G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *LD*, 2015, n. 3, spec. p. 502. Sul ruolo che può avere il consulente del lavoro nell'ambito del c.d. diritto riflessivo, se ne tratterà ampiamente nel Cap. III.

50 Di questo approccio se ne trova traccia nei contributi di A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, 1997, n. 2, p. 261 e ss.; G. PERA, *Note sui contratti collettivi "pirata"*, in *RIDL*, 1997, n. 1, p. 381 ss. Secondo questi Autori, i primi contratti pirata nascono proprio da una spiccata "fantasia giuridica" di un consulente del lavoro.

51 Su questi aspetti, si rinvia al Cap. IV.

52 È nota la crisi del ruolo della rappresentanza degli interessi, chiamata a confrontarsi anch'essa con pressioni competitive esterne. Invero nel nostro ordinamento, dove la crisi della funzione concorrenziale del diritto del lavoro si sta manifestando nella forma dei c.d. *contratti pirata*, il venir meno di un punto di sostenibilità nella regolazione del lavoro attraverso le tradizionali dinamiche contrattuali, tarate sui parametri nazionali della concorrenza, sta portando a una riconfigurazione dei termini dello scambio ad opera di nuovi soggetti che propongono punti di sostenibilità alternativi specie sul costo del lavoro proprio in risposta alle pressioni competitive esterne del sistema. La problematica non investe solo l'area del lavoro subordinato ma anche l'area del lavoro parasubordinato, sollevando le medesime criticità del sistema; sul punto v. F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *LD*, 1999, n. 4, pp. 553-569, spec. p. 562. Sulle criticità di soggetti poco rappresentativi che stipulano accordi nazionali per disciplinare il lavoro parasubordinato, v.

principale del consulente sarebbe, secondo questa seconda interpretazione, quella di valutare se vi siano anomalie nella determinazione del costo del lavoro e se il contratto collettivo sia frutto di uno “scambio” effettivo, ossia di reciproche concessioni e non mere ratifiche di scelte prese altrove (53).

Speculare alla funzione appena descritta, il consulente può contribuire a rafforzare l'applicazione di alcuni dei contratti collettivi – anche *ultra partes* – e quindi evitare così lo sfaldamento della contrattazione collettiva nazionale governata dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, che attualmente vede i settori sotto assedio da parte di sistemi contrattuali che rivendicano una specializzazione settoriale rispetto alla categoria merceologica nella quale sono astrattamente riconducibili (54).

Inoltre, il consulente valuta – anche alla luce dei principi sanciti dagli artt. 3, comma 2, 39, comma 1 e 41, comma 2 Cost. – l'autenticità dell'interesse di cui si fa portatore il sindacato con il quale l'impresa deve contrattare (55). Come potrebbe valutarne alcuni requisiti (la rappresentatività) nel momento in cui le parti si incontrano

M. BIAGI, *Quale regolamentazione per le collaborazioni coordinate e continuative?*, in *GLav*, 2001, n. 9, pp. 18-27, scritto con la collaborazione di M. Tiraboschi. Più di recente, sul punto, G. PIGLIALARMI, *La contrattazione collettiva, il lavoro parasubordinato e i rapporti di collaborazione ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015*, 2019, in *DRI*, 2019, n. 1, pp. 308-408. Il tema sarà qui ripreso nel Cap. V.

⁵³ In un certo senso, i rappresentanti sindacali che negoziano il contratto collettivo in rappresentanza dei lavoratori non possono limitarsi ad accogliere le richieste formulate dalla controparte ma devono agire nei limiti della correttezza e della buona fede. In concreto questa potrebbe essere individuata attraverso un bilanciamento tra i costi sopportati e i benefici conseguiti nel negoziato e riflessi sulla comunità interessata; così F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro, Milano, 23-25 maggio 1997*, op. cit., p. 72. Se questa relazione non emerge dal contenuto dell'accordo, non siamo di fronte ad un contratto collettivo genuino.

⁵⁴ Il consulente riuscirebbe a garantire l'effettiva applicazione dei contratti collettivi contenendo la tendenza all'abbandono del contratto nazionale di categoria in luogo di un contratto collettivo nazionale alternativo o concorrente a quello vigente per il settore di attività in virtù degli adempimenti previdenziali previsti dalla legge (cfr. legge n. 549 del 1995), contenendo così lo sfaldamento della contrattazione e della rappresentanza settoriale finalizzati ad agevolare le imprese che concorrono sul mercato praticando un costo del personale molto più contenuto; su tale dinamica, si rinvia allo studio di P. TOMASSETTI, *Settorializzazione e territorializzazione delle relazioni industriali: la via italiana al decentramento contrattuale*, in *QRS*, 2017, n. 4, p. 125; spec. p. 134. Sulle criticità di sistema legate ad una limitata formalizzazione delle relazioni industriali, si veda L. BELLARDI, *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 2016, n. 3, p. 403 e ss.; L. BELLARDI, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *LD*, 2016, n. 4, p. 949 e ss.

⁵⁵ È bene ricordare che il fatto che il legislatore utilizzi il criterio del sindacato comparativamente più rappresentativo per affidare a soggetti terzi il completamento o la previsione di una disciplina integrativa, alternativa o derogatoria a quella legale, non comporta che i sindacati privi di quel requisito non siano espressione di un interesse sindacale. Così è possibile che un sindacato, sia pure “minore”, possa rivendicare trattamenti migliorativi o proporre un accordo sulle materie proprie della contrattazione collettiva, cioè quelle materia che la stessa governa a prescindere dal rinvio legislativo. In questo caso, si tratta di valutare e certificare l'interesse di carattere sindacale dell'organizzazione, che può essere ricondotto all'art. 39, comma 1 Cost. (cfr. Cap. IV, § 1).

per sottoscrivere un contratto collettivo (in particolare, un accordo collettivo aziendale) (56) esercitante le deleghe di legge e le deroghe consentite dalla stessa (57).

Questa prospettiva trova un supporto anche nello sviluppo in altri ordinamenti giuridici di una figura professionale – assimilabile talvolta a quella del consulente del lavoro (58) o in altri casi sovrapponibile con essa per struttura, contenuti e finalità

⁵⁶ Come si avrà modo di dimostrare nel Cap. IV, attualmente il consulente del lavoro svolge un ruolo di consulenza tecnico-giuridica e talvolta anche di negoziatore per le imprese che vogliono sottoscrivere un accordo integrativo al contratto nazionale o in deroga ad esso.

⁵⁷ L'attuale assetto normativo consente di disporre deroghe alle norme imperative di legge a fronte di determinati presupposti o condizioni fattuali (cfr. art. 8 della legge n. 148 del 2011), come riserva ai contratti collettivi anche la possibilità di modellare una disciplina in termini qualitativi e quantitativi alternativa a quella legale per favorire la sostenibilità dell'impresa nel mercato (cfr. art. 51 del d.lgs. n.81 del 2015). In questa prospettiva, tuttavia, i nodi problematici restano i medesimi: l'esercizio della c.d. derogabilità assistita non è nelle disposizioni di un ordinamento stabile e organizzato quale quello sindacale. L'instabilità è l'effetto della non chiarito criterio della rappresentatività comparativa, ossia il requisito necessario che l'organizzazione sindacale deve avere per poter esercitare le funzioni che la norma imperativa le affida. Avendo sempre riguardo al potenziamento della funzione "preventiva" della legge, diviene rilevante il compito del consulente del lavoro nell'organizzare in chiave procedurale e quindi convocando al tavolo delle trattative i soggetti che possono disporre dell'inderogabilità della legge.

⁵⁸ Nel contesto europeo ed internazionale, il consulente del lavoro non ha avuto un riconoscimento professionale da parte dello Stato al pari delle altre professioni. Infatti, tale attività professionale è riconosciuta solo in alcuni ordinamenti e non sempre organizzata in chiave ordinistica. L'esperienza più vicina a quella italiana la si registra in Spagna, dove il legislatore ha riconosciuto la figura del *Graduado social*, che svolge le stesse funzioni ed ha anche la possibilità di rappresentare l'impresa o il lavoratore in alcuni gradi di giudizio; cfr. E. TORRECILLA HERNÁNDEZ, *La función del Graduado Social en la aplicación del derecho del trabajo*, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2010, n. 88, Madrid, pp. 325-344; J. L. PERALTA DE LA CÁMARA, *Reflexiones recurrentes sobre el futuro grado y la profesión de graduado social*, in *Revista Trabajo. Revista andaluza de relaciones laborales*, 2007, n. 19. Diverso, invece, è il caso dell'ordinamento francese. Infatti, in questo paese non è prevista la figura professionale del consulente del lavoro poiché nel mercato dei servizi alle imprese operano solo i *Cabinet d'Expert Comptable*, che forniscono la consulenza in materia di contabilità (anche in materia di lavoro), e l'*Avocat*, per quanto riguarda la consulenza giuridica in materia di lavoro; sulle competenze dei *Cabinet d'Expert Comptable*, cfr. P. FELTRIN (a cura di), *Trasformazioni delle professioni e regolazione in Europa. Una comparazione dei mutamenti nei sistemi professionali in Francia, Germania, Italia e Regno Unito*, ed. Ipsoa, 2012, p.75 e ss. L'assenza di uno specifico riconoscimento della professione si manifesta anche all'interno dell'ordinamento tedesco. Infatti, la consulenza anche in materia di lavoro è di pertinenza dei consulenti commerciali e fiscali dell'impresa (*Steuerberater* o *StB*). In Austria, invece, la consulenza del lavoro ricade nell'ambito della professione di consulente aziendale (*Unternehmensberater*), attività esercitabile secondo le modalità e i limiti prescritti nel Codice Industriale Austriaco (*Gewerbeordnung* o *GewO*). Nell'ordinamento anglosassone, invece, non si riscontra la presenza di un sistema ordinistico ma il mercato della consulenza del lavoro è più in generale economica, nonché delle risorse umane è diviso tra due realtà: da una parte, vi sono grosse aziende di consulenza, rappresentate dall'associazione *Management Consultancies Association* (MCA); dall'altra, vi sono piccole associazioni professionali come la CIPD (*Chartered Institute of Personnel and Development*), prestigiosa associazione dei consulenti nell'area delle risorse umane, e l'IIM (*Institute of Interim Management*), che dal 2001 associa i *manager* che prestano attività di consulenza in favore delle imprese richiedenti. In questo ordinamento, non vigono particolari leggi volte a tutelare la professione ma si registra, piuttosto, un sistema di auto-regolazione posto in essere dalle associazioni che stabiliscono rigorosi requisiti per potersi

dell'attività professionale (59) – volta a coadiuvare le parti sociali e i pubblici uffici deputati all'attività di vigilanza in materia di lavoro, per garantire l'effettività della legislazione sociale e contrastare il lavoro sommerso.

2.2. Le nuove frontiere del diritto del lavoro e il ruolo del consulente del lavoro

Ricostruita per sommi capi la funzione tradizionale svolta dal consulente del lavoro quale soggetto istituzionale di raccordo tra ordinamento giuridico statale e ordinamento intersindacale, si tratta ora di esplorare le linee di tendenza evolutive del diritto in generale e del diritto del lavoro in particolare, con l'intento di vagliare, sempre nell'ottica di definire la posizione del problema precedentemente posto, come e perché la funzione del consulente si innesta in queste dinamiche di cambiamento che, giova ricordarlo, dipendono dalla e al contempo determinano l'evoluzione e il mutevole assetto degli interessi nella realtà economico-sociale.

Le prime osservazioni che vengono in rilievo riguardano l'evoluzione dell'oggetto della disciplina e la tecnica regolatoria tipica del diritto del lavoro, ossia l'inderogabilità. Sull'evoluzione di questi due aspetti, s'innestano peculiari funzioni del consulente del lavoro di seguito meglio delineate.

associare, con la finalità di garantire la migliore qualità nell'attività di consulenza alle imprese che richiedono assistenza in materia. Attività similari alla consulenza del lavoro così come istituita in Italia con la legge 11 gennaio 1979, n. 12 vengono svolte anche dai c.d. *bookkeeper*; cfr. P. FELTRIN (a cura di), *Trasformazioni delle professioni e regolazione in Europa*, ecc., op. cit., p. 313 e ss.

⁵⁹ Un'esperienza molto vicina a quella dell'ordinamento italiano è anche quella dell'ordinamento giapponese. In territorio nipponico, infatti, nel 1968 venne fondato l'Ordine nazionale dei Consulenti del Lavoro denominato *Sharouschi Federation*, con l'emanazione dell'*Act concerning Labour and Social Security Attorneys* (o detto anche *Sharoushi Act*). Nella legge istitutiva, è previsto che funzione dello *Sharouschi* – ne sono attualmente circa 40.000 in tutto il Giappone – è quella di contribuire alla regolare attuazione delle leggi in materia di lavoro e sicurezza sociale nonché al benessere dei dipendenti e alla sana crescita delle industrie. Il suo ruolo, in realtà, non si fermerebbe al solo mercato dei servizi professionali in materia di lavoro ma abbraccia anche un ruolo “complementare” del Governo nella vigilanza e nell'applicazione della legislazione sociale. Il consulente del lavoro in Giappone, infatti, si occupa di garantire l'effettività e l'estensione delle tutele in tutti i contesti produttivi, lavorando in stretta collaborazione con le agenzie amministrative del Ministero del Lavoro; svolge, quindi, un ruolo importante e allo stesso tempo complementare in quanto è difficile per le agenzie governative vigilare sull'applicazione delle leggi in materia di lavoro a causa dell'insufficienza numerica del personale pubblico dedicato al settore. Questa professione, pertanto, ha una marcata funzione di *legal compliance*. Anche sul versante dell'ordinamento intersindacale, lo *Sharouschi* svolge un ruolo di fondamentale importanza. In Giappone, il tasso di sindacalizzazione ha raggiunto il picco più alto nel 1973. A partire dal 1980, tuttavia, questo è diminuito e con esso anche il numero di vertenze collettive. Nonostante ciò, è accresciuto, invece, il numero delle controversie individuali in materia di lavoro. Per far fronte ad una crisi del sindacato, nel 2001, al consulente del lavoro giapponese è stata riconosciuta la possibilità di agire come delegato nelle procedure di risoluzione delle controversie alternative al contenzioso giudiziario e di svolgere la funzione di mediatore. In questa prospettiva, lo *Sharouschi* contribuisce a garantire ancora la vigenza alle pattuizioni sindacali; cfr. *Japan's Labour and Social Security Attorney (Sharoushi) System – Legal specialist on Labour and Social security*, dattiloscritto, 2018.

Difronte ai profondi mutamenti economico-sociali, il diritto del lavoro si confronta con nuove sfide. La dottrina evidenzia un processo di universalizzazione degli obiettivi della materia (60). In questa parabola dal selettivo all'universale, un passaggio appare certo: quello dalla tutela nel rapporto, tramite il contratto, alla tutela nel mercato (61).

Costruire un sistema normativo incentrato sul "rapporto" trascurando il "mercato" significa disegnare un sistema di tutele che non trovano applicazione per il lavoratore disoccupato; anzi, ciò complica la situazione poiché «le imprese si spostano verso i cosiddetti "paradisi" lavoristici, ove è minore il costo del lavoro, non solo per realizzare maggiori profitti, ma soprattutto per resistere alla concorrenza internazionale»; così «uno degli scopi essenziali del diritto del lavoro consiste nella realizzazione del diritto al lavoro» (62) attraverso la creazione di reti, servizi per l'impiego, investimenti nel territorio (63). Questa prospettiva è recentemente stata rivalutata dalla dottrina, che

⁶⁰ Il diritto del lavoro si trova di nuovo di fronte ad una contraddizione: esso dovrebbe porsi come strumento di tutela, ma un irrigidimento delle norme stimola la ricerca, da parte del capitale, di ordinamenti giuridici più favorevoli all'accumulazione del profitto in danno al costo del lavoro. Ciò comporta l'innescare di un meccanismo di concorrenza al ribasso, poiché lo spazio di operatività della norma non si estende all'intero globo. Quello che prima il diritto del lavoro ha cercato di tutelare (la concorrenza al ribasso) su scala nazionale, oggi dovrebbe farlo sul piano globale. È evidente, quindi, che la globalizzazione abbia condotto (e forse lo sta ancora facendo) il diritto del lavoro ad interrogarsi sul suo raggio di azione rispetto agli obiettivi che si pone; cfr. G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, op. cit., p. 264. Sulla tendenza di ripensare il diritto del lavoro in base ai suoi obiettivi, v. G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, ed. Oxford University Press.

⁶¹ La dottrina, negli ultimi quindici anni, ha messo in luce come gli obiettivi del diritto del lavoro non mirassero più a costruire un sistema di tutele operante nel rapporto tra datore di lavoro, in veste di creditore della prestazione, e lavoratore quale debitore ma ad incrementare i livelli occupazionali e a combattere la disoccupazione, al raggiungimento di determinati obiettivi macroeconomici, quali la garanzia di stabili politiche salariali, la regolazione specifica di alcuni settori produttivi nei quali il rapporto di lavoro è condizionato dall'organizzazione flessibile dell'impresa e dalle continue trasformazioni tecnologiche, l'occupabilità del capitale umano in transizione nel mercato del lavoro o dal sistema formativo al mondo del lavoro; sul punto cfr. F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., pp. 3 e 4; M. BIAGI, *Presentazione del Libro Bianco*, in *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento. I Seminari di studi "Massimo D'Antona"*, Firenze, 18 gennaio 2002, in *Atti del Seminario AIDLASS*; P. PASSALACQUA, *Autonomia Collettiva e Mercato del Lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, ed. Giappichelli, Torino, 2005; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, ed. Mondadori, 1996; dello stesso Autore, *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra i garantiti, i precari e gli esclusi*, ed. Mondadori, Milano, 2016.

⁶² A. VALLEBONA, *Lavoro e spirito*, op. cit., p. 13.

⁶³ Il quadro che viene tracciato della disciplina, sul finire degli anni Novanta, mostra come la funzione di essa stia per essere orientata altrove. Da una parte, infatti, si parla di una crisi d'identità della materia, che si concretizza nello spostamento del baricentro di tutele dal «rapporto di lavoro nell'istituzione-impresa, al mercato del lavoro, con i suoi nuovi problemi di accesso, formazione, ripartizione del tempo di lavoro, impiegabilità, nessi tra condizione lavorativa e cittadinanza sociale»; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?* In G. GHEZZI (a cura di), *Massimo D'Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, ed. Ediesse, Roma, 2000, p. 274.

intravede negli obiettivi della materia non l'intervento "paternalistico" della norma di legge sul rapporto di lavoro ma lo sviluppo e la salvaguardia delle capacità professionali dei lavoratori per consentirne la partecipazione al mercato del lavoro (64), un mercato "non ostile" a questi se assistiti da soggetti in grado di tutelare la persona e le sue attitudini (65). Tutto ciò implica anche evidenti riflessi sul piano della politica del diritto e dell'azione delle organizzazioni di rappresentanza, chiamate quest'ultime a ridisegnare le proprie funzioni e strutture, nella direzione di creare un raccordo non più solo con l'interesse collettivo, ma con interessi di carattere generale (66).

In questo scenario, il consulente del lavoro potrà intervenire nella gestione dei percorsi formativi dei lavoratori in modo da tutelare la loro professionalità per una sempre possibile e costante occupazione nel mercato attraverso strumenti che la legge stessa gli affida, ossia la ricollocazione professionale (67), con il supporto di *partner* anche privati. Infatti, in questa prospettiva, il consulente dovrà rivalutare la funzione ed il supporto degli enti bilaterali quali "sedi privilegiate" per la regolazione del mercato del lavoro (68). Notoriamente avverso alla bilateralità poiché non ritenuta parte economica del contratto collettivo (69) e valutata come mero incremento del costo del lavoro, il consulente potrà farsi carico, nella gestione del rapporto di lavoro, di dare concreta attuazione (e quindi effettività) alle disposizioni collettive riguardanti le prestazioni che gli enti bilaterali offrono, che spaziano dalle prestazioni di *welfare* ai percorsi di formazione, di riqualificazione professionale in favore dei lavoratori (70), a prescindere dalla fattispecie contrattuale (71).

64 R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLL*, n. 32, 2016, p. 383 e ss.

65 A. CATAUDELLA, M. DELL'OLIO, *Il lavoro e la produzione*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, ed. Laterza, 1974, p. 225 e ss., spec. p. 229.

66 A. VALLEBONA, *Il lavoratore-consumatore nel diritto del lavoro attuale*, in *DL*, 1983, p. 200 e ss., ora in *Lavoro e spirito*, op. cit., p. 62, rileva come «le associazioni sindacali dei lavoratori ormai da tempo abbiano posto, tra i loro obiettivi principali, la tutela di una serie di interessi extraprofessionali (ad esempio, la casa, i prezzi, il sistema tributario, l'assistenza sanitaria)», rafforzando così le «tutele interne ed esterne al rapporto di lavoro». Sull'espansione dell'azione sindacale oltre i temi del lavoro, v. anche di recente G. PIGLIALARMÌ, *La contrattazione sociale territoriale: inquadramento giuridico del fenomeno attraverso l'analisi contrattuale*, in *DRI*, 2019, n. 2, pp. 713-724.

67 Cfr. art. 4, comma 1, lett. e) del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

68 Cfr. art. 2, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 276/2003.

69 Per alcuni rilievi critici sul piano tecnico-giuridico, si rinvia allo studio di M. LAI, *Appunti sulla bilateralità*, in *DRI*, 2006, n. 4, p. 1020 e ss.

70 Per poter rispondere alle sfide che i nuovi contesti produttivi pongono, la formazione non dovrebbe essere intesa come attività volta a colmare «esigenze contingenti del mercato del lavoro» o come un corso per imparare «un preciso mestiere» ma come un percorso che ponga al centro l'«occupabilità della persona», intesa come sviluppo integrale della persona per «attrezzarla» alle sfide lavorative e ai problemi che lungo il percorso professionale si incontrano; così M. TIRABOSCHI, *Cosa intendiamo quando parliamo di occupabilità. In ricordo di Guido Rossa*, in *Bollettino Adapt*, 30 gennaio 2017. È necessario, infatti, immaginare un diritto non per il lavoro in sé ma per il lavoratore, «inteso come persona che costruisce un progetto di vita attraverso il lavoro, subordinato o autonomo, e che ha bisogno sia di un ragionevole pacchetto di tutele quando lavora, sia, e forse più, di un mercato del lavoro regolato in modo da rendere disponibili adeguate *chance* di impiego e strumenti, istituzioni, forme

Un ulteriore apporto che il consulente del lavoro può offrire in un simile contesto di cambiamento è quello di gestire rapporti di lavoro non riconducibili al regime della subordinazione – attesa la sua oramai decennale crisi (72) – ma a tipologie contrattuali flessibili *no standard*, le cui tutele sono ancora oggetto di discussione. Anche per queste ultime, si presenta un quadro normativo che vede nella loro regolazione la concorrenza tra la fonte autonoma e la fonte eteronoma; una tecnica normativa che oggi investe anche parte del lavoro autonomo (73). Con l'evoluzione dei sistemi produttivi, infatti, l'impatto che questi hanno avuto sull'organizzazione del lavoro è notevole: la de-concentrazione della produzione, l'impresa-rete, l'automazione, il lavoro a distanza, hanno reso liquido ciò che un tempo era solido, con importanti riflessi sul rapporto di lavoro (esercizio del potere disciplinare, orario di lavoro, autonomia nell'esecuzione della prestazione, etc.). Questa prospettiva, oltre che utile a far constatare come il lavoro si sia trasformato – sia pure solo per alcuni dei settori produttivi – fa comprendere anche come il lavoro subordinato si stia dissolvendo, per organizzazione e strutturazione, per confondersi con il lavoro autonomo. Anzi, per certi versi, è il lavoro autonomo che va verso il lavoro subordinato (74).

contrattuali tali da sostenere nel tempo l'impiegabilità nel lavoro (senza aggettivi)»; così M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, op. cit., p. 278.

⁷¹ Sul ruolo che la bilateralità può svolgere in un'ottica di tutela universale della professionalità nel mercato, a prescindere dalla fattispecie contrattuale in cui è “racchiusa” la prestazione lavorativa, v. P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *VTDL*, 2018, n. 3, p. 717 e ss., spec. p. 758.

⁷² L'oggetto di studio del diritto del lavoro, infatti, è sostanzialmente mutato: esso non si occupa più soltanto del lavoro, inteso come rapporto di lavoro *standard* e cioè il contratto di lavoro subordinato ma si è iniziato ad interessare di una forma variegata di rapporti. Osservava già G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, op. cit., p. 264, che in vista del cambiamento del mercato del lavoro e delle ripetute crisi occupazionali bisognava «allargare l'orizzonte di uno studio che è rimasto fino ad ora limitato al lavoro subordinato, fino a fargli ricomprendere qualunque attività, subordinata o non subordinata». Questo perché – osserva M. D'Antona – il lavoro subordinato non rappresenta l'unico “veicolo” in grado di muovere «i meccanismi dell'economia» e dare «forma e vita alle istituzioni della società»; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?* op. cit., p. 274.

⁷³ Nella società post-industriale, il contratto di lavoro subordinato è sempre meno la forma “corrente” o “comune” (cfr. art. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81) di rapporto di lavoro; e la diversificazione delle tipologie contrattuali ha messo in crisi i regimi di tutela e la nozione stessa di subordinazione (cfr. art. 2094 cod. civ.). Infatti, come si dirà più avanti, sono molti i “mestieri” e le “professioni” che sono transitate da un regime di piena subordinazione nella dimensione della “collaborazione”, poiché nell'organizzazione del lavoro e della prestazione, l'eterodirezione ha finito per essere irrilevante, residuando solo l'eteroorganizzazione quale aspetto caratterizzante del rapporto. La non esclusività del lavoro subordinato quale oggetto della disciplina del diritto del lavoro si riflette anche nella contrattazione collettiva. Infatti, ci si è interrogati se questa possa svolgere una funzione regolatrice e quindi estendere il suo raggio di azione anche ai rapporti di tipo associativo, alle prestazioni d'opera o alle libere professioni, tale da non restare una “fonte” la cui funzione regolativa è circoscritta al lavoro subordinato. Cfr. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, op. cit., p. 20.

⁷⁴ M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, op. cit., p. 276. Per un'analisi delle tendenze della contrattazione collettiva in materia di lavoro parasubordinato, si rinvia a G.

2.3. Nuove prospettive per il consulente del lavoro. Dagli adempimenti in materia previdenziale alla gestione della flessibilità: nuove tipologie contrattuali, lavoro *no standard* e attività di ricerca e selezione del personale

Come accennato precedentemente, ci troviamo in un momento storico in cui il diritto del lavoro non concentra la propria attenzione esclusivamente per la fattispecie del lavoro subordinato ma è attraversato da una trasformazione derivante dal cambiamento del sistema economico-produttivo, che apre a nuove forme di rapporto e in particolare al lavoro autonomo economicamente dipendente (75). Mutate sono anche le tecniche di regolazione dei contratti di lavoro, aperte sempre di più ad una commistione tra fonti statuali e intersindacali del diritto. Il rischio concreto è quello di vedere da una parte la grande impresa coadiuvata da consulenti e personale altamente specializzato nella gestione del personale; dall'altra, le piccole e medie imprese costrette a far ricorso alle tipologie contrattuali *standard* – e talvolta a contratti illegittimi – perché non in possesso di un supporto tecnico adeguato. È in questo contesto che si è inserito il ruolo del consulente del lavoro, rivalutato alla luce anche di un mutato quadro normativo, che gli riconosce competenze di carattere specialistico in materia di rapporti di lavoro e gestione del personale.

Secondo una ricerca (76), nel 2008 i consulenti del lavoro, che ammontano ancora oggi a circa 20.000 unità, amministravano un milione di imprese con circa sette milioni di addetti, per un montante retributivo pari a sessantasei milioni di euro l'anno. Con l'accrescimento del decentramento produttivo, il consulente del lavoro è divenuto il riferimento principale per l'amministrazione del personale all'interno delle piccole e medie imprese (77), sia che queste rispecchiassero modelli organizzativi "meccanici", cioè ruotanti attorno alla figura del singolo imprenditore, sia che queste adottassero modelli di organizzazione flessibili.

PIGLIALARMI, *La contrattazione collettiva, il lavoro parasubordinato e i rapporti di collaborazione ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015*, 2019, op. cit.

⁷⁵ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*, in *DLM*, 2018, n. 2, pp. 193-198.

⁷⁶ R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, in *ES*, 2008, n. 1, p. 9 e ss.

⁷⁷ Secondo quanto riportato negli *Atti del Congresso Nazionale dei Consulenti del Lavoro del 2017. I Nuovi scenari della professione tra opportunità e regole*, p. 49, «gli iscritti all'albo nazionale sono 27.000 e impiegano 100.000 persone tra dipendenti e collaboratori, amministrano 1.500.000 aziende con 8 milioni di lavoratori dipendenti per un monte retribuzioni di 161 miliardi di euro l'anno, redigono oltre 6 milioni di dichiarazioni dei redditi e esercitano funzioni di conciliazione o di consulenza di parte o di consulenza tecnica del giudice in oltre 100.000 vertenze di lavoro».

Secondo una parte della dottrina economica (78) che si è interrogata sul ruolo del consulente del lavoro nella gestione del personale, il professionista in questione si occuperebbe solo degli aspetti tecnico-giuridici dell'amministrazione del personale mentre non sarebbe di sua pertinenza la gestione diretta della risorsa; in altri termini, si tratterebbe di una funzione di *direzione amministrativa* caratterizzata da una funzione contabile-amministrativa prestata a favore dell'impresa-cliente. La *direzione del personale*, invece, implicherebbe delle competenze e l'erogazione di prestazioni e servizi non solo di carattere tecnico-professionale ma richiederebbe una *task* molto più ampia e variegata (ad esempio, tecniche di selezione, analisi motivazionali, *job creation*, *job profiling* etc.). Questa seconda attività, prevalentemente affidata ad un *HR specialist* assunto tendenzialmente con un contratto di lavoro subordinato, sarebbe più pertinente alla gestione del personale nei nuovi modelli organizzativi caratterizzati dalla flessibilità mentre la funzione del consulente del lavoro resterebbe ascritta a quei modelli imprenditoriali organizzativi di tipo verticistico, dove il professionista ha un unico rapporto diretto con l'imprenditore.

Secondo una diversa prospettiva (79), invece, maturata all'interno di un ampio progetto di riforma che ha interessato il mercato del lavoro in Italia a partire dal 2003, il consulente del lavoro, grazie anche all'ampliamento delle sue competenze (80), avrebbe avuto appositi strumenti per poter gestire non solo l'amministrazione del rapporto di lavoro ma la risorsa umana sotto molteplici profili lungo tutta la sua carriera lavorativa, per poter fare leva su di essa al fine di mettere l'impresa in condizione di poter affrontare le sfide provenienti dal progresso tecnologico e dalla globalizzazione dei

⁷⁸ G. COSTA, *Economia e direzione delle risorse umane*, ed. Utet, Torino, 1990. Più di recente, v. G. COSTA, M. GIANECCHINI, *Risorse umane. Persone, relazioni e valore*, ed. McGraw-Hill, 2013, spec. p.15 e ss.

⁷⁹ R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, op. cit., p. 10.

⁸⁰ Il Decreto Ministeriale del 23 dicembre 2003, in attuazione del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 all'art. 13 ha previsto che «ai fini della disposizione di cui all'art. 6, comma 4, del decreto legislativo, i consulenti del lavoro possono essere delegati dalla Fondazione abilitata alla attività di intermediazione a svolgere, in nome e per conto della Fondazione stessa, tutte le azioni necessarie alla attività di intermediazione, nonché tutte le azioni a essa collegabili. 2. Ogni studio professionale deve mettere a disposizione uno spazio dedicabile, anche in via non esclusiva, alla attività di intermediazione. Tale spazio dovrà garantire l'assoluta privacy dei contatti tra consulente e persone interessate, nonché l'accesso ai disabili ai sensi della normativa vigente. 3. Ai fini della autorizzazione alla attività di intermediazione, il Consiglio nazionale dell'ordine, per il tramite della Fondazione, vigila affinché i consulenti interessati alla attività di intermediazione diano adeguata garanzia di svolgere tale ruolo nel rispetto delle norme di legge e deontologiche». Il Decreto Ministeriale del 5 maggio 2004, in attuazione del d.lgs. n. 276 del 2003, ha previsto all'art. 1, comma 4 che ai fini del rilascio da parte del Ministero del lavoro dell'autorizzazione per lo svolgimento delle attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale, è sufficiente «l'iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro da almeno 2 anni» in quanto quest'ultima «costituisce titolo idoneo alternativo all'esperienza professionale» richiesta dalla legge per poter esercitare le attività di cui all'art. 4, comma 2 del d.lgs. n. 276 del 2003. Su questi aspetti, v. anche quanto precisato dalla circolare del Ministero del lavoro del 24 giugno 2004, n. 25.

mercati (81). Infatti, grazie al riconoscimento *ex lege* della competenza del consulente del lavoro quale operatore per la ricerca e l'incontro tra domanda e offerta di lavoro (cioè, ricerca, selezione e ricollocamento del personale), nonché di certificazione dei contratti di lavoro, quest'ultimo è divenuto non un professionista rilegato alla mera amministrazione contabile del rapporto ma un *partner* strategico per la piccola e media impresa, con competenze ampiamente estese, non più "notarili" ma "progettuali" ed interdisciplinari (82).

Così, la diffusione di nuove tecnologie, la globalizzazione dei mercati, la necessità di ricercare nuovi modelli organizzativi dell'impresa e a questi abbinare «nuove pratiche di lavoro» (83), hanno comportato la messa in discussione della figura professionale del consulente del lavoro a tal punto da iniziare a guardare con sospetto la "sufficienza" della legge 11 gennaio 1979, n. 12 in quanto limitata rispetto alle maturate e potenziali competenze professionali (84).

La ricerca condotta da R. Leoni (85) qui richiamata svela, in realtà, il potenziale della professione rispetto ad un mutato quadro legislativo che vede una maggiore combinazione tra la norma eteronoma e la norma autonoma nella regolazione del mercato del lavoro, l'accrescimento del lavoro atipico (co.co.co.) e la tendenza delle piccole e medie imprese a mutare la propria organizzazione e la selezione del personale (86), non più incentrata su una suddivisione tra mestieri ma tra competenze e ruoli che ogni collaboratore assume (87).

⁸¹ L'ampliamento delle competenze professionali del consulente del lavoro e allo stesso tempo il suo ruolo strategico e specifico vengono rilevate da M. P. CAMUSI, *Accompagnare il processo di certificazione della qualità*, in *Atti del Congresso Nazionale dei Consulenti del Lavoro. Consulenti del Lavoro con la qualità per una professione europea*, 1999, ed. Buffetti, pp. 252-271 e spec. p. 255 ove si parla di consulenza generale di carattere giuridico sui rapporti di lavoro, sulle politiche retributive e previdenziali, nonché sulla programmazione del costo del lavoro e dell'organizzazione aziendale.

⁸² R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, op. cit., p. 10.

⁸³ R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, op. cit., p. 11.

⁸⁴ L'art. 1, comma 1 della legge n. 12 del 1979 prevede che il consulente del lavoro si occupa di tutti «gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti».

⁸⁵ R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, op. cit.

⁸⁶ Sulla funzione di ricerca e selezione del personale riconosciuta al consulente del lavoro dal d.lgs. n. 276 del 2003 si fa presente che l'Ordine Nazionale dei Consulenti del Lavoro, con la Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, hanno stipulato una convenzione con l'Ordine Nazionale Psicologi per una reciproca collaborazione ogniqualvolta l'attività di ricerca e selezione comporti l'uso di strumenti conoscitivi per la diagnosi psicologica e del profilo psicologico, giacché questa si configura come attività riservata alla professione di psicologo; diversamente si configurerebbe il reato di esercizio abusivo della professione previsto e punito dall'art. 348 c.p. In merito v. anche Cass. Pen., Sez. IV, 5 giugno 2006, n. 767.

⁸⁷ R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, op. cit., spec. pp. 17, 28 e 30. M. TIRABOSCHI, *Mercato, valori, regole*, op. cit., p. 48,

2.4. La crisi della rappresentanza degli interessi e i riflessi sul ruolo del consulente del lavoro

Attualmente, il sistema normativo italiano “offre” un sostegno legislativo esterno al sistema sindacale, che si regge sul principio volontaristico come manifestazione dell’autonomia dallo Stato (88). Tuttavia, questo sistema soffre da qualche decennio di un *deficit* di autonomia, inteso come «incapacità di darsi spontaneamente regole [...] per misurare il consenso e il dissenso» (89). La crisi del sindacato va quindi ricercata nella sua (in)capacità di organizzarsi per esercitare l’azione sindacale e le diverse funzioni che ad esso la legge devolve, in un momento storico in cui gli interessi da rappresentare sono sempre più frammentati nella realtà (90) ed è palese il declino della forza normativa dello Stato nazionale con il quale il sindacato si è posto come interlocutore privilegiato per dettare un quadro di regole condiviso.

Altro fattore di crisi della rappresentanza, in particolare quella sul versante datoriale, è il mancato decentramento del contratto collettivo nazionale di lavoro, che ha costretto la piccola e media impresa – travolta dalla competizione su scala globale – ad abbandonare la rappresentanza negoziale, innescando meccanismi di «fuga imprenditoriale dal contratto collettivo standard di categoria» giacché questo ha ancora la «pretesa di regolazione uniforme rispetto alla diversificazione tipologica e geografica delle imprese»; una pretesa non più sostenibile «in ragione dei noti fenomeni del mutamento della configurazione della catena di valore e dello spezzettamento delle

sollecita a prendere atto che oggi occorre riconoscere che le imprese nel mercato del lavoro “scambiano” più che il tempo di lavoro o un gruppo di mansioni o compiti, «competenze e persino elementi intangibili come le potenzialità, il talento, la fiducia, la creatività». Elementi questi tipici del mercato del lavoro autonomo, che oggi fanno pieno ingresso nel contratto di lavoro subordinato.

88 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, op. cit., p. 125, osserva che la *Groundnorm* dell’ordinamento intersindacale e cioè «il corpo “codificato” delle norme costitutive dell’ordinamento collettivo intersindacale [...] discende direttamente dal reciproco riconoscimento tra le organizzazioni confederali, e dal loro integrarsi, come esclusivi rappresentanti dei vari e multiformi interessi collettivi, in un permanente sistema di rapporti contrattuali, che presuppone la permanenza di un relativo equilibrio di poteri, la continuità delle relazioni, l’esclusione di altri portatori di interessi collettivi, che non siano accettati e riconosciuti di comune accordo; un sistema, cioè, che appare fondato sull’autoinvestitura della rappresentatività e del potere di dettar legge ai gruppi economici».

89 M. D’ANTONA, *Sindacati e Stato a vent’anni dallo Statuto dei Lavoratori*, in G. GHEZZI (a cura di), *Massimo D’Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, op. cit., p. 33.

90 M. D’Antona, a tal proposito, richiama a titolo di esempio, per meglio esprimere la frammentarietà degli interessi coinvolti, la dicotomia tra lavoratori protetti dalle regole della concorrenza dai lavoratori impiegati nei settori dell’economia globale; il conflitto in atto tra piccola, media e grande impresa; le sfide in corso tra industria e terziario avanzato; v. M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d’identità?*, op. cit., p. 279.

strutture economiche» (91). La conseguenza di questo quadro è sotto gli occhi di tutti: i «vincoli negoziali *standard* e di lunga durata appaiono, in questo mutato contesto, come lacci fastidiosi» (92) spingendo così gli imprenditori ad affidarsi a sistemi associativi *ad hoc*, ispirati il più delle volte dai consulenti del lavoro (93).

Rispetto al primo problema rilevato, si osserva che per uscire da questo blocco di sistema, sarebbe necessario non valutare il contratto collettivo e i soggetti che lo sottoscrivono *ex post*; la legge, al contrario, dovrebbe cercare di catturare il fatto, o meglio, il procedimento organizzativo che precede il fenomeno dell'autoregolazione (il contratto collettivo): la composizione del conflitto. Resta così da chiedersi se non sia proprio il consulente del lavoro a poter certificare la natura di questi processi così da coniugare le esigenze del pluralismo con l'obiettivo del legislatore di fornire un quadro normativo stabile.

Rispetto, invece, alla crisi della rappresentanza sul versante delle associazioni di impresa, il ricorso alla consulenza del lavoro, quindi, non solo come assistenza professionale all'impresa ma anche come funzione di rappresentanza «è la cartina di tornasole di esigenze imprenditoriali non soddisfatte dal sistema di contrattazione nazionale uniforme, poco flessibile, e dalla rappresentanza categoriale tradizionale» (94).

⁹¹ B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – .IT, 2017, n. 326, pp. 25 e 26.

⁹² B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, op. cit., p. 26.

⁹³ C. CASADEI, *I terzisti dallo stipendio dimezzato*, in *Il Sole 24ore*, 3 marzo 2018. In questo articolo, viene intervistato Carmine Traversa, consulente del lavoro di Salerno, nonché presidente della Laif (la Libera associazione di imprese façoniste). La tendenza a fare ricorso a questa pratica, soggetta a forti critiche in quanto compromette i diritti retributivi dei lavoratori, è ben nota sulla stampa di settore; v. tra i tanti, F. RICCI, *Contratti pirata, il coraggio di dire no*, in www.rassegnasindacale.it, 21 marzo 2016.

⁹⁴ B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, op. cit., p. 26. Nell'ordinamento intersindacale italiano, è stata sempre accentuata la dicotomia tra contratto collettivo nazionale di lavoro e contratto collettivo aziendale: il primo rappresenta la «motivazione primitiva del movimento sindacale» ossia quella di garantire protezione contro «il rischio di monopsonio», cioè la determinazione di situazioni nell'ambito delle quali i lavoratori non vedono garantirsi un salario minimo che sia uguale per tutto il gruppo sociale di riferimento. In questo modo il contratto collettivo disciplina quegli aspetti che seppur collettivi del settore, non riguardano una singola unità produttiva. Su questo secondo aspetto, infatti, interviene il contratto collettivo aziendale, il cui raggio di azione è orientato «sulle questioni concrete di interesse comune di un dato gruppo di lavoratori, anziché su questioni generali» (cfr. P. SESTITO, *Contrattazione aziendale e piccole imprese: quali spazi dopo gli accordi di politica dei redditi?*, in *DRI*, 1992, n. 2, p. 23). Tuttavia, le attuali evidenze empiriche mostrano come la contrattazione aziendale sia ancora di scarsa rilevanza nel nostro ordinamento. La *Relazione Annuale della Banca d'Italia* per l'anno 2017 conferma questo dato: «la possibilità per i contratti di secondo livello di derogare rispetto a quelli nazionali continua a essere concessa solo su espressa previsione all'interno di questi ultimi; rimane inoltre esclusa la materia retributiva» (cfr. p. 115). Anche la relazione dell'anno precedente (2016) mette in luce la problematica: «il ruolo della contrattazione decentrata è rimasto secondario e subordinato alle disposizioni definite a livello nazionale, nonostante diversi provvedimenti adottati nel corso degli anni, gradualmente più generosi, abbiano cercato di favorirne la diffusione riducendo il cuneo fiscale sulle componenti retributive contrattate a livello locale» (cfr. p. 102).

In questo scenario, allora, rispetto a determinate realtà produttive (*rectius*, piccole e medie imprese), il consulente del lavoro non solo potrebbe porsi come tecnico ma anche come rappresentanza politico-sindacale (95). È una prospettiva che sarà, quindi, debitamente indagata (si rinvia al Cap. IV).

2.5. Concorrenza, inderogabilità e partecipazione: l'attività produttiva come "bene comune" e il ruolo del consulente del lavoro

Alla luce delle trasformazioni evidenziate nei paragrafi precedenti, avendo sempre come riferimento l'esponenziale crescita della concorrenza sul piano globale, la disposizione di processi normativi autonomi per disporre o modificare precetti di legge inderogabili imporrebbe anche il necessario abbandono della dimensione conflittuale della disciplina per approdare ad interpretazioni o comunque alla teorizzazione di sistemi partecipativi che vedano coinvolti i sindacati e i lavoratori nella delineazione di strategie aziendali volte, ad esempio, a conquistare nuove fette di mercato, ad innovare la produzione con la finalità di evitare la delocalizzazione che avrebbe causato la soppressione dei posti di lavoro. Architrave di questo ribaltamento di prospettiva è l'art. 46 Cost., «disprezzato e dileggiato dai fautori del conflitto» (96).

È sempre, infatti, stata diffusa la convinzione secondo cui l'art. 46 Cost. avrebbe potuto trovare applicazione solo nei grandi complessi industriali, essendo impraticabile nella piccola e media impresa, caratteristica del sistema produttivo italiano (97). Autorevole dottrina sconfessa questa tesi, sostenendo, al contrario, che anche nella piccola e media impresa possa trovare applicazione la struttura di modelli partecipativi, anche laddove non sia presente un'organizzazione sindacale, delineando così un'organizzazione dell'impresa volta a condividere i risultati economici con le

95 In questa prospettiva, entra in crisi la terzietà del consulente del lavoro, che favorisce lo spostamento del baricentro negoziale verso l'azienda e la (temuta ma oramai giunta) «marginalizzazione (se non la crisi) della funzione negoziale delle associazioni di rappresentanza datoriale» (B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, op. cit., p. 18). Sulla scia di questa crisi inarrestabile, le associazioni territoriali hanno mutato la loro funzione di assistenza tecnica all'impresa nei territori come compensazione del peso minore della funzione di negoziazione. Una tendenza messa in atto soprattutto da Confindustria. In realtà, già L. GOLZIO, *La gestione del personale nella piccola impresa: nuovi paradigmi e complessità organizzative*, in *DRI*, 1997, n. 2, p. 16, osservava che «la piccola e media impresa è qualificata dall'esistenza dell'imprenditore proprietario, che possiede i diritti di proprietà e che organizza i fattori della produzione (...). La funzione della gestione del personale non è ovviamente formalizzata in un organo specifico. È presidiata dall'imprenditore proprietario (...) mentre è esternalizzata presso l'associazione sindacale di categoria per quanto riguarda gli aspetti amministrativi (ad esempio, la contabilità delle retribuzioni) e le relazioni sindacali (la negoziazione eventuale del rinnovo contrattuale con il sindacato dei lavoratori)».

96 A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, *RIDL*, 2016, n. 4, p. 503 e ss.

97 A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, op. cit., p. 504.

maestranze e le loro rappresentanze garantendo a questi ultimi la possibilità di sottoporli all'analisi di un esperto (98).

In questa fase, è stata individuata un'ulteriore funzione che il consulente del lavoro potrebbe svolgere. Egli dovrà esaminare i dati relativi ai risultati economici dell'impresa e formulare una proposta che rivesta i caratteri dell'oggettività e non sia legata ad interessi aziendali, a pena di sanzioni disciplinari applicate dall'ordine di appartenenza. La proposta, in caso di *surplus* economico, potrà vertere sulla richiesta di un premio economico, in accordo con i lavoratori che hanno designato l'esperto o con le organizzazioni sindacali laddove presenti. Oppure, in caso di crisi, l'esperto potrà "ridisegnare", fermo restando l'inderogabilità della legge e l'esercizio delle deroghe laddove previste, l'equilibrio delle tutele in modo temporaneo, allo scopo di salvaguardare l'occupazione (99). Si tratta di una funzione fondamentale, che vede al centro dell'operazione sia la compressione dell'inderogabilità e quindi della sua "relativizzazione", sia la rinegoziazione periodica del contratto di lavoro, con la chiara finalità di evitare processi in massa di delocalizzazione, destabilizzanti per l'occupazione (100). Questo modello partecipativo, nell'ambito del quale il consulente ne è la figura portante, aiuterebbe a proiettare l'impresa nella dimensione giuridica dei c.d. *beni comuni* poiché essa non è espressione solo diritti di proprietà dell'investitore (il datore di lavoro) ma anche dei lavoratori, che danno il loro apporto per la creazione di valore (101). L'obiettivo dell'attività d'impresa quindi diviene quello di redistribuire i benefici di scelte che non perseguono l'interesse individuale ma l'utilità collettiva; ciò attraverso l'organizzazione e la gestione dell'attività produttiva che non preservi esclusivamente il diritto del datore di lavoro a maturare profitto ma che tuteli anche il diritto dei lavoratori alla stabilità e all'occupazione, nonché il progresso materiale e spirituale della società nel suo insieme.

⁹⁸ F. PETRINGA, *Le relazioni sindacali aziendali nelle piccole e medie imprese*, in M. BORNENGO, M. CANAUZ (a cura di), *Anatomia della negoziazione sindacale*, 2011, VII ed., Franco Angeli, p. 85, che riconosce il crescente ruolo del consulente del lavoro come assistente tecnico nelle trattative contrattuali.

⁹⁹ A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, op. cit., p. 505.

¹⁰⁰ Rispetto al tema della rinegoziazione dei contratti di lavoro, di rilievo sono le osservazioni di C. ROMEO, *Il declino dell'inderogabilità: la rinegoziazione dei contratti di lavoro*, *ADL*, 2017, n. 6, p. 1409 e ss. Sul punto, si veda anche P. PIZZUTI, *Interesse dell'impresa e prestazione lavorativa*, 2018, ed. Giappichelli, p. 212 e ss.

¹⁰¹ Su tali aspetti, si rinvia alle considerazioni di M. BARBERA, *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – n. 293/2016, spec. p. 11, che sul punto richiama le tesi espresse da S. Deakin sull'impresa come "bene comune"; per una disamina di tale teoria, v. S. DEAKIN, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, paper presentato nel settembre del 2011 alla facoltà di legge Queen's University, ora reperibile in www.queensu.ca, pp. 339-381. Da una diversa prospettiva, ma con l'obiettivo di immaginare una gestione condivisa dell'impresa, si veda anche lo studio di I. PIOTTO, *Il diritto allo sguardo. La cultura del controllo nelle relazioni industriali*, ed. Franco Angeli, 2010.

3. **Segue: brevi cenni sul contratto collettivo come fonte del diritto del lavoro e sulle aree di intervento del consulente del lavoro nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva e nel rapporto tra fonti contrattuali di diverso livello**

Nell'ottica di proseguire nella delineazione della funzione "preventiva" e di raccordo del consulente del lavoro nella regolazione dei rapporti di lavoro attesa la concorrenza tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale, è cruciale fare un cenno, seppure breve, all'inquadramento del contratto collettivo come fonte del diritto del lavoro e come questo si rapporti con la legge, per cogliere quegli aspetti critici del sistema che il consulente può colmare.

Nell'ambito del diritto del lavoro, parte delle fonti si trovano "all'esterno" della formazione legislativa (e quindi parlamentare) del diritto (102). Infatti, il diritto del lavoro italiano vive di una dialettica costante tra fonti statuali (legge) e fonti sociali (103) di cui il contratto collettivo è espressione. Definito anche dalla giurisprudenza una fonte *extra ordinem* (104), esso trova legittimazione nel *principio di effettività* (105), cioè un

¹⁰² E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 2010, n. 1, p. 309. La dottrina italiana, per giustificare sul piano dommatico questa impostazione, ha "importato" nella teoria generale delle fonti del diritto del lavoro la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, per spiegare come la contrattazione collettiva fosse capace di regolare, insieme alle fonti del diritto dello Stato, il mercato del lavoro (G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, op. cit.). Il precursore della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici fu S. Romano – il cui adattamento al diritto del lavoro sarà poi approfondito da G. Giugni – che per primo accennò all'attività dei sindacati e della difesa organizzata degli interessi dei lavoratori come "ordinamento giuridico" concorrente (e in conflitto) con quello statale (cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-910*, Pisa, 1910).

¹⁰³ E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro etc.*, op. cit., p. 310; v. anche O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, 2001, vol. 1, p. 219 e ss.; L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *RGL*, 2008, vol. 1, p. 323 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Cost. 3 giugno 1994, n. 266; Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 344.

¹⁰⁵ La letteratura sul principio di effettività è vasta e contempla diverse posizioni qui brevemente riassunte. L'effettività della legge è diretta conseguenza della sua osservanza da parte della collettività. Questa impostazione è frutto degli studi di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed. Einaudi, 1934, rist. 2000; *Il fondamento della validità del diritto*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XL, 1957, pp. 497-511; si veda dello stesso autore anche *Che cos'è la giustizia*, ed. Quodlibet, Macerata, 2015. Su queste posizioni si veda anche G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XII, 1989. La teoria dell'effettività del diritto di H. Kelsen, pur riscontrando grande successo tra i filosofi del diritto, fu criticata successivamente da A. Catelani in quanto la norma non avrebbe bisogno di una stretta e totale osservanza poiché l'effettività della tutela apprestata dal diritto è presunta in ragione della sola esistenza della norma, a prescindere dalla sua oggettiva osservanza da parte dei destinatari: norma effettiva e norma vigente indicherebbero la medesima realtà; A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, ed. Rubbettino, 2013, p. 87. Diversa è la prospettiva della c.d. teoria istituzionalista del diritto, che trova in S. Romano uno dei maggiori esponenti. Se accettiamo che il diritto effettivo sia quello strettamente osservato, dobbiamo anche accettare che il diritto vivente incarna l'effettività. Sono, quindi, le forze sociali e i diversi dinamismi all'interno del corpo sociale che generano il diritto (all'idea di diritto vivente come diritto effettivo, rispetto a quello legale o vigente, è pervenuto

atto che esprime una «normatività socialmente diffusa e percepita nel suo movimento reale» (106). Questa impostazione non è unanimemente condivisa, poiché parte della dottrina e della giurisprudenza continua a rimarcare la natura privatistica dell'istituto, circoscrivendo l'efficacia dell'atto solo alle parti stipulanti e non a tutte le imprese e i lavoratori di un determinato settore (107).

Tuttavia, nell'attuale quadro normativo, il contratto collettivo ha esteso la sua efficacia oltre le parti contraenti (108), vuoi per i continui rinvii che la legge dispone in suo favore, vuoi per l'utilizzo che ne ha fatto la giurisprudenza ai fini dell'individuazione della giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.* (109). Peraltro, è accresciuto nel tempo il numero delle materie che viene regolato dal contratto collettivo su espressa delega della legge, tra cui la materia previdenziale (art. 2, comma 25, legge n. 549 del 1995), l'orario di lavoro (art. 1, lett. *m*) del d.lgs. n. 66 del 2003), le sanzioni disciplinari (legge n. 183 del 2010), le tipologie contrattuali (d.lgs. n. 81 del 2015) (110). Questa tendenza ci consente di mettere in evidenza come il contratto collettivo, al di là delle dispute sulla sua natura, sia nel concreto una fonte di fatto che il consulente del lavoro deve necessariamente considerare per poter svolgere le funzioni che la legge gli affida precedentemente illustrate (111). La funzione del consulente del lavoro si riscopre così come un'«alleata» dell'ordinamento intersindacale, volta a favorire l'aumento del grado effettività delle norme da esso prodotte.

La complessità dell'individuazione della fonte che regola il rapporto di lavoro diviene ancora più complessa laddove il contratto collettivo si articola in diversi livelli,

agli inizi del XX secolo, Eugen Ehrlich, fondatore della sociologia del diritto, al quale si deve la locuzione *lebendes Recht* (diritto vivente) in contrapposizione al *geltendes Recht* (diritto vigente) equivalente del diritto positivo, del diritto statuito o delle fonti legali). Le consuetudini, i contratti collettivi di lavoro e lo stesso ordinamento intersindacale rappresentano a pieno la categoria del diritto vivente, produttori norme non ricollegabili al diritto positivo dello stato e quindi al suo ordinamento. Sul punto v. anche N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, Edizioni di Comunità. Dello stesso autore, v. anche *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, ed. Giappichelli.

¹⁰⁶ L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa*, in *Atti del convegno AIDLASS. Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Milano, 2002, Giuffrè, pp. 243-244.

¹⁰⁷ E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro etc.*, op. cit., p. 317. Nega la natura di fonte, M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, n. 1, p. 1 e ss. Al contrario, riconosce il contratto collettivo come fonte del diritto, tra i tanti, F. MODUGNO, *Le fonti normative nel diritto del lavoro*, in *Atti del Congresso Nazionale "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, ed. Caspur-Ciber, 2011, pp. 103-142.

¹⁰⁸ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, spec. pp. 555-556.

¹⁰⁹ Per una ricostruzione delle ragioni che hanno condotto la giurisprudenza su queste posizioni, si veda G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *DL*, 1953, vol. 1, p. 99 e ss., ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, Giuffrè, 2006, vol. 1, p. 3.

¹¹⁰ Essendo vasto il numero di rinvii della legge al contratto collettivo, qui sono stati richiamati quelli più significativi; per una tassonomia esaustiva, v. Cap. III.

¹¹¹ Cfr. § 2 dove sono descritte le funzioni che il consulente del lavoro svolge.

ciascuno del quale mantiene la propria autonomia (112). È noto, infatti, che il contratto collettivo è articolato in più livelli (nazionale, territoriale, aziendale). Il rapporto che intercorre tra i diversi atti negoziali è regolato tendenzialmente attraverso il meccanismo della delega – laddove il contratto nazionale devolve quote di potere regolatorio al contratto di rango inferiore o una regolazione integrativa (113) – e della deroga – laddove il contratto nazionale autorizza il contratto di rango inferiore di regolare diversamente quanto già pattuito. Tuttavia, la giurisprudenza ha dettato alcuni criteri per delineare il rapporto o risolvere il conflitto tra contratti collettivi di diverso livello. L’orientamento prevalente sembra essersi assestato attorno al principio secondo cui il rapporto fra contratti collettivi di diverso livello deve essere risolto in base non già al principio della subordinazione del contratto collettivo locale (aziendale o territoriale) a quello nazionale (salva l’espressa previsione di disposizioni di rinvio), né in base al criterio cronologico (in questa prospettiva sarebbe prevalente il contratto collettivo posteriore nel tempo), ma alla stregua dell’effettiva volontà delle parti operanti in area più vicina agli interessi disciplinati (114). Funzione del consulente sarà, quindi, quella di rendere effettiva la volontà delle parti applicando la fonte *extra ordinem* prossima alla dimensione produttiva considerata e le deleghe nonché le deroghe laddove legittime.

Abbiamo più volte ricordato che la giurisprudenza ha sempre fatto riferimento al contratto collettivo per declinare nel concreto i requisiti della retribuzione *ex art. 36 Cost.* In questo caso – l’ambito della retribuzione interessa particolarmente il consulente in quanto redattore dei prospetti di paga e del contratto individuale di lavoro – il rapporto tra il contratto nazionale e quello decentrato è stato “tormentato” e oggetto di un ampio contenzioso. Tuttavia, l’orientamento giurisprudenziale di legittimità ha chiarito che in tema di determinazione della giusta retribuzione, i contratti collettivi di

¹¹² Il dibattito circa il rapporto tra i contratti collettivi di diverso livello – focalizzato soprattutto sulla derogabilità *in peius* del contratto di categoria da parte del contratto aziendale – è stato caratterizzato da una rilevante quantità di riflessioni dottrinali, oltre che da una vasta produzione giurisprudenziale. Nonostante la dottrina avesse cercato di argomentare circa un collegamento di tipo gerarchica tra il contratto nazionale e quello aziendale (G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, op. cit.), a metà anni Sessanta G. NOVARA, *Il contratto collettivo aziendale*, ed. Giuffrè, Milano, 1965, sottolineava «che la comunità della maestranza possiede una sua autonomia [...] che la sottrae [...] da ogni ingerenza dei sindacati», ciò implicando che «essa può [...] derogare alla disciplina contenuta nei contratti collettivi stipulati a livello più alto». Infatti, tra contratto nazionale e contratto aziendale non esiste un rapporto gerarchico, come tra contratto collettivo e contratto individuale, che la giurisprudenza recupera tramite l’art. 2077 cod. civ. ma un rapporto di pari-ordinazione perché non esiste una norma di legge che regola i rapporti tra i due livelli contrattuali; così G. SANTORO-PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *DLRI*, 1980, p. 617 e ss.; M. GRANDI, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, *Atti del Convegno AIDLASS*, Arezzo, 1981; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto sindacale*, ed. Utet, Torino, 2013, p. 242 e ss. Più di recente, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – .IT, 2015, n. 254, p. 5.

¹¹³ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, op. cit., p. 9; M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull’accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 2011, p. 451 e ss.

¹¹⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, op. cit., p. 6.

lavoro costituiscono solo possibili parametri orientativi (115), e, poiché non esiste nell'ordinamento un criterio legale di scelta in ipotesi di plurime fonti collettive, il giudice di merito può fare riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto rispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela, pur se peggiorativo rispetto al secondo, e pur se intervenuto in periodo successivo alla conclusione del rapporto di lavoro, diversamente introducendosi, in modo surrettizio, un principio d'inderogabilità del contratto collettivo nazionale in forza di quello aziendale, sussistente invece solo rispetto al contratto individuale, e a maggior ragione da escludere quando non è possibile riferirsi direttamente alla fonte collettiva nazionale per mancanza di bilateralità d'iscrizione e di spontanea ricezione ad opera delle parti del rapporto individuale (116). Ciò sta a significare che il contratto nazionale di lavoro non è l'unico "riferimento normativo" che il consulente dovrà considerare ai fini della redazione della busta paga (117).

Sotto il profilo della regolazione delle tipologie contrattuali *no standard*, infine, è bene ricordare che l'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 abilita i contratti territoriali o aziendali ad integrare o regolare alternativamente alcune quote di flessibilità. Questa delega che la legge dispone nei confronti dei contratti collettivi non può essere sempre esercitata poiché va confrontata con il sistema di deroghe e deleghe "interno" all'articolazione della contrattazione collettiva, che potrebbe rendere indisponibile per i contratti collettivi di secondo livello la regolazione di alcuni istituti (trattasi del c.d. *ne bis in idem*). In questa dinamica, s'innesta la funzione del consulente del lavoro, volta a delineare un quadro normativo frutto di un'intersecazione tra il rinvio di fonte legale e la ripartizione della regolazione delle materie operata da parte della contrattazione collettiva.

4. Approccio metodologico e struttura della ricerca

Il principale scoglio metodologico con cui la presente ricerca è destinata a scontrarsi è rappresentato da un'autorevole opinione che avrebbe confinato il compito del giurista del lavoro al dialogo con la dottrina, con la magistratura e più in generale con gli attori del sistema giurisdizionale, intravedendo in alternativa il rischio di svilire la c.d. *autorità del punto di vista giuridico* – custodita dalla dottrina giuslavoristica – quando ci si apre al confronto con altri soggetti. Come osservava in tempi non troppo lontani M. Persiani, «in un sistema giuridico come il nostro non ha senso una scienza che voglia dirsi giuridica e che abbia, poi, come interlocutori pressoché esclusivi

115 P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHELESINGER, Milano, Giuffrè, 2003, 131 ss.

116 G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, op. cit., p. 6.

117 Sulla possibilità di individuare nel contratto collettivo aziendale un parametro sociale adeguato per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost., v. P. PIZZUTI, *Retribuzione e Occupazione*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, op. cit., p. 68 e ss.

sindacalisti e politici, con il conseguente abbandono del linguaggio e del metodo dei giuristi» (118). La critica di M. Persiani si fonda sull'assunto secondo cui «il compito della scienza giuridica non può essere che quello di interpretare l'ordinamento in quanto essa, come insegna Francesco Santoro Passarelli, è – e non potrebbe essere diversamente – “scienza di ciò che è diritto”»; e per poter svolgere l'attività di interpretazione, quanto quella di ricostruzione, sistematizzazione e applicazione del diritto, è necessario essere “giurista” e quindi saper utilizzare il metodo giuridico; non è possibile, quindi, portare a termine questo compito senza saper utilizzare quel metodo (119). E, per certi versi, la questione del “metodo del giurista” sollevata da M. Persiani rileva in modo ancor più incisivo nel campo del diritto del lavoro, in quanto ci troviamo di fronte ad un diritto, come definito da G. Tarello, «creato dai giuristi e dai giudici» (120). Secondo G. Tarello, infatti, la ricostruzione, nelle sue variabili storiche, del fenomeno sindacale e della sua rilevanza giuridica (il contratto collettivo) è frutto di elaborazioni dottrinali e della loro conseguente recezione giurisprudenziale.

La posizione di M. Persiani trova fondamento in una questione metodologica posta da M. D'Antona (121), che si interrogava sulla necessità di ritrovare un metodo per dare autorità dal punto di vista giuridico al diritto del lavoro a seguito della rottura della disciplina con l'impianto normativo del diritto civile, a causa di un ordinamento giuridico oramai strutturato sul rapporto tra leggi speciali, principi costituzionali e norme dettate dai sistemi di relazioni industriali richiamate dal legislatore tramite la tecnica del rinvio. In questo cambiamento, la questione del metodo giuridico diviene centrale secondo M. Persiani, per difendere la positività del diritto e scongiurare che la disciplina si allontani dai canoni della scienza giuridica (122) e dai suoi interlocutori legittimi (i giudici) per avvicinarsi sempre più ai politici e ai sindacalisti.

La prospettiva della menzionata dottrina non è certamente indifferente rispetto al tema oggetto d'indagine. Infatti, nel tentativo di individuare un più efficiente meccanismo capace di raccordare l'ordinamento statale con quello intersindacale – non più dalla prospettiva d'analisi secondo cui la pluralità degli ordinamenti rileva solo sotto il profilo metodologico e descrittivo, riconducibile ad una precisa ricostruzione dogmatica del fenomeno sindacale e della autotutela degli interessi collettivi (123) ma nell'ottica di un rapporto sostanzialmente paritetico tra i due ordinamenti considerati (come meglio si dirà nel Cap. III, § 1) – non s'intende sottrarre alla dottrina la facoltà di poter dialogare esclusivamente con la magistratura per orientare uniformemente

118 M. PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, ed. Cedam, Padova, 2004, p. 7.

119 M. PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, op. cit., p. 8.

120 G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milano, 1972, ed. Comunità, pp. 7 e 16.

121 M. D'ANTONA, *L'anomalia postpositivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, p. 207 e ss.

122 M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Contratto e Impresa*, 2000, n. 3, p. 1252 e ss.

123 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, op. cit.

l'applicazione del diritto (124); piuttosto si vuole mettere in evidenza come la giurisprudenza abbia mostrato un concreto limite rispetto all'esigenza di garantire l'effettività delle disposizioni collettive, soprattutto quando la legislazione dell'ordinamento statale fa ad esse ricorso per disciplinare diversi aspetti del rapporto di lavoro. Di conseguenza, il dialogo va esteso.

La prospettiva metodologica non è certamente quella di isolare il giurista (e il giudice) rispetto all'attività di interpretazione e di ricostruzione dell'ordinamento giuridico del lavoro. Al contrario, questa deve continuare a persistere per alimentare e mantenere alta l'attenzione sul "metodo".

Tuttavia, è necessario che questo dialogo venga alimentato anche con chi è capace di utilizzare e di replicare il metodo giuridico nella realtà quotidiana ai fini dell'applicazione del diritto giurisprudenziale (il c.d. *diritto vivente*) (125) senza il bisogno di richiedere puntualmente l'intervento del giudice: il consulente del lavoro. In effetti, va riconosciuto che, anche alla luce della legislazione vigente che disciplina l'attività professionale (126), il consulente del lavoro possiede tutte le capacità tecniche e giuridiche che gli consentono di replicare il ragionamento giudiziario e quindi di svolgere una funzione di consulenza legale dotata di un certo grado di affidabilità.

In questa prospettiva, il consulente del lavoro riuscirebbe ad aumentare il grado di certezza e di effettività delle disposizioni collettive, per salvaguardare beni costituzionalmente protetti, primo tra tutti il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, in un momento storico in cui la c.d. *contrattazione pirata* sta erodendo consolidate conquiste "ragionevoli" (127) nel mercato del lavoro ad opera dell'autonomia collettiva. In altri termini, la scelta di individuare nel consulente del lavoro la funzione di collegamento tra i due ordinamenti non è dettata da una mera posizione aprioristica ma si fonda su un «metodo rigidamente pragmatistico», e cioè basato sull'osservazione

124 M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, op. cit.

125 Cfr. N. LIPARI, *Per un tentativo di definizione del «diritto»*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, pp. 1987-2013, spec. p. 1995 che definisce il diritto come «processo applicativo» di questo e degli «indici valutativi dei soggetti dell'esperienza» che «entrano ad influenzare l'oggetto della definizione». In particolare, con riguardo al diritto del lavoro, v. G. FRANZA, *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*, op. cit.

126 Con la riforma delle professioni regolamentate, l'art. 6 del D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137 ha reso obbligatorio il possesso della laurea per svolgere il praticantato per l'accesso all'esame di abilitazione delle professioni regolamentate. Inoltre, l'art. 3, comma 2, lett. d) della legge n. 12 del 1979 prevede che per l'accesso all'esame di abilitazione di consulente del lavoro occorre che il candidato sia in possesso di «laurea triennale o quinquennale riconducibile agli insegnamenti delle facoltà di giurisprudenza, economia, scienze politiche, ovvero il diploma universitario o la laurea triennale in consulenza del lavoro, o la laurea quadriennale in giurisprudenza, in scienze economiche e commerciali o in scienze politiche».

127 Il termine non è casuale. È proprio G. GIUGNI, *Introduzione*, in S. PERLMAN, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, op. cit., p. 16, che utilizza quest'attributo prendendolo in prestito da J. Commons per spiegare che le norme sindacali e i contratti collettivi racchiudono «usi ragionevoli» che regolano il rapporto di lavoro. Ragionevoli in quanto «accettabili dal cittadino medio come norma comune».

del mercato del lavoro e delle sue istituzioni (128). Questa figura, infatti, affianca quotidianamente le imprese nella gestione degli adempimenti connessi al personale dipendente. Un affiancamento che è imposto dalla legge (cfr. art. 1, comma 1 della legge n. 12 del 1979) laddove il datore di lavoro non provveda autonomamente. Inoltre, egli rappresenta, in molte realtà territoriali, il principale punto di raccordo tra il mercato del lavoro, le imprese e i lavoratori in esse occupati.

Il risultato pratico di questa impostazione è rilevante in quanto a governare il traffico giuridico nel mercato del lavoro non sarà soltanto il giudice del lavoro ma anche e soprattutto il consulente del lavoro (129).

Peraltro, va ricordato (ed in qualche misura anticipato) che il consulente del lavoro ha dimostrato senz'altro di saper fare utilizzo della scienza giuridica e quindi di avere "metodo giuridico". Come accennato, infatti, a questo professionista è attribuito l'utilizzo di un modello normativo, frutto di un'operazione intellettuale fatta negli anni Cinquanta del Novecento dalla dottrina che ha ricondotto il fenomeno del contratto collettivo nell'area dei contratti di diritto comune, per raggiungere un preciso obiettivo: abbattere il costo del lavoro (come meglio si dirà nel Cap. IV).

Per certi versi, infatti, l'esperienza della c.d. *contrattazione pirata* (contratti «negoziati e poi firmati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, e da compiacenti associazioni imprenditoriali, con la finalità, aperta e dichiarata, di costituire un'alternativa rispetto al contratto collettivo nazionale di lavoro, in modo tale da consentire al datore di lavoro di assumere formalmente la posizione giuridica – e, quindi, i conseguenti vantaggi – di chi applica un contratto collettivo» (130)) nasce su *input* proprio del consulente del lavoro e peraltro parzialmente accolta dalla giurisprudenza che, agli inizi degli anni Novanta, provò a mettere in discussione il potere di fatto dell'autonomia collettiva sulla determinazione dei salari per salvaguardare la perdurante libertà del giudice di valutare come socialmente adeguato qualsiasi contratto collettivo ai fini della determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.*, in base a parametri ambientali e geografici; caratteristiche queste sulle quali in molti casi poggiano le premesse per la nascita di pseudo sistemi contrattuali concorrenti

¹²⁸ Il metodo d'indagine qui richiamato e di cui ci si è avvalsi è così descritto da G. GIUGNI, *Introduzione*, in S. PERLMAN, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, op. cit., p. 23, a proposito dell'analisi istituzionale del mondo sindacale fatta da J. COMMONS in *Instituzional Economics*, New York, 1934.

¹²⁹ Sulla funzione preventiva svolta dalla professione legale, v. M. A. EISENBERG, *The nature of common law*, ed. Harvard University Press, trad. it. M. GRANIERI (a cura di), *La natura del common law*, Milano, ed. Giuffrè, 2010; A. VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta*, in *GI*, 2000, p. 1337 e ss., ora anche in *Lavoro e spirito*, op. cit., p. 233 e ss. Più di recente, ritorna sul tema, S. P. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *MGL*, 2012, n. 6, p. 440 e ss. Sulla propensione al governo del traffico giuridico da parte delle attività professionali nell'era della crisi del positivismo giuridico, cfr. Cap. II, Sez. II.

¹³⁰ A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2009, n. 2, p. 29 ss.

con quelli istituzionali (131). Il fenomeno acquisì una rilevanza tale da indurre il legislatore ad intervenire per calmarne gli effetti (sul punto, si rinvia al Cap. III, Sez. I, § 4.1 e 4.2). Se, quindi, da un lato, il consulente del lavoro è riuscito a mettere in crisi un sistema di regole consolidato, dall'altro è vero che attualmente è l'unico soggetto istituzionale capace di poter salvaguardare l'equilibrio dei sistemi di relazioni industriali.

Va, quindi, necessariamente constatato che il "discorso" attorno al diritto del lavoro e al suo metodo non può appartenere esclusivamente ai giuristi e ai giudici e ciò perché – come ricorda ancora G. Tarello – questo diritto è un processo di giuridificazione spontanea che si avvale anche della «prassi sindacale», cioè di quelle norme poste dall'autonomia collettiva (132), che nella realtà odierna vengono applicate non solo dai giuristi ma da una vasta rete di soggetti emersi di recente nel mercato del lavoro, alcuni dei quali in qualità di figure specialistiche dell'organizzazione aziendale (*HR*), altri come soggetti istituzionali voluti dal legislatore per governare la complessità del sistema e renderlo effettivo (il consulente del lavoro; su questi aspetti, si rinvia al Cap. III). Di conseguenza, l'interlocuzione tra ordinamenti non può avvenire solo sul piano esclusivo del conflitto giudiziale.

Peraltro, occorre anche prendere atto del fatto che, recentemente, la dottrina inizia a tenere in debita considerazione le posizioni interpretative assunte dai consulenti del lavoro in relazioni a determinate questioni giuridiche controverse (133). Questo studio,

¹³¹ Per una lettura critica della questione, che sarà poi ripresa nel Cap. IV, v. F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit. p. 18 e ss.

¹³² G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, op. cit., pp. 7 e 16.

¹³³ La recente dottrina ha fatto ricorso sovente alle circolari interpretative della Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro. In particolare, si veda la Circolare della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, n. 4 del 2015, richiamata da E. C. SCHIAVONE, *Tardività della contestazione disciplinare e violazione dei criteri di correttezza e buona fede. Valenza generale della tutela indennitaria e prescrizione dei crediti*, in *ADL*, 2018, n. 3, p. 804 e ss. che traccia un'opzione interpretativa sui criteri da utilizzare per individuare il *dies a quo* dal quale far partire la contestazione disciplinare. La medesima circolare è stata anche richiamata da V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, n. 3, p. 545 e ss., nella parte relativa alla maturazione della prescrizione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. In materia di licenziamento, si veda anche M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *DRI*, 2015, n. 2, pp. 518-522, che richiama – sebbene non condivisa – la posizione espressa dalla Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro nella Circolare n. 6 del 2015 circa la postata del campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015. L'opzione interpretativa dei Consulenti del Lavoro è poi stata accolta recepita da una parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Napoli, 26 giugno 2017, Giud. Est. G. Marchese; Trib. Parma, 18 febbraio 2019, n. 383, in *Bollettino Adapt* 25 febbraio 2019, n. 8) come riporta G. PIGLIALARMI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 tra trasformazione e conversione dei contratti individuali di lavoro*, in *Labor*, 2019, n. 2, pp. 217-232. Si veda anche la Circolare della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, n. 8 del 2016 e l'Approfondimento della stessa n. 3 del 2 maggio 2017 in materia di *welfare aziendale* richiamate da F. BACCHINI, *Welfare aziendale: illusioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II parte speciale)*, in *ADL*, 2017, n. 4-5, p. 1008 e ss., per sostenere che l'impianto normativo attuale induce a ritenere che il legislatore attraverso il *welfare* abbia introdotto una nuova politica di decontribuzione. In materia di controlli a distanza, A. SITZIA, *Personal computer e controlli*

quindi, si inserisce nell'ambito di una tendenziale crescita di una politica del diritto perseguita dal legislatore mirata alla prevenzione e a garantire l'effettività dei diritti dei lavoratori, che non si fermano alla recente riforma dei servizi ispettivi ad opera del d.lgs. n. 148 del 2015 o all'inasprimento delle sanzioni per il c.d. *lavoro sommerso*. Infatti, sono recenti gli ulteriori provvedimenti legislativi che si proiettano in questa direzione, tra i quali l'art. 1, comma 910 della legge 27 dicembre 2017, n. 205 che impone l'obbligo di corrispondere la retribuzione con strumenti tracciabili¹³⁴. Infatti, è proprio nella relazione illustrativa della legge che il legislatore motiva tale provvedimento osservando che «la *ratio* della disciplina, è chiaramente volta a contrastare la pratica diffusa tra alcuni datori di lavoro di corrispondere ai lavoratori, sotto il ricatto del licenziamento o della non assunzione [...], una retribuzione inferiore ai minimi fissati dalla contrattazione collettiva, pur facendo firmare [...] una busta paga dalla quale risulta una retribuzione regolare».

Anche le modifiche dell'organizzazione interna della Pubblica Amministrazione addetta al settore – alcune di queste ancora in fase sperimentale – mostrano un particolare interesse al tema dell'effettività. Infatti, è di recente istituzione il servizio *CIP* dell'Inps, un'*app* attraverso la quale i lavoratori possono controllare in tempo reale la loro regolarità contrattuale e segnalare all'Istituto, in tempo reale, tutte le eventuali

“tecnologici” del datore di lavoro nella giurisprudenza, in *ADL*, 2017, n. 3, p. 804 e ss. richiama la Circolare della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, n. 20 del 2015 sostenendo la correttezza dell'interpretazione fornita sul concetto di strumento che serve al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e sul quale poter esercitare il controllo («trattasi solamente quelli strettamente necessari e, appunto, serventi (secondo la procedura organizzativa predisposta dall'imprenditore) a tale scopo e non quelli che servono, invece, per realizzare funzioni differenti quali, in particolare, l'esercizio di ulteriori e diversi poteri datoriali»). Anche in materia di tipologie contrattuali flessibili, la dottrina ha accolto l'interpretazione fornita dalla Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro: sul punto, si veda M. BROLLO, *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, in *ADL*, 2014, n. 6, p. 1245 e ss. Id., *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, p. 566 e ss. In materia di responsabilità della Commissione di certificazione, E. PASQUALETTO, *Il ruolo del giudice del lavoro tra valutazione di erronea certificazione del contratto a progetto e riqualificazione del contratto*, in *ADL*, 2012, n. 1, p. 163 e ss., richiama il parere n. 5 del 6 maggio 2007 della Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro prendendo atto del fatto che le posizioni assunte da quest'ultima sono motivate, seppur dibattute, ma in linea con quelle ministeriali.

¹³⁴ Cfr. art. 1, comma 910 della legge n. 205 del 2017: «A far data dal 1° luglio 2018 i datori di lavoro o committenti corrispondono ai lavoratori la retribuzione, nonché ogni anticipo di essa, attraverso una banca o un ufficio postale con uno dei seguenti mezzi: a) bonifico sul conto identificato dal codice IBAN indicato dal lavoratore; b) strumenti di pagamento elettronico; c) pagamento in contanti presso lo sportello bancario o postale dove il datore di lavoro abbia aperto un conto corrente di tesoreria con mandato di pagamento; d) emissione di un assegno consegnato direttamente al lavoratore o, in caso di suo comprovato impedimento, a un suo delegato». L'obbligo è rafforzato dal fatto che al comma successivo (art. 1, comma 911), il legislatore ha previsto che «I datori di lavoro o committenti non possono corrispondere la retribuzione per mezzo di denaro contante direttamente al lavoratore, qualunque sia la tipologia del rapporto di lavoro instaurato», mentre i commi 912 e 913 stabiliscono quali rapporti sono inclusi e quali esclusi dal campo di applicazione di questa disposizione.

difformità, che proprio un consulente del lavoro potrebbe riscontrare (135). Altri strumenti della prassi amministrativa che presentano queste caratteristiche sono rappresentati dalla *BDA (Banca Dati Appalti)*, un procedimento informatico volontario – al quale i contribuenti operanti nell’ambito delle esternalizzazioni si sottopongono – istituito dall’Inps per ridurre l’evasione contributiva; ed anche da un sistema informatico denominato *Frozen*, capace di analizzare i flussi UniEmens con l’obiettivo di individuare anomalie differenti dal classico *lavoro fittizio*, come retribuzioni dal valore insolito, conguagli per somme inesistenti, dubbie esternalizzazioni etc. È un sistema di controllo gestito dall’intelligenza artificiale, che crea un meccanismo di controllo predittivo, volto ad indirizzare le ispezioni su realtà produttive anomale (136).

Ulteriori obiezioni che possono essere mosse alla prospettiva dell’indagine fino a qui tracciata sono rappresentate dall’idea che il consulente del lavoro sia una figura professionale terza istituita dal legislatore in un periodo storico (durante il corporativismo fascista) differente da quello attuale, che non vede capitale e lavoro contrapposti – tratto tipico, invece, del diritto del lavoro repubblicano (137) – ma uniti in vista della tutela del superiore interesse della nazione, espressione che più volte riecheggia anche nel Libro V del Codice Civile. Peraltro, ponendosi nella prospettiva appena richiamata, nell’attuale sistema ordinamentale, il consulente del lavoro non svolgerebbe in via esclusiva la propria professione, come invece dovrebbe essere se svolgesse un ruolo istituzionale e terzo, in quanto lo stesso ruolo è svolto da altri professionisti e anche dai dipendenti delle associazioni datoriali ai quali non viene tuttavia riconosciuta terzietà.

In quanto compensato dal datore di lavoro, attualmente il ruolo del consulente del lavoro potrebbe essere sminuito attraverso la semplice “accusa” di tutelare solo gli interessi imprenditoriali anziché quelli di tutti gli attori coinvolti nel mercato del lavoro. L’idea che il consulente del lavoro risponda solo agli interessi aziendali e non ad un’esigenza di tutela più ampia, sarebbe rappresentata anche dalla circostanza che vede di frequente il professionista impegnato, in rappresentanza dell’impresa, nelle trattative per la sottoscrizione degli accordi aziendali. Pertanto, il perseguimento degli interessi del datore di lavoro non si intravedono solo nella promozione di eventuali accordi pirata, ma anche nella fase interlocutoria con sindacati rappresentativi ai fini della gestione del negoziato aziendale. In questo caso, infatti, è opinione diffusa che il consulente del lavoro non si porrebbe mai in rappresentanza anche degli interessi dei lavoratori.

In estrema sintesi, dunque, si ritiene che la funzione del consulente del lavoro che si pone nell’ottica di applicare correttamente le fonti del diritto del lavoro o, al contrario, che applichi in modo strumentale fonti collettive di dubbia legittimità con il solo fine di

¹³⁵ La sigla *CIP* sta per “Consultazione Info Previdenziale”, come spiegato all’interno del messaggio Inps 1à agosto 2019, n. 2970, ed è una funzione specifica dell’*app* “Inps Mobile”.

¹³⁶ Per una descrizione più accurata dell’innovazione, v. A. LILLA, *Contrasto all’evasione contributiva: l’INPS ricorre all’Intelligenza Artificiale Collettiva*, in *Quotidiano Ipsos*, 8 febbraio 2019.

¹³⁷ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, op. cit.

abbattere il costo del lavoro, si spiegherebbe agevolmente rinunciando all'assioma del consulente del lavoro come soggetto terzo per privilegiare la visione del professionista come tecnico che tutela gli interessi del proprio cliente (più o meno avverso al rischio di futuro contenzioso nel primo caso; più o meno interessato a beneficiare di vantaggi competitivi sul versante del costo del lavoro, nel secondo caso).

Con l'idea di sviluppare una ricerca che metta in luce le molteplici funzioni del consulente del lavoro precedentemente accennate, nonché le problematiche a queste collegate, obiettivo dell'analisi sarà quello di far emergere, anche grazie al frammentato quadro normativo che presidia la materia, la funzione terza (ed anche esclusiva) di questo professionista. Infatti, il nodo critico da sciogliere verte sull'interesse all'applicazione del diritto, se questa debba essere posta in relazione ad un equilibrato sviluppo e funzionamento del sistema capitalistico (138) oppure se debba rispondere in modo del tutto incondizionato al risultato atteso dal cliente (il datore di lavoro).

Pertanto, il presente lavoro di ricerca si svilupperà e sarà articolata lungo tre direttrici descrittive e argomentative fondamentali:

- a) la funzione consulenziale come raccordo tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale alla luce dell'attuale sistema normativo (cfr. Cap. II e III);
- b) la funzione consulenziale come rappresentanza delle imprese (cfr. Cap. IV, Sez. I);
- c) la funzione consulenziale nei processi di negoziazione degli accordi collettivi (cfr. Cap. IV, Sez. II).

Ai fini della presente ricerca, non si terrà solo conto della documentazione che sovente la dottrina giuridica assume per poter analizzare *de iure condito* o *de iure condendo* un determinato fenomeno giuridico (la normativa, gli orientamenti giurisprudenziali, le proposte di legge o di modifica delle disposizioni attualmente vigenti). Piuttosto, si farà ampiamente ricorso anche ad una serie di documenti istituzionali appartenenti ai due ordinamenti considerati (sul versante dell'ordinamento statale, si farà ricorso anche agli atti parlamentari per indagare sulle ragioni che hanno portato il legislatore a disciplinare questa figura professionale; mentre, sul versante dell'ordinamento intersindacale, saranno analizzati verbali, contratti collettivi e più in generali gli atti tipici della prassi sindacale per comprendere a fondo l'evoluzione del ruolo del consulente del lavoro nell'ambito delle relazioni industriali) che consentiranno di confermare quanto fin qui anticipato, e cioè una rinnovata prospettiva di raccordo tra l'ordinamento statale e quello intersindacale per il tramite del consulente del lavoro.

¹³⁸ La prospettiva qui richiamata è quella adottata da W. STREECK e PH. C. SCHMITTER, *Comunità, mercato, stato e associazioni? Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, in *S&M*, 1985, n. 13, p. 67, che spiega l'interesse dello Stato al riconoscimento della costituzione dei governi privati (gli ordini professionali) per delegare loro responsabilità anche di rilievo pubblico, tentando quindi di utilizzare interessi categoriali per creare e mantenere un ordine sociale generalmente accettabile. È ciò che accade, per esempio, nella Repubblica Veneta del XVI secolo, quando nascono, per impulso dello Stato, i primi ragionieri per far fronte alla necessità di mettere ordine nei conti delle imprese; sul punto v. W. TOUSIJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, Il Mulino, 1987, p. 264.

Oltre alle fonti documentali e statistiche (139), la ricerca ha beneficiato delle informazioni tratte dalle interviste semi-strutturate rilasciate da quattro dirigenti dell'ANCL, nonché dal confronto tra questa e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nel settore dei metalmeccanici (Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil) in virtù del protocollo d'intesa sottoscritto il 17 gennaio 2019. L'indagine, dunque, si è avvalsa anche di un processo conoscitivo alimentato da esperienze vissute sul campo dal soggetto professionale che nella particolare prospettiva più volte richiamata indagiamo: il consulente del lavoro (140).

¹³⁹ Ai fini dell'indagine sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali, ci avverremo delle indagini ufficiali dell'Inps e del Cnel in materia (cfr. Cap. III, Sez. II).

¹⁴⁰ Trattasi della c.d. *action research*, cioè un'attività di ricerca non *su* ma *con* il soggetto istituzionale, in questo caso, sul quale si è deciso di indagare.

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE DELLA FUNZIONE DEL CONSULENTE DEL LAVORO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO STATUALE

La funzione ordinaria di una Corte è quella di chiudere e tener ferma la porta dopo che il primo cavallo se l'è data a gambe, in modo da tenere così ben chiusi dentro tutti gli altri cavalli; normalmente invece soltanto un provvedimento legislativo può proteggere, e tener chiuso, anche il primo cavallo.

O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens&Sons, London, 1972, trad. in it. G. ZANGARI, *Il lavoro e la legge*, ed. Giuffrè, Milano, 1974, p. 33.

SEZIONE I

IL CONSULENTE DEL LAVORO. RAGIONI ED EVOLUZIONE DI UNA PROFESSIONE

Sommario: **1.** Introduzione. Le ragioni storiche della nascita della professione di consulente del lavoro. – **2.** La legislazione corporativa in materia di studi di assistenza e di consulenza. – **3.** Un primo tentativo di regolamentazione della professione: il Regolamento di Como. – **4.** Il conflitto con le associazioni sindacali dei datori di lavoro. L'intervento del Ministero del Lavoro. – **5.** Il consolidamento dell'attività sindacale: verso la fondazione dell'albo. Il tentativo di ampliamento delle competenze professionali del consulente del lavoro. – **5.1.** L'approvazione della legge n. 1081 del 1964 costituente l'albo professionale dei consulenti del lavoro. – **5.2.** Il tentativo di entrare nel CNEL. – **6.** Dalla legge n. 1081 del 1964 alla legge n. 12 del 1979: nuove prospettive e "vecchi" problemi. – **6.1.** L'art. 1 della legge n. 12 del 1979 e la riserva di legge in materia di consulenza del lavoro. – **6.2.** Le posizioni del Ministero del Lavoro e le nuove criticità in merito alla (esclusiva) funzione garantista del consulente del lavoro per la validazione delle dimissioni del lavoratore. – **6.3.** Brevi cenni sulle competenze del consulente del lavoro in materia fiscale. – **7.** Prime osservazioni conclusive sull'attualità della funzione del consulente del lavoro.

1. Introduzione. Le ragioni storiche della nascita della professione di consulente del lavoro.

Interrogarsi sul ruolo che può svolgere il consulente del lavoro nel raccordo tra le dinamiche dell'ordinamento statale con quelle dell'ordinamento sindacale nella regolazione del rapporto di lavoro implica necessariamente ripercorrere l'evoluzione di questa professione, in una chiave storico-ricostruttiva. Attraverso tale processo, ci poniamo l'obiettivo di porre in rilievo come la nascita di questa attività professionale sia stata frutto di un intreccio di necessità, provenienti tanto dal "produttore" (l'apparato della Pubblica Amministrazione), tanto dal "consumatore" (le aziende e i lavoratori). Questa professione non ha una lunga e consolidata tradizione storica rispetto alle altre, di matrice ordinistica. Difficile – perché la fondazione dell'albo è stata ostacolata più volte – ma breve è stato il percorso dell'attività professionale per ottenere una precisa delineazione in termini giuridici ⁽¹⁴¹⁾. Secondo W. Tousijn ⁽¹⁴²⁾, la nascita dell'attività professionale può essere riassunta in quattro fasi così articolate: la comparsa nel mercato di una certa attività lavorativa a tempo pieno; la nascita spontanea di associazioni professionali volte a tutelare gli interessi di quella determinata attività lavorativa; a seguire, il riconoscimento formale da parte dello Stato attraverso la creazione di un ordine o collegio; ed infine, la creazione di un codice deontologico per lo svolgimento della professione. La nascita della professione di Consulente del lavoro rispecchia pedissequamente l'ordine cronologico delle fasi fissate da W. Tousijn.

Rinviando, infatti, a specifici approfondimenti nei paragrafi successivi la descrizione della peculiare vicenda che ha portato alla fondazione dell'albo professionale, va da subito messo in risalto come nel processo di istituzionalizzazione di questa professione sia stato fondamentale da prima il ruolo svolto dal sindacato e solo in un momento successivo quello svolto dal collegio professionale. Il primo organismo infatti, sin dalla sua origine, ha concentrato tutti gli sforzi per condurre il legislatore a riconoscere i requisiti della professione intellettuale al consulente del lavoro, concorrendo quindi alla nascita del secondo. In questa direzione, quindi, procederà la ricostruzione delle ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire più volte ed in diversi momenti storici sulla regolazione di questa attività professionale. Il percorso che ci apprestiamo ad analizzare senz'altro riflette (ed è condizionato da) situazioni politiche e sociali del Paese, che saranno messe in luce nel corso dell'indagine. Con la finalità di dare il giusto risalto ai passaggi storici rilevanti, la narrazione sarà condotta tenendo presente una divisione temporale netta nella ricostruzione della professione: il

¹⁴¹ Come riporta C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 11, sono stati necessari undici anni di attività sindacale per giungere alla fondazione dell'albo professionale, diciotto anni per fondare un sistema di previdenza di categoria al pari delle altre professioni liberali e venticinque anni per un pieno riconoscimento giuridico della professione, culminato con la promulgazione della legge n. 12/1979.

¹⁴² W. TOUSIJN, *Tra Stato e mercato: le libere professioni in Italia in una prospettiva storico-evolutiva*, in W. TOUSIJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, op. cit., p. 13-54.

periodo corporativo, la fase di consolidamento e di sindacalizzazione e, infine, l'approvazione della legge n. 12 del 1979. Nella ricostruzione, sarà sempre posta al centro della riflessione la funzione del consulente del lavoro che in questa tesi intendiamo indagare: quella di raccordare i due ordinamenti concorrenti – quello statale e quello sindacale – nella regolazione del mercato del lavoro. Una funzione che il Ministero del Lavoro ha riconosciuto sin da subito, come chiaramente emerge dalla documentazione ufficiale analizzata. Una seconda parte della ricostruzione storica, invece, sarà dedicata al ruolo che ha avuto la professione rispetto al tema della c.d. *contrattazione pirata*, fenomeno sociale e sindacale emerso agli inizi degli anni Novanta, periodo in cui la categoria professionale era ben consolidata sotto l'egida della legge.

Essendo scarsa la letteratura che offre l'opportunità di una ricostruzione solida della figura professionale, l'indagine è stata condotta traendo informazioni anche dai documenti ufficiali del Ministero del Lavoro, dai documenti depositati nell'archivio dell'ANCL e dalla consultazione dell'organo di stampa dell'associazione sindacale di categoria.

2. La legislazione corporativa in materia di studi di assistenza e di consulenza.

Il primo intervento normativo volto a delineare una figura per svolgere mansioni di carattere contabile in materia di previdenza e assistenza sociale è incarnato dalla legge 23 novembre 1939, n. 1815 dettante la disciplina giuridica degli studi di assistenza e consulenza. In particolare, l'art. 4 disponeva per un verso il divieto per la «tenuta o la regolarizzazione dei documenti delle aziende riguardanti materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale» per tutti «coloro che non sono legati alle aziende stesse da rapporto d'impiego»; e per altro verso, subordinava la possibilità di custodire tale documentazione, anche in assenza di rapporto d'impiego, a fronte dell' «autorizzazione del competente Circolo dello Ispettorato corporativo, per coloro che intendono esercitare la predetta attività nella circoscrizione di un solo Circolo, e del Ministero delle corporazioni negli altri casi». In altre parole, il legislatore corporativo si poneva come obiettivo quello di affidare gli adempimenti di carattere previdenziale ed assistenziale o ad un dipendente dell'azienda oppure ad un professionista che richiedesse un'apposita autorizzazione all'Ispettorato corporativo per l'esercizio di tale attività. Infatti, il successivo art. 5 precisava che i professionisti iscritti agli albi degli avvocati, dei procuratori, degli esercenti in economia e commercio o dei ragionieri non erano soggetti al regime dell'autorizzazione ma a quello della denuncia, cioè una mera segnalazione all'autorità competente per poter svolgere lecitamente l'attività di consulenza del lavoro.

La *ratio* della legge disciplinante questa specifica figura professionale risiedeva – seppure il dibattito parlamentare precedente all'approvazione della legge non ne faccia cenno, dato anche il momento storico – nella necessità di far fronte all'esigenza di

controllo e di effettività della nascente legislazione sociale. Infatti, era prerogativa del regime frenare gli abusi da parte dei contribuenti attraverso l'elusione della normativa; inoltre, spesso gli adempimenti si presentavano estremamente complessi, farraginosi e delicati, a tal unto da esporre l'azienda ad un continuo meccanismo sanzionatorio che nel lungo periodo avrebbe messo a rischio la conduzione dell'attività d'impresa. Inoltre, il fatto di prevedere la possibilità di affidare tali attività ad una figura non ben delineata e sottoposto ad un regime autorizzatorio da parte della pubblica amministrazione delineerebbe un velato giudizio del legislatore sulla marcata inadeguatezza delle professioni liberali "classiche". Il "doppio" regime previsto dall'art. 4 e 5 della legge n. 1815 rendeva così sempre più concreta la possibilità di dar vita ad una specifica professione capace di rispondere alle complesse esigenze (143).

La legge n. 1815 tuttavia non fondava un albo né delineava in termini giuridici la figura professionale consulente del lavoro, che al tempo erano riconosciuti semplicemente come "tenutari autorizzati" (144), ossia soggetti autorizzati dall'Ispettorato corporativo a curare la contabilità in materia di lavoro e previdenza per conto delle aziende, pur non avendo con queste un rapporto di lavoro dipendente.

Sul finire degli anni Quaranta, con il timore diffuso che l'art. 4 potesse essere abolito così da lasciare la professione nell'esclusiva competenza o dei dipendenti delle aziende o, in alternativa, alle libere professioni indicate nell'art. 5, fu fondata il 24 gennaio 1953 un'organizzazione sindacale, l'Associazione dei Consulenti in materia di Lavoro e Previdenza Sociale (ACLAPS), divenuta poi Associazione Nazionale Consulenti Discipline Sociali (ANCDS) ed infine Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro (ANCL), volta a tutelare i diritti dei c.d. *tenutari*.

Questa associazione s'impegnò per promuovere una legge che riconoscesse la natura di libera professione dell'attività di cui all'art. 4 della legge n. 1815/1939 e allo stesso tempo cominciò a curare l'informazione e l'aggiornamento professionale dei consulenti a partire dal 1954, attraverso la pubblicazione di dispacci mensili contenenti le novità in materia retributiva, previdenziale e contrattuale.

3. Un primo tentativo di regolamentazione della professione: il Regolamento di Como.

L'art. 4 della legge n. 1815 del 1939 istituiva, come detto, una figura professionale non ben delineata, soggetta ad un regime di autorizzazione da parte dell'Ispettorato corporativo. I consulenti che fino a quel momento avevano esercitato l'attività di custodia dei libri contabili delle aziende riguardanti gli adempimenti previdenziali e assistenziali avevano rispettato la procedura prevista dalla legge, limitandosi a chiedere l'autorizzazione alla pubblica amministrazione, senza possedere particolari requisiti.

¹⁴³ Su questi aspetti, si rinvia al contributo di C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 12.

¹⁴⁴ C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 13.

Tuttavia, all'art. 8 della medesima legge era previsto che il legislatore dovesse emanare diversi decreti per dare concreta attuazione alle norme contenute nella legge (145). Così l'ANCL chiese al Ministero del Lavoro l'emanazione di un *regolamento* per l'attività professionale di cui all'art. 4 della legge n. 1815/1939. Tale "rivendicazione" fu resa pubblica al primo congresso dell'organizzazione sindacale, tenutosi a Firenze il 29 giugno 1957. In quell'occasione, l'intervento del vice-presidente della Camera dei Deputati, On. Giuseppe Rapelli, contribuì a chiarire quali fossero le posizioni del Parlamento rispetto alla nascente professione del consulente del lavoro. Infatti, era diffusa l'opinione secondo cui l'attuazione dell'art. 4 avrebbe garantito l'istituzione di una professione deputata al controllo, «inteso a contenere, almeno in parte, le rilevanti evasioni a detrimento dei prestatori di lavoro», nonché alla collaborazione per l'«attuazione di quelle norme nell'interesse, oltre che degli imprenditori, anche dei lavoratori» affinché si concretizzasse «l'osservanza delle norme stesse, per il maggior beneficio della collettività produttivistica» (146).

Il 30 luglio 1958, presso la sede dell'Ispettorato del Lavoro di Como, una delegazione del sindacato incontrò i funzionari ministeriali per discutere di uno schema di regolamento attuativo della legge n. 1815. La bozza di regolamento, per la prima volta, qualificava l'attività di «tenuta o regolarizzazione dei documenti delle aziende riguardanti materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale» come «attività professionale» e subordinava il rilascio dell'autorizzazione per «esercitare la consulenza» a coloro i quali dimostravano di possedere «i necessari requisiti di capacità (...) di moralità e correttezza per l'esercizio dell'attività suddetta» (147). Il regolamento definiva in modo dettagliato l'attività professionale specificando che essa concerneva «le operazioni (che i datori di lavoro, non ritenendo di effettuare direttamente o a mezzo di propri dipendenti, intendono affidare all'esercente autorizzato) e che riguardano la compilazione, la scritturazione l'aggiornamento dei documenti aziendali di lavoro, quali i libri di matricola e di paga, i libretti di lavoro, i prospetti di paga, le tessere assicurative, i moduli e le denunce, nonché l'effettuazione dei conteggi e dei versamenti contributivi in materia di lavoro» (148). Il regolamento rifletteva in termini specifici tutte

¹⁴⁵ Prevedeva infatti l'art. 8 che «con decreti reali da emanarsi su proposta del Ministro per la grazia e giustizia, di concerto con il Ministro per le corporazioni, a termini dell'art. 3, n. 1, della legge 31 gennaio 1926, n. 100, saranno date le norme che potranno occorrere per l'integrazione e l'attuazione della presente legge».

¹⁴⁶ Frammenti del discorso di Giuseppe Rapelli sono riportati sull'organo di stampa dell'ANCDS *Il Consulente del lavoro*, numero di luglio, 1957.

¹⁴⁷ Cfr. art. 1 dello Schema di regolamento per la disciplina dell'esercizio dell'attività di tenuta o regolarizzazione dei documenti di lavoro aziendali in applicazione degli articoli 4 e 5 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, pubblicato in C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 145.

¹⁴⁸ Cfr. art. 2 dello Schema di regolamento per la disciplina dell'esercizio dell'attività di tenuta o regolarizzazione dei documenti di lavoro aziendali in applicazione degli articoli 4 e 5 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, pubblicato in C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 146.

le incombenze che i consulenti del lavoro avevano attirato nella loro attività professionale, nonostante il generico riferimento dell'art. 4 relativo ai documenti riguardanti la "materia di lavoro". Da qui, è possibile ravvisare che il consulente abbia iniziato a svolgere un ruolo di connessione tra l'ordinamento statale e quello intersindacale, in un contesto politico e giuridico che vedeva, emanata la Costituzione, l'inattuazione dell'art. 39 Cost. e il diffondersi del contratto collettivo di diritto comune, al quale già la giurisprudenza dei primi anni Cinquanta attingeva per la determinazione della retribuzione conforme ai canoni previsti dall'art. 36 Cost. (149).

Ulteriore novità del regolamento, era l'istituzione di una prova di idoneità di carattere teorico-pratico a cura dell'Ispettorato del lavoro competente territorialmente, l'età minima di 21 anni del candidato ed il possesso della licenza media superiore. Inoltre, fu prevista l'incompatibilità dell'attività professionale con il rapporto di lavoro dipendente in favore di enti pubblici, istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, dipendenti di patronati e associazioni sindacali di lavoratori (150). All'art. 2, comma 3 dello schema di regolamento, inoltre, era specificato che «l'attività svolta dal consulente del lavoro autorizzato non esime il datore di lavoro dagli obblighi di responsabilità previsti dalle norme che disciplinano la materia». Così il termine "consulente del lavoro" entrava per la prima volta a pieno titolo nella normativa, nonostante vi fossero opinioni diverse sulla coniazione del termine per l'identificazione della professione. Infatti, alcuni membri del sindacato ritenevano che fosse più adatto l'appellativo "aziendalista" (151). Tuttavia, questo termine avrebbe stravolto il senso della professione, nata invece per porsi come "equo intermediario" tra il datore di lavoro, il lavoratore e lo Stato (152).

Nello schema di regolamento, non fu possibile ottenere il riconoscimento dell'incompatibilità tra la professione e il rapporto di lavoro dipendente in favore delle associazioni sindacali dei datori di lavoro. Il diniego del riconoscimento della suddetta incompatibilità – frutto della forte concorrenza che vi era tra i consulenti e le associazioni datoriali nell'erogazione dei servizi di assistenza alle imprese sul territorio – aveva radici profonde. Tuttavia, la richiesta avanzata dall'ANCL rispecchiava (forse) la già tendente vocazione del consulente del lavoro a porsi come rappresentante sindacale degli interessi dell'impresa più che come un intermediario tra il cittadino e lo Stato.

149 Di questa tendenza ne dà notizia lo studio di G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, op. cit., p. 3, che ne ricostruisce anche le ragioni storico-politiche.

150 Cfr. artt. 3, comma 1, 7 e 8 dello Schema di regolamento per la disciplina dell'esercizio dell'attività di tenuta o regolarizzazione dei documenti di lavoro aziendali in applicazione degli articoli 4 e 5 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, pubblicato in C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., pp. 146 e 147.

151 Di tale dibattito ne dà atto C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 21.

152 M. R. FIORENTINI, *Sviluppo capitalistico e professioni economiche: ragionieri e dottori commercialisti, consulenti del lavoro*, in W. TOUSIJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, Il Mulino, 1987, spec. p. 30.

4. Il conflitto con le associazioni sindacali dei datori di lavoro. L'intervento del Ministero del Lavoro.

Dopo il confronto avvenuto a Como per la stesura del Regolamento, il 18 agosto 1958 l'ANCL avanzò la richiesta al Ministero del lavoro di estendere i casi di incompatibilità anche al rapporto di lavoro dipendente prestato in favore delle associazioni sindacali dei datori di lavoro ed il ritiro contestuale della circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell'11 giugno 1951, n. 71. L'art. 4 della legge n. 1815/1939 prevedeva che l'autorizzazione per la tenuta della documentazione di lavoro poteva essere rilasciata dall'Ispettorato del lavoro solo a persone fisiche e non anche giuridiche. E su questo dato letterale della norma faceva leva l'insistenza dei Consulenti del lavoro a ritenersi come soggetti unici di riferimento per ottemperare agli adempimenti prescritti alla legislazione sociale.

Tuttavia, le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro del settore artigiano avevano sollevato una questione al Ministero volta a mettere in luce come le aziende del settore avessero difficoltà ad adempiere a tali compiti, non avendo a disposizione impiegati specializzati. Così si avanzava l'ipotesi di dare spazio alle associazioni sindacali di poter svolgere, in nome e per conto delle imprese associate, l'attività di cui all'art. 4. Fu, infatti, presentata una proposta di legge, la n. 35 del 20 giugno 1958 rubricata "*tenuta dei documenti assicurativi e di lavoro e di adempimenti contributivi per conto degli iscritti alle Associazioni sindacali che raggruppano artigiano o piccoli imprenditori*", per superare gli ostacoli posti dalla formulazione dell'art. 4 della legge n. 1815 (153).

Nella circolare n. 71 del 1951, il Ministero del lavoro, pur riconoscendo il limite dell'art. 4, al fine di «conciliare l'aspirazione delle organizzazioni sindacali ad esercitare in questo campo un'attività di assistenza a favore dei propri associati», optò per la possibilità di rilasciare l'autorizzazione alla "persona fisica" che l'associazione datoriale intendeva adibire allo svolgimento di tali adempimenti (154). In particolare, la circolare n. 71 esplicava nel dettaglio anche le modalità operative: la persona incaricata dall'associazione avrebbe dovuto sviluppare i conteggi relativi al versamento dei contributi, occuparsi della compilazione della modulistica e trasmettere il tutto all'azienda in tempo utile per poterle permettere di adempiere ai doveri prescritti dalla legge.

¹⁵³ La proposta di legge era a firma dei Senatori Mario Dosi, Zaccaria Negroni, Benigno Zaccagnini, Antonio Carcaterra, Vittoria Titomanlio, Tarcisio Longoni, Margherita Bontade, Claudio Merenda, Remo Gaspari, Carlo Buzzi, Francesco Pintus, Giuseppe Vedovato, Alcide Berloff, Pasquale Valsecchi, Filippo Guerrieri, Pasquale Franco, Mario Berry, Michele Troisi, Giovanni Gioia ed è pubblicata nell'organo di stampa dell'ANCDS *Il Consulente del lavoro*, numero 9, settembre 1958.

¹⁵⁴ Cfr. circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell'11 giugno 1951, n. 71, *Tenuta documenti di lavoro delle aziende da parte delle associazioni sindacali (Min. 11 giugno 1951 N. 4263/I-J-I-Circ. N. 71)*.

La richiesta avanzata dall'ANCL non fu accolta dal Ministero ⁽¹⁵⁵⁾ e il regolamento di attuazione della legge n. 1815 del 1939, approvato con D.P.R. 26 agosto 1959, n. 921, fu pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 7 novembre 1959 così come “negoziato” presso la sede dell'Ispettorato del lavoro di Como. L'ANCL rivendicò sin da subito questo risultato, considerando il regolamento di attuazione non un punto di arrivo ma di partenza per il riconoscimento giuridico della natura professionale e intellettuale dell'attività del consulente del lavoro, aprendo così la strada all'idea del Collegio professionale dei consulenti del lavoro ⁽¹⁵⁶⁾.

Negli anni che seguirono, il conflitto tra i consulenti e le associazioni dei datori di lavoro giunse al culmine nel 1963. Con una netta presa di posizione da parte del Ministro del lavoro in carica, Umberto Delle Fave, il Dicastero emanò la circolare n. 31 il 18 novembre 1963 attraverso la quale segnalava la sussistenza di alcuni divieti in capo alle associazioni sindacali dei datori di lavoro di esercitare attività di consulenza riservata soltanto ai professionisti autorizzati ⁽¹⁵⁷⁾. L'emanazione di questa circolare

¹⁵⁵ Cfr. lettera del Dott. Rosario Purpura, in qualità di Direttore Generale dei Rapporti di lavoro del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, scritta all'ANCL il 4 settembre 1958.

¹⁵⁶ Di questa rivendicazione se ne trova chiara traccia nella lettera del 26 agosto 1959, Prot. 12/51-SCF.5, che l'ANCL inviò ai propri iscritti dopo l'approvazione del regolamento di attuazione della legge n. 1815/1939.

¹⁵⁷ Nella circolare del Ministero del Lavoro n. 31 del 18 novembre 1963 avente ad oggetto l'“*esclusività dell'attività professionale per i Consulenti autorizzati*” veniva precisato che «stando a quanto viene segnalato, accadrebbe, qualche volta, che nello svolgimento, presso la sede delle Associazioni sindacali, delle operazioni relative all'attività di consulenza, con il consulente collaborino persone non autorizzate all'esercizio dell'attività. È sufficiente al riguardo richiamare il divieto, penalmente sanzionato, posto dalla legge n. 1815 del 1939 di esercitare la tenuta e la regolarizzazione dei documenti di lavoro aziendali per chiunque non sia fornito della relativa autorizzazione, ad eccezione soltanto dei dipendenti della azienda e dei professionisti indicati nell'art. 5 della legge. Il regolamento n. 921 del 1959 consente semplicemente “alle persone assunte alle dipendenze del titolare della autorizzazione” di effettuare gli adempimenti puramente esecutivi di cui al terzo comma dell'art. 2. È pertanto evidente come i consulenti non possano essere coadiuvati da persone che non siano propri dipendenti e che, anche in tal caso, la collaborazione è consentita nei limiti dell'attività esecutiva sopra precisata. Ancora una questione è stata sollevata circa l'esercizio dell'attività di consulenza da parte dei consulenti autorizzati che verrebbero assunti dalle Associazioni sindacali quali propri dipendenti: è stato al riguardo prospettato che in tale ipotesi, per il rapporto di dipendenza che lega il consulente all'Associazione, sarebbe quest'ultima che, in definitiva, in contrasto con le disposizioni vigenti, verrebbe a svolgere l'attività di consulenza. In merito si osserva che, seppure un rapporto di lavoro subordinato del consulente con l'Associazione datoriale non determina di per sé incompatibilità con l'esercizio dell'attività di consulenza, peraltro l'assunzione del consulente alle dipendenze dell'Associazione per lo svolgimento di detta attività nei riguardi delle aziende associate incide sui rapporti che devono direttamente intercorrere tra consulenti e aziende assistite e sulla imputabilità esclusiva al consulente di detta attività dalla quale consegue la responsabilità personale, amministrativa e civile (oltre che penale), del consulente stesso per gli atti compiuti nell'esercizio della propria attività professionale. Per ciò stesso, l'esercizio dell'attività di consulenza alle dipendenze dell'Associazione sindacale sembra contrastare con il divieto posto dall'art. 2 della legge n. 1815 del 1939 per il quale non possono essere costituite, esercitate o dirette sotto qualsiasi forma – diversa da quella dell'associazione tra persone abilitate all'esercizio professionale (come nella specie) autorizzate allo svolgimento di specifiche attività in forza di particolari disposizioni di legge – società, istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano lo scopo di

comportò l'attivarsi degli ispettori del lavoro che adottarono, a seguito di ispezioni, provvedimenti amministrativi per la chiusura dei locali adibiti dalle associazioni datoriali all'erogazione dei servizi di consulenza (158). Le associazioni in questione chiesero di essere ricevute dal Ministro ed il 30 gennaio del 1964 si tenne un incontro per tentare di correggere alcuni passaggi della circolare n. 31/1963. Intanto, la Confcommercio, con un proprio atto, aveva preso delle pubbliche posizioni contro la circolare ministeriale sostenendo che il Regolamento di attuazione della legge 23 novembre 1939, n. 1815 non aveva creato una nuova professione ma riconosceva alle aziende la facoltà di affidare la cura della documentazione riguardante i rapporti di lavoro a lavoratori non alle sue dipendenze ma autorizzati dall'ispettorato (159). Sulle stesse posizioni si affermava pubblicamente anche la Confartigianato (160), che accusava i consulenti di voler surrettiziamente ottenere l'esclusiva delega dal Parlamento per curare i rapporti di lavoro in nome e per conto delle aziende. A questa strategia reagì l'ANCL con una circolare pubblica (161), inviata a tutti i consulenti associati, nella quale chiedeva il rigetto di tutte le richieste presentate al Ministero del lavoro per chiedere il ritiro della circolare n. 31/1963.

Il conflitto tra le due realtà fu stemperato a seguito dell'emanazione della circolare ministeriale n. 42 del 17 marzo 1964. Con questo atto, il Ministero del Lavoro prese atto che la circolare n. 71 dell'11 giugno 1951 aveva concesso, in via interpretativa, alle associazioni datoriali, in particolar modo quelle rappresentanti le imprese artigiane, di svolgere attività di consulenza in favore delle imprese associate «per le difficoltà inerenti all'applicazione delle diverse e talvolta complesse leggi protettive nel lavoro» (162). La circolare, inoltre, prese atto che l'emanazione della circolare n. 31 del 18 novembre 1963, attraverso la quale il Ministero del Lavoro riconosceva alcuni profili di incompatibilità tra la posizione giuridica dell'associazione datoriale e l'attività di consulenza del lavoro, aveva dato «luogo a numerose e pressanti rimostranze della totalità delle associazioni stesse per l'interesse di queste a mantenere un'attività che, per

dare, anche gradualmente, ai proprio consociati od a terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria. Il consulente infatti in quanto agisce nei confronti del terzo (azienda assistita) come dipendente dell'Associazione da un lato da compiere a questa attività che come tale le è inibita, e da altro lato ne impegna la responsabilità nei confronti dell'assistito. Mentre quindi nulla evidentemente osta a che il consulente si obblighi contrattualmente verso l'Associazione in forma diversa dal contratto di lavoro subordinato a svolgere la propria attività nei confronti delle aziende associate, non sembra che l'esercizio dell'attività di consulenza nei riguardi di terzi (quali sono dette aziende) possa formare oggetto di rapporto di lavoro subordinato, avente per oggetto un'attività lavorativa diversa dall'esplicazione della consulenza nei riguardi di terzi».

158 C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 72.

159 Cfr. circolare Confcommercio, n. 5 (prot. n. 0526) del 18 gennaio 1964.

160 Cfr. circolare Confartigianato, n. 13 (prot. n. 00428) de 14 gennaio 1964.

161 Cfr. circolare ANCL n. 2 del 30 gennaio 1964, rubricata “*in merito al problema delle associazioni datoriali*”.

162 Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 17 marzo 1964, rubricata “*disciplina dell'attività di consulenza del lavoro*”.

il suo carattere assistenziale, è ritenuta compresa nei fini statuari delle associazioni» (163).

A fronte di queste situazioni conflittuali, il Ministero del lavoro prese una posizione chiara sulle due questioni che emergevano dal dibattito in atto. Sul versante dell'attività di consulenza, il Dicastero annunciò di essere in atto l'*iter* per l'approvazione di uno schema di legge per l'istituzione dell'albo, la costituzione del consiglio nazionale e dei relativi consigli provinciali con precisi ruoli e obblighi (164); per quanto concerne l'attività di consulenza svolta dalle associazioni sindacali dei datori di lavoro, il Ministero prendeva atto che «da lungo tempo le Organizzazioni sindacali datoriali svolgono nei confronti delle aziende associate una attività di assistenza e di consulenza nella materia relativa alle leggi sul lavoro», maggiormente in favore di quelle imprese di «piccole dimensioni le quali non essendo in grado, per le loro modeste possibilità, di approntare una pur minima organizzazione necessaria per l'applicazione delle diverse e complesse leggi sociali vigenti, ritengono più conveniente rivolgersi all'assistenza prestata in tale campo dalle proprie Associazioni sindacali» (165). Alla luce di ciò, il Ministero riteneva che «lo stato di fatto da tempo esistente e convalidato e i diversi motivi dinanzi accennati, consigliano attualmente (...) di non modificare il sistema consentito con la circolare n. 71 dell'11 giugno 1951», fermo restano le prescrizioni dell'art. 6 del D.P.R. 26 agosto 1959, n. 921 (166). Inoltre, il Ministero auspicava, tenuto conto che l'attività di consulenza del lavoro veniva esplicata tanto nell'interesse delle piccole e medie aziende quanto nell'interesse della generalità dei lavoratori per la salvaguardia dei loro diritti, che i consulenti del lavoro e le associazioni sindacali dei datori di lavoro avrebbero avviato una collaborazione nei territori volta a contemperare in modo armonico gli interessi in gioco «per il raggiungimento dello scopo essenziale cui tende la legge sulla disciplina dell'attività di consulenza del lavoro»: far assolvere ai datori di lavoro gli obblighi imposti dalle leggi in materia di lavoro e garantire ai lavoratori i diritti riconosciuti dalla legislazione sociale (167).

¹⁶³ Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 17 marzo 1964, rubricata “*disciplina dell'attività di consulenza del lavoro*”.

¹⁶⁴ Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 17 marzo 1964, rubricata “*disciplina dell'attività di consulenza del lavoro*”.

¹⁶⁵ Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 17 marzo 1964, rubricata “*disciplina dell'attività di consulenza del lavoro*”.

¹⁶⁶ Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 17 marzo 1964, rubricata “*disciplina dell'attività di consulenza del lavoro*”.

¹⁶⁷ Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 17 marzo 1964, rubricata “*disciplina dell'attività di consulenza del lavoro*”.

5. Il consolidamento dell'attività sindacale: verso la fondazione dell'albo. Il tentativo di ampliamento delle competenze professionali del consulente del lavoro.

Nel 1960, l'ANCL continua ad avanzare istanze presso il Ministero del lavoro per il riconoscimento della figura del consulente del lavoro come professione intellettuale. In questo periodo, l'associazione sindacale concentra i propri sforzi per far fronte ad alcune problematiche, come l'esercizio abusivo della professione regolata, al momento, ancora dal D.P.R. 26 agosto 1959, n. 921. Inoltre, si inizia a pensare di istituire un autonomo sistema di previdenza e a chiedere la modifica della legge n. 1815/1939 per consentire la tenuta dei documenti aziendali presso gli studi professionali, in quel momento storico vietato poiché questi dovevano essere custoditi presso i locali aziendali. Infine, l'ANCL, sul versante squisitamente sindacale, inizia a pensare alla partecipazione di una grossa confederazione intersindacale di rappresentanza di professionisti e di ottenere un seggio all'interno del CNEL (168). In questo periodo vi è un'altra novità, di notevole importanza rispetto alla funzione che qui stiamo indagando: l'incarico affidato ai consulenti del lavoro di uno studio di un contratto collettivo. Infatti, con la delibera n. 18 del 1960 assunta dal consiglio dell'associazione sindacale, veniva costituito un gruppo di studio per l'analisi del contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti degli studi professionali (169).

Di tutte le rivendicazioni che i consulenti avanzarono attraverso l'ANCL nel 1960, quella che ebbe immediata attuazione attraverso l'interessamento da parte del Parlamento era la possibilità di modificare la legge n. 1815/1939 per autorizzare i consulenti a custodire i documenti delle aziende assistite presso i propri studi (170). La modifica della legge si rendeva necessaria poiché era diventato difficoltoso per i consulenti spostarsi continuamente da un'impresa ad un'altra per curarne la contabilità in materia di lavoro e la contrattualistica (171). La prima proposta di modifica della legge

¹⁶⁸ I punti programmatici sono illustrati nell'organo di stampa dell'ANCL "*Il Consulente*", del mese di agosto 1960, intitolato "*Un programma di pubblico interesse*".

¹⁶⁹ Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 38.

¹⁷⁰ Le proposte di modifica della legge furono presentate il 14 ottobre 1960, a firma rispettivamente degli onorevoli Domenico Ceravolo e Primo Lucchesi.

¹⁷¹ L'On. Domenico Ceravolo, proponendo la modifica della legge, metteva in luce che «i consulenti operano al servizio la maggior parte delle volte, potremmo dire sempre, delle piccole e medie aziende. Le grandi aziende tengono infatti libri e documentazioni previdenziali ed assistenziali negli uffici amministrativi sotto il controllo di impiegati fissi a tale esclusivo servizio. Le condizioni ambientali in cui vengono ad operare i consulenti del lavoro sono tra le più disparate a seconda del tipo di azienda, e molte volte il lavoro va fatto su banchi o su pietre, esposti ai rumori delle macchine o agli agenti atmosferici, senza tener conto dei pericoli che essi concorrono in netto contrasto con le leggi che regolano attualmente la prevenzione degli infortuni (...). Tutta questa situazione di disagio è determinata dal vigore di alcune norme regolamentari che contemplano il divieto di rimuovere i documenti prescritti dalla materia previdenziale dal luogo di lavoro. In particolare, l'art. 17 primo comma del regolamento approvato con R.D. del 25 gennaio 1937 n. 200, ed il secondo comma dell'art. 2 del Regolamento approvato con D.P.R. 26 agosto 1959, n. 921 espressamente fanno divieto di titolari delle aziende di rimuovere i documenti

prevedeva la sola «facoltà di conservare i documenti e i registri relativi presso lo studio od ufficio del consulente o professionista medesimo previa comunicazione ai competenti Ispettorati del Lavoro» (172).

Seppure avesse il medesimo scopo, diversa nell'impostazione – e in parte anche nei fini – fu la proposta di legge avanzata dall'On. Primo Lucchesi. Quest'ultima, infatti, nell'illustrare le problematiche connesse al divieto per le aziende di depositare altrove i documenti riguardanti la gestione dei rapporti di lavoro, della previdenza e dell'assistenza, metteva in luce come la legislazione sociale stesse cambiando, rendendo molto più complessi gli adempimenti. In tale quadro, veniva evidenziata la necessità della figura del consulente del lavoro e dell'ampliamento delle sue competenze, pena «gravi danni al mondo del lavoro per la mancanza di adeguato e necessario controllo». Inoltre, l'On. Lucchesi metteva ulteriormente in luce che «tali professionisti costituiscono il naturale tramite di informazione e di retta applicazione della legislazione sociale, in continuo divenire», oltre all'«imponente apporto di esperienza pratica e teorica che questa moderna professione può arrecare, specie al livello della piccola e media azienda, alla problematica produttivistica, così urgente con l'integrazione europea in atto» (173). In quest'ottica, si proponeva un disegno di legge che attribuisse ai consulenti del lavoro anche la possibilità di curare «la consulenza delle aziende in materia di tecnica, amministrazione e organizzazione del lavoro» e di «conservare i documenti e i registri (delle imprese) presso lo studio» (174).

Nelle more della “trattativa” per la costituzione dell'albo professionale (175), l'ANCL continua la “marcia” per rivendicare la natura di professione dell'attività svolta dal consulente del lavoro. L'attività di influenza sul legislatore e sul mondo professionale per sollecitare un riconoscimento giuridico della professione era sempre più insistente, poiché l'ANCL, anche con l'appoggio di altri professionisti che

riguardanti la materia previdenziale ed assistenziale dal “luogo di lavoro” (...). Con la nostra proposta intendiamo abrogare tale divieto (...). Il sistema che proponiamo oltre ad agevolare i consulenti ed i professionisti facilita anche il compito degli organi ispettivi, i quali in un solo studio possono verificare i documenti di più aziende»; cfr. *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 2537 del 14 ottobre 1960.*

¹⁷² Cfr. proposta di legge dell'On. Domenico Ceravolo per l'abrogazione dell'art. 17 primo comma del regolamento approvato con R.D. del 25 gennaio 1937 n. 200, ed il secondo comma dell'art. 2 del Regolamento approvato con D.P.R. 26 agosto 1959, n. 921, in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 2537 del 14 ottobre 1960.*

¹⁷³ Cfr. proposta di legge dell'On. Primo Lucchesi per la “*Modifica alle disposizioni sulla tenuta e regolarizzazione dei libri ed altri documenti di lavoro, e alle disposizioni sulla disciplina giuridica degli studi di assistenza e consulenza*”, in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 2738.*

¹⁷⁴ Cfr. proposta di legge dell'On. Primo Lucchesi, cit., in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 2738 del 14 ottobre 1960.*

¹⁷⁵ Come riporta C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 48, il deputato Vincenzo Gagliardi propose un'interrogazione parlamentare per conoscere lo stato dei lavori in merito alla costituzione dell'albo e dell'ente di previdenza. In particolare, l'On. Gagliardi sollecitava la costituzione dei consigli provinciali poiché avrebbero vigilato sui casi di abusivismo professionale, fino a quel momento, funzione delegata agli ispettori del lavoro.

sostenevano la battaglia dell'associazione, iniziò ad organizzare dei pubblici convegni che avevano come principale obiettivo quello di sollecitare la regolazione della professione di consulente del lavoro attraverso il riconoscimento giuridico dell'albo. Uno dei convegni più importanti, fu quello organizzato a Napoli, nel mese di novembre del 1961. In quell'occasione, alla presenza anche del Vice-Ministro del Lavoro del governo allora in carica, Ettore Calvi, l'Avv. Raffaello Russo Spena, parlamentare e partenopeo di origini, da sempre vicino alla nascente categoria professionale dei consulenti, tenne un discorso sulle libere professioni per dimostrare come l'inerzia legislativa stesse condannando una professione al mancato riconoscimento di un distinto e autonomo albo, oltre a sottolineare – anticipando così di gran lunga i tempi per una matura riflessione sulle tutele per il lavoro autonomo-professionale – il mancato riconoscimento per i professionisti delle tutele previste dagli art. 35 e 38 Cost., rimproverando a questa parte del mondo del lavoro il mancato «spirito associativo», utile per avviare sul piano democratico il riconoscimento dei diritti (176). Le premesse così formulate dall'Avv. Spena erano speculari ad affrontare il vero cuore del problema: il riconoscimento dell'attività di consulente del lavoro quale professione intellettuale al pari dell'avvocatura.

Sosteneva l'Avv. Spena che «la prestazione di opera intellettuale è un atteggiamento del rapporto individuale di lavoro, certamente il più elevato ed il più complesso per la funzione sociale che rappresenta, per il carattere tecnico-intellettuale della prestazione, per il suo estrinsecarsi in maniera del tutto personale e discrezionale e per l'interferenza di pubblici interessi»; da questo punto di vista è fondamentale l'attività di consulente del lavoro in quanto «ha riguardo alla tenuta e regolarizzazione dei documenti di lavoro delle aziende», attività professionale che si «estrinseca in suggerimenti, indirizzi, per l'esatta osservanza dei vari obblighi posti a carico dei datori di lavoro nelle varie fasi della formazione, dello svolgimento e dell'estinzione del rapporto di lavoro, nonché nel vasto campo della previdenza sociale» (177). Non vi erano quindi ostacoli, secondo l'Avv. Spena, al riconoscimento del consulente del lavoro come libero professionista non essendo peraltro «legato a subordinazione gerarchica col datore di lavoro»; al contrario, «esercita il proprio mandato in piena libertà e discrezionalità» (178). Pur non essendo, come previsto dall'art. 33, comma 5 Cost., istituito un albo e l'istituzione di un esame per accedere all'iscrizione dello stesso quale funzione di tutela dello Stato per garantire la capacità del lavoratore autonomo professionale, ciò che rendeva – nell'ottica del parlamentare – un lavoratore autonomo un prestatore d'opera intellettuale erano «le mansioni che determinano la qualifica e l'unica fonte legittima e discriminatoria è negli articoli 2229 e seguenti del Codice Civile» (179). Non si trattava, quindi, di riconoscere nel consulente del lavoro una

176 L'intervento al convegno di Napoli del novembre 1961 è stato riportato integralmente nell'organo di stampa dell'ANCL, "*Il Consulente*", n. 11 del mese di novembre 1961.

177 V. sempre "*Il Consulente*", n. 11 del mese di novembre 1961.

178 V. sempre "*Il Consulente*", n. 11 del mese di novembre 1961.

179 V. sempre "*Il Consulente*", n. 11 del mese di novembre 1961.

semplice attività lavorativa ma una “professione intellettuale” e cioè caratterizzata – come spiega autorevole dottrina – dall’esercizio di un’«attività intellettuale» che «comporta (o può implicare) uno sforzo fisico anche notevole», a differenza dell’«attività manuale» che, invece, «non può dirsi disgiunta da un certo livello di intellettualità» (180). In altri termini, l’elemento di intellettualità (o meglio, l’impiego di facoltà intellettuali) nella prestazione deve essere (come era) nettamente prevalente mentre può essere minimo o inesistente quello fisico.

Le riflessioni dell’Avv. Spena anticipavano di anni ciò che il consulente del lavoro sarebbe stato chiamato a fare nei decenni successivi, come abbiamo detto nei precedenti paragrafi e attesi gli svariati rinvii che la legge depone in suo favore per svolgere una marcata funzione di controllo e garanzia circa la corretta applicazione della legislazione lavoristica e sociale. Infatti, l’attività professionale del consulente del lavoro risultava rispondere «oltre che all’interesse delle aziende, anche al fine della migliore applicazione della legislazione e, in definitiva, alla tutela, sviluppo ed elevazione materiale e morale dei lavoratori», principi solennemente affermati dalla Costituzione italiana (181).

Dal convegno di Napoli del 1961, l’ANCL avviò anche un’iniziativa, nonostante la momentanea assenza dell’albo, volta ad istituire una tariffa per i servizi professionali offerti dal consulente del lavoro (182). Tuttavia, nonostante fosse diffusa l’opinione di dover riconoscere uno *status* giuridico ben definito al consulente, il parlamento tardava a prendere le redini in mano, provocando così la proclamazione di uno stato di agitazione dei Consulenti che si tenne nel mese di giugno del 1962 a Roma (183).

Non mancarono anche atteggiamenti ostruzionistici per il riconoscimento della professione e l’istituzione di un apposito albo da parte di altre figure professionali, in particolar modo i dottori commercialisti. Infatti, dopo alcuni articoli apparsi sulla stampa del tempo scritti dai rappresentanti istituzionali dei dottori commercialisti per criticare il discorso tenuto dall’Avv. Spena a Napoli (184), il 4 luglio 1962 seguì una

180 A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d’opera e professioni intellettuali*, 1996, ed. Giuffrè, p. 358. La posizione qui espressa non è pienamente condivisa in quanto altra dottrina ritiene che la caratteristica principale della professione intellettuale vada rintracciata nella discrezionalità in quanto manifestazione della personalità professionale del singolo, così L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, artt. 2188-2246, pp. 192 e 210, 1968, ed. Zanichelli; mentre R. SCOGNAMIGLIO, *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, in *DF*, 1973, individua nella liberalità il tratto distintivo della professione intellettuale in quanto quest’ultima sarebbe mirata a sollevare gli uomini dalle situazioni in cui abbisognano di consiglio e di assistenza, a differenza, invece, dell’attività che svolge l’artigiano o l’imprenditore che, pur essendo lavoratori autonomi, non sono intrinsecamente liberi in quanto le loro attività sono pur sempre sottoposte alle leggi ed ai molteplici condizionamenti della realtà economico-sociale.

181 V. sempre “*Il Consulente*”, n. 11 del mese di novembre 1961.

182 Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 54.

183 Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 55.

184 Gli articoli e la risposta dei consulenti sono riportati sull’organi di stampa dell’ANCL “*Il Consulente*”, del mese di gennaio del 1962.

denuncia per esercizio abusivo della professione nei confronti del presidente dell'ANCL allora in carica, Cesare Orsini. Le ragioni della denuncia risiedevano nella pretesa di condurre l'attività di consulenza in materia di lavoro nell'esclusivo alveo delle prestazioni professionali rese dagli avvocati, dai commercialisti e dai ragionieri. Secondo C. Orsini, «lo scopo dell'azione parve (...) inequivocabile nella pretesa di soffocare sul nascere la voce di una nuova categoria professionale» (185).

5.1. L'approvazione della legge n. 1081 del 1964 costituente l'albo professionale dei Consulenti del Lavoro.

Il 13 maggio del 1964, cominciano i lavori presso la XIII commissione parlamentare della Camera dei deputati per lo studio e l'unificazione finalizzata all'approvazione dei due disegni di legge, l'uno presentato dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale congiuntamente con il Ministero di grazia e giustizia e dell'industria e del commercio (trattasi del d.d.l. n. 1086/1964); l'altro, presentato dai deputati Brandi e Quaranta (186). Il disegno di legge dell'On. Quaranta presentava a latere un'interessante relazione finalizzata a dimostrare come l'intervento del legislatore si era reso oramai necessario. Infatti, a fronte della crescente complessità del sistema previdenziale, governato da un sistema normativo disorganico, corredato anche di innumerevoli circolari per l'attuazione dei precetti normativi, era necessario, ad avviso del deputato proponente, il ricorso ad «apposito personale, qualificato soprattutto dall'esperienza e dallo studio particolare della complessa materia» (187). Tuttavia, questa difficoltà veniva superata nei grandi contesti produttivi essendo presente «personale di concetto, altamente qualificato e ricercato, con rapporto di impiego» mentre le piccole imprese non potevano assumersi questo onere, né era pensabile che un artigiano o un piccolo imprenditore potessero avere sempre la capacità tecnica ed il tempo materiale per poter svolgere le attività concernenti le operazioni di calcolo per la determinazione della retribuzione e della contribuzione, il controllo dei libri paga e di tutta la documentazione aziendale attinente ai rapporti di lavoro (188). Peraltro, osservava lucidamente l'On. Quaranta che a queste attività basiche, bisognava anche «aggiungere l'applicazione della contrattazione collettiva, che introduce nuovi istituti, di complessa

¹⁸⁵ Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 55.

¹⁸⁶ Cfr. proposta di legge presentata dall'On. Lucio Mariano Brandi e dall'On. Enrico Quaranta per l'«*Ordinamento della professione di consulente del lavoro*» in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 691 del 30 ottobre 1963*.

¹⁸⁷ Cfr. proposta di legge presentata dall'On. Lucio Mariano Brandi e dall'On. Enrico Quaranta per l'«*Ordinamento della professione di consulente del lavoro*» in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 691 del 30 ottobre 1963*.

¹⁸⁸ Cfr. proposta di legge presentata dall'On. Lucio Mariano Brandi e dall'On. Enrico Quaranta per l'«*Ordinamento della professione di consulente del lavoro*» in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 691 del 30 ottobre 1963*.

attuazione» (189). Si trattava di riconoscere un'attività che già di per sé era dalla dottrina ascritta tra le professioni intellettuali (190). Inoltre, la finalità dell'approvazione di una legge istitutiva l'albo professionale era utile a sottrarre al Ministero del lavoro il potere discrezionale per il rilascio dell'autorizzazione ed istituire un esame di abilitazione come previsto dall'art. 33 Cost.

Durante i lavori parlamentari, nel disegno di legge fu prevista – per calmierare definitivamente il contrasto tra i consulenti del lavoro e le associazioni datoriali – in un'apposita disposizione la facoltà per le imprese considerate artigiane ai sensi della legge 25 luglio 1956, n. 860 e per le piccole imprese di potersi rivolgere alle associazioni di categoria, responsabili di organizzare il relativo servizio di tenuta e di regolarizzazione della documentazione aziendale di lavoro attraverso l'ausilio di un consulente del lavoro. Mentre i lavori parlamentari proseguivano, la Confederazione degli Industriali Italiani dichiarò pubblicamente che l'approvazione della legge avrebbe comportato un aggravio degli oneri relativi alle spese della gestione del personale poiché per la consulenza in materia l'impresa si sarebbe trovata a spendere un importo aumentato di sei volte il costo medio che fino a quel tempo era praticato dalle associazioni di categoria (191).

Nonostante le pressioni provenienti da più fronti, la legge che istituiva l'albo dei Consulenti del Lavoro fu approvata anche al Senato. Entrò così in vigore la prima legge professionale che regolamentava la professione: la legge 12 ottobre 1964, n. 1081. Il dibattito, tuttavia, che il 7 ottobre si tenne nell'aula del Senato prima della votazione del testo della legge n. 1081, fece desumere che la costituzione dell'albo non era pienamente condivisa. Da più parti, infatti, furono sollevati dubbi e perplessità in ordine alle seguenti questioni così sintetizzate:

a) non era necessario istituire un ulteriore albo e quindi istituire un'altra professione poiché altri professionisti già presenti nell'ordinamento e con titoli di studio autorevoli avrebbero potuto svolgere quegli adempimenti;

b) la costituzione dell'albo dei Consulenti del Lavoro sarebbe stata lesiva dei diritti riconosciuti alle associazioni sindacali dei datori di lavoro, in quanto sarebbero state a queste sottratte particolari compiti rientranti nella più vasta attività di consulenza sindacale, che l'art. 39 Cost. garantisce a queste ultime (192);

¹⁸⁹ Cfr. proposta di legge presentata dall'On. Lucio Mariano Brandi e dall'On. Enrico Quaranta per l'«*Ordinamento della professione di consulente del lavoro*» in *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Proposta di legge n. 691 del 30 ottobre 1963*.

¹⁹⁰ Cfr. N. CRISCI, G. BONIFACIO, *Lavoro – Consulente del*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, ed. Utet, Torino, 1963.

¹⁹¹ Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 96.

¹⁹² Attualmente, non è unanime l'opinione in dottrina secondo cui tali attività rientrerebbero nell'alveo della funzione sindacale in senso stretto. In senso favorevole, v. P. DEMOUGIN, L. GOOBERMAN, M. HAUPTMEIER, E. HEERY, *Employer organisations transformed*, in *Human Resource Management Journal*, 2019, n. 29, pp. 1-16, secondo cui le associazioni datoriali hanno arricchito, a causa dell'erosione della contrattazione collettiva, la funzione di assistenza includendo anche la formazione, i servizi legali, la gestione delle risorse umane e la consulenza in materia di lavoro. Sul punto

c) la spesa per la consulenza in materia di lavoro svolta dalle associazioni datoriali si aggirava in media attorno alle 3.000 lire annue mentre l'istituzione di una professione avrebbe comportato l'aumento dei costi fino a 18.000 lire annue;

d) gli albi professionali già costituiti avevano la caratteristica di raccogliere professionisti forniti di un titolo di studio specializzato per svolgere una determinata professione (fatta eccezione per i giornalisti).

Al termine del dibattito parlamentare, più volte fu ribadito che la legge non istituiva un nuovo ordine professionale ma dettata una disciplina organica di una attività professionale già disciplinata precedentemente dalla legge 23 novembre 1939, n. 1815 e dal D.P.R. 26 agosto 1959, n. 921. L'intervento legislativo si rendeva quindi necessario al solo fine di ridare sistematicità alla categoria professionale. Nei fatti, tuttavia, si trattava di erigere a rango di professione intellettuale quella di consulente del lavoro

v. anche L. GOBERMAN, M. HAUPTMEIER, E. HEERY, *The evolution of employers' organisations in the United Kingdom: Extending countervailing power*, in *Human Resource Management Journal*, 2019, n. 29, pp. 82-96. Tutte queste attività rientrerebbero, dunque, nei servizi associativi sindacali; v. M. BEHRENS, M. HELFEN, *Small change, big impact? Organisational membership rules and the exit of employers' associations from multiemployer bargaining in Germany*, in *Human Resource Management Journal*, 2019, n. 29, pp. 51-66. A. GLADSTONE, *Analisi comparata delle associazioni degli imprenditori: funzioni e attività*, in A. GLADSTONE, J.P. WINDMULLER (a cura di), *Le organizzazioni imprenditoriali*, Edizioni Lavoro, Roma, 1985, pp. 50-51, ritiene che la consulenza non sia funzione distinta rispetto a quella di rappresentanza delle imprese associate ma sia un diverso modo di declinarsi di questa. Al contrario, sembrerebbe ritenerle difficilmente qualificabili tra le funzioni tipiche dell'associazione datoriale, V. PAPA, *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, ed. Giappichelli, 2017, p. 19. Altri studi tendono a considerare "attività" e "servizi" di carattere sindacale interconnessi tra loro a tal punto da considerare l'attività dell'associazione di rappresentanza un "ibrido"; sul punto v. M. VIVIANI, *Le funzioni delle associazioni imprenditoriali*, in *Sviluppo e Organizzazione*, 1990, n. 117, p. 92, mentre in P. FELTRIN, S. ZAN, *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali*, 2015, ed. Carocci, p. 112, si sostiene che i servizi sindacali rientrino nell'attività di rappresentanza e contemporaneamente aiutano l'associazione a mantenere un vantaggio competitivo con altri attori economici (*in primis*, Consulenti del Lavoro e a seguire avvocati, dottori commercialisti, ragionieri etc.). Tuttavia, non può mancare un riferimento a quella dottrina che costantemente ha espresso dubbi sulla natura sindacale dell'associazionismo imprenditoriale e quindi per una sua riconduzione all'art. 39 Cost. Più precisamente, secondo M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, 1972, ed. Cedam, p. 60 e ss., l'interesse collettivo che assume rilevanza nell'ordinamento per il tramite dell'art. 39 Cost. è solo quello riferibile al gruppo dei lavoratori. Infatti, nell'impianto dell'ordinamento costituzionale «non esiste, a ben guardare, alcuna simmetria tra gl'interessi espressi e destinati ad essere soddisfatti nell'organizzazione sindacale dei lavoratori e in quella dei datori di lavoro. Soltanto nell'ordinamento corporativo il sindacato dei prestatori e quello dei datori di lavoro furono posti, almeno in via di principio, sullo stesso piano [...] perché i sindacati furono formalmente considerati come portatori più dell'interesse pubblico alla produzione nazionale che di quello delle rispettive categorie». Caduto l'ordinamento corporativo, l'associazionismo imprenditoriale ha esclusivamente espresso «un interesse che, pur essendo storicamente variabile, può essere descritto come una variante dell'interesse al profitto». In altri termini, il datore di lavoro avrebbe interesse a negoziare o a farsi rappresentare in fase di negoziazione poiché la maturazione del profitto «può dipendere anche dai costi dei fattori di produzione»; da qui, l'interesse a stabilire, a livello individuale o collettivo, le condizioni di impiego della forza lavoro a lui più favorevoli. Un interesse, quindi, diverso da quello "collettivo" – teso a realizzare le esigenze di libertà della persona – che però trova comunque tutela nell'ambito dei tradizionali poteri riconosciuti all'autonomia privata.

poiché la legge avrebbe sostituito l'autorizzazione ministeriale per lo svolgimento della professione con un vero e proprio esame di abilitazione; mentre, per quanto concerne la questione relativa alla lesione dei diritti sindacali delle associazioni delle imprese, non sembravano porsi particolari problemi di carattere limitativo delle stesse poiché, a ben vedere, secondo l'impianto della legge n. 1815 del 1939 e in base all'interpretazione fornita dal Ministero del lavoro nelle molteplici circolari emanate, vigeva per queste ultime il divieto di svolgere attività di consulenza. Un divieto che sarebbe venuto meno grazie all'introduzione dell'art. 1, ultimo comma della legge n. 1081 del 1964 (193).

Entrata in vigore la legge n. 1081, l'ANCL si adoperò con il Ministero del lavoro per istituire in tutta Italia i consigli provinciali, a tutti gli effetti enti di diritto pubblico. Qualche anno dopo l'emanazione della legge, il Ministero del lavoro emanò la circolare n. 68 il 31 maggio 1965 con la quale si riconosceva la compatibilità del rapporto di impiego dei Consulenti del lavoro con le associazioni datoriali. La circolare rappresentava il giusto compromesso poiché in tal modo si permetteva alle associazioni datoriali, attraverso l'assunzione di un consulente del lavoro, di continuare a svolgere attività di consulenza. L'ANCL fece proporre un'interrogazione parlamentare volta a richiedere il ritiro immediato della circolare perché facente riferimento ad un apparato normativo "inesistente" in quanto la legge 1081 non consentiva il rapporto d'impiego tra il professionista e l'associazione datoriale. La risposta del Ministero fu tesa anzitutto a rivendicare che era propria competenza «vagliare, ai fini interpretativi, le disposizioni (...) contenute [nelle leggi] e di esprimere su di esse il proprio avviso allo scopo di fissare per i propri organi periferici, i criteri direttivi della legge per la sua integrale ed uniforme applicazione» (194).

Quanto alla compatibilità tra il rapporto d'impiego tra il consulente del lavoro e l'associazione sindacale dei datori di lavoro, il Ministero tenne a precisare che «in sede di discussione e approvazione della legge 1081, è stato più volte ribadito il punto di vista del Governo dal rappresentante del Ministero del Lavoro, il quale ebbe a dichiarare che in nessun caso il Consiglio Provinciale dei consulenti può rifiutare l'iscrizione di colui che esercita l'attività di consulenza alle dipendenze di un'associazione sindacale» (195).

5.2. Il tentativo di entrare nel CNEL.

Il 24 giugno 1965 fu presentato nuovamente un disegno di legge, il n. 1257, che prevedeva l'inserimento del consulente del lavoro nel CNEL. Già precedentemente, nel 1961, era stato presentato un disegno di legge perseguito la medesima finalità, non più discusso e approvato a causa dello scioglimento delle camere (trattasi del d.d.l. n. 3297

193 Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 97, che riporta l'intero dibattito parlamentare.

194 Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 122.

195 Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 122.

del 4 ottobre 1961). La proposta di legge, che riprendeva il testo di quella presentata nel 1961, aveva lo scopo di ampliare la rappresentanza dei professionisti nel CNEL mediante l'introduzione di un consulente del lavoro. Inoltre, il Consiglio poteva attingere dalle conoscenze di una moderna figura professionale che aveva sviluppato solide competenze in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale. Un disegno di legge in tal senso non fu mai approvato; infatti, solo nel 2005, un consulente del lavoro poté entrare a far parte del CNEL: si trattava dell'allora Presidente del Consiglio Nazionale dell'Ordine, Alfio Catalano (196). L'ANCL commentò la notizia in modo positivo poiché l'ingresso di un rappresentante della professione nel Consiglio rappresentava una svolta che il sindacato inseguiva dal lontano 1961 (197).

È opportuno sin d'ora osservare come la legge n. 1081 se da un lato rappresentava una conquista di non poco conto giacché riconosceva l'istituzione di una nuova e moderna professione per il mercato del lavoro, dall'altra conteneva dei grandi limiti poiché non era comunque riuscita ad esprimere a pieno le funzioni che l'attività che il consulente del lavoro svolgeva. Infatti, già il disegno di legge n. 1257 rilevava paradossalmente come l'attività professionale del consulente "codificata" dalla legge n. 1081/1964 fosse esemplificativa e non esaustiva (198).

6. Dalla legge n. 1081 del 1964 alla legge n. 12 del 1979: nuove prospettive e "vecchi" problemi.

Nonostante l'approvazione della legge n. 1081, i Consulenti del lavoro ravvisano il bisogno di un ulteriore intervento legislativo volto a riconoscere il loro autorevole ruolo nel mercato del lavoro e nella gestione dei rapporti economici con lo Stato. La legge n. 1081 presentava ancora delle criticità di non poco conto, alcune di carattere lessicale, che legavano la professione ancora alla vecchia figura dei "tenutari", denigrante rispetto al processo di emancipazione che la categoria professionale aveva intrapreso negli

¹⁹⁶ Cfr. *I Consulenti del lavoro entrano nel CNEL*, articolo pubblicato da *OltreNews*, n. 229, edizione del 19 ottobre 2005.

¹⁹⁷ Il presidente nazionale dell'ANCL in carica nel 2005, Roberto De Lorenzis, commentò positivamente la notizia osservando che «è un risultato storico perché l'ANCL, che è nata nel 1953, undici anni prima della nascita dell'ordine dei Consulenti del Lavoro, sin dai primi programmi ha perseguito l'obiettivo dell'ingresso nel CNEL, e siccome il consulente del lavoro si trova ad applicare quotidianamente le norme, con questo ingresso, potrà apportare un contributo significativo soprattutto in termini di chiarezza ed efficienza», cfr. *I Consulenti del lavoro entrano nel CNEL*, cit.

¹⁹⁸ Si legge nella presentazione del d.d.l. n. 1257 del 24 giugno 1965: «la legge n. 1081 del 1964 ha ribadito il concetto della consulenza del lavoro nella tenuta e regolarizzazione dei documenti delle aziende riguardanti materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale, nonché lo svolgimento presso gli istituti previdenziali ed assistenziali, presso gli enti ed uffici competenti, degli adempimenti relativi. Nel silenzio della legge le mansioni dei Consulenti del lavoro vanno però, per necessità, al di là della già complessa competenza, sicché è possibile considerarli i sostituti di 400.000 aziende per tutto quanto riguarda l'amministrazione ed il trattamento previdenziale del personale, calcolato oggi in 3 milioni di unità lavorative».

ultimi anni (199). Altra criticità in termini di identità professionale, era la privazione di un esame di stato e la sussistenza (ancora) della prova teorico-pratica di idoneità e il rilascio della mera autorizzazione, revocabile in qualsiasi momento dall'Ispettorato del Lavoro. Dopo circa dieci anni dall'entrata in vigore, la legge n. 1081 comincia a mostrare i propri limiti in un mercato del lavoro che cambia: in quel decennio, infatti, il legislatore interviene in materia di licenziamenti (cfr. legge n. 604 del 1966) e in materia di diritti sindacali (legge n. 300 del 1970).

In questo contesto, viene presentato un disegno di legge recante le “*Norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro*” (200). Dopo un articolato dibattito parlamentare, la legge viene approvata. La professione sarebbe stata così disciplinata dalla legge 11 gennaio 1979, n. 12.

Le innovazioni apportate dalla nuova disciplina erano diverse. In primo luogo, veniva stabilita una riserva di legge per gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale a favore dei Consulenti del lavoro e dei professionisti indicati all'art. 1. All'art. 3 della legge n. 12 viene stabilito che ai fini del conseguimento dell'abilitazione professionale è necessario effettuare un praticantato e successivamente un esame di stato, in conformità a quanto previsto dall'art. 33 Cost. Altre innovazioni riguardavano l'operatività della professione: era possibile infatti poter custodire i libri e i documenti di lavoro presso lo studio professionale (cfr. art. 5) ed era possibile svolgere l'attività professionale in tutto il territorio nazionale, bastando l'iscrizione ad un solo albo provinciale (cfr. art. 8).

Nonostante la promulgazione della nuova normativa, permaneva il contrasto con le associazioni di categoria, che intanto erano riuscite ad ottenere uno spazio di operatività, seppur minimo, nel nuovo quadro normativo. Infatti, all'art. 1, comma 4 era previsto che «le imprese considerate artigiane ai sensi della legge 25 luglio 1956, n. 860, nonché le altre piccole imprese, anche in forma cooperativa, possono affidare l'esecuzione degli adempimenti di cui al primo comma a servizi o a centri di assistenza fiscale istituiti dalle rispettive associazioni di categoria. Tali servizi possono essere organizzati a mezzo dei consulenti del lavoro, anche se dipendenti dalle predette associazioni».

Da una prima lettura della norma, sembrava che le associazioni di categoria erano libere di scegliere se avvalersi della collaborazione del consulente o meno; ma il Ministero del Lavoro con una lettera-circolare del 16 maggio 1979, n. 5/25617 aveva escluso questa opzione interpretativa ritenendo al contrario che la *ratio* della nuova normativa «consiste(va) solo ed unicamente nella possibilità per le associazioni di categoria di servirsi di consulenti del lavoro dipendenti» e non di una presunta facoltà di potersene anche non avvalere. La reazione del mondo associativo datoriale non tardò ad arrivare. Infatti, nel 1985, giunse al Senato della Repubblica un disegno di legge volto ad interpretare autenticamente l'art. 1 della legge n. 12 del 1979 nella parte in cui

¹⁹⁹ Infatti, l'art. 1 della legge n. 1081 faceva riferimento ancora alla «tenuta e regolarizzazione dei documenti delle aziende riguardanti materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale».

²⁰⁰ Trattasi del d.d.l. n. 1323-A del 13 luglio 1978, avente come relatore l'On. Arturo Pacini e trasmesso alla Camera il 24 luglio 1978 per la discussione e l'approvazione.

prevedeva che le associazioni potessero avvalersi dei servizi dei Consulenti del lavoro (201). La proposta di interpretazione autentica tramite la legge era, infatti, volta a far affermare il principio in base al quale le associazioni di categoria erano esonerate dall'obbligo di avvalersi di Consulenti. Doveva essere, quindi, in facoltà delle predette associazioni di utilizzare le prestazioni dei Consulenti del Lavoro anche come dipendenti.

La proposta di interpretazione autentica non trovò mai approvazione e negli anni aumentarono i controlli del Ministero del Lavoro affinché quanto disposto dalla norma venisse rispettato (202).

Il costante interesse delle associazioni di categoria a non essere escluse dai soggetti istituzionali abilitati alla gestione della documentazione aziendale (in particolare il servizio di *pay-roll*) e a porsi in contrasto con i Consulenti del Lavoro si spiega se si considera che attraverso l'erogazione di questo servizio – che qui si ritiene non di natura sindacale – esse possono avere una costante supervisione dell'andamento del costo del lavoro e delle diverse strutture retributive adottate dalle imprese (203).

6.1. L'art. 1 della legge n. 12 del 1979 e la riserva di legge in materia di consulenza del lavoro.

L'intervento della legge n. 12 non attenuò la conflittualità dei Consulenti del Lavoro con altre categorie professionali. Infatti, i primi avrebbero dovuto continuare ad affrontare la competizione con altre professioni e con le associazioni datoriali (204), non riuscendo ad acquistare del tutto quella "specialità funzionale" nel mercato dei servizi professionali, venendo così a costituire una vera e propria anomalia nel quadro delle libere professioni intellettuali in Italia, al pari dei ragionieri e dei Dottori Commercialisti (205). Complice di questa mancata specializzazione è anche la posizione

²⁰¹ Cfr. d.d.l. n. 1205 del 27 febbraio 1985, proposto dagli On. Sergio Pollastrelli e Roberto Maffioletti.

²⁰² I casi di abusivismo professionale non mancarono negli anni successivi e la giurisprudenza ha svolto un ruolo "ordinatore" per tracciare i confini tra l'attività di consulenza lecita e la configurazione del reato di esercizio abusivo della professione di cui all'art. 348 c.p. (cfr. Cap. II, § 6.1.).

²⁰³ R. POETTO, *Manuale di sviluppo organizzativo per la gestione del personale*, 2014, ed. Giuffrè, p. 220.

²⁰⁴ P. DI MARTINO, M. VASTA, *Discovering the dark heart of Italian capitalism: a perspective from Supreme Court legal cases and business consultants' analyses (1950s-1970s)*, in *Quaderni del dipartimento di economia politica e statistica*, Università di Siena, giugno 2014, n. 698, pp. 16 e 18.

²⁰⁵ D. L. DI SALVO, *Ragioniere e dottore commercialista: una storica diatriba tra differenziazioni ed unificazione*, dattiloscritto, pp. 1 e 9. V. anche M. R. FIORENTINI, *Sviluppo capitalistico e professioni economiche: ragionieri e dottori commercialisti, consulenti del lavoro*, op. cit., p. 264; S. POLI, *La professionalizzazione del dottore commercialista in Italia, dalle origini alla prima metà del Secolo XX, quale processo di interazione tra Stato e professione*, Conference Paper, Università Politecnica delle Marche, dicembre, 2011, spec. p. 14.

assunta dal legislatore, limitatosi a svolgere una funzione di mediazione nelle c.d. “dispute interprofessionali” (206) e talvolta rimanendo inerte.

È sempre stato acceso – e non del tutto risolto – infatti, il dibattito circa la sussistenza o meno di una riserva di legge in favore di questi professionisti per lo svolgimento, come recita l’art. 1, di «tutti gli adempimenti previsti da norme vigenti per l’amministrazione del personale dipendente». Secondo una parte della dottrina la norma non riserverebbe specifiche competenze ai Consulenti del Lavoro vista «l’evanescenza dei confini dell’ambito professionale di questa particolare figura» e «lo scarso grado di definizione dei connotati di talune categorie professionali» (207). Questa posizione veniva assunta anche alla luce dell’orientamento della giurisprudenza penale degli anni Novanta che più volte aveva ribadito che non poteva essere ravvisata la sussistenza del reato di esercizio abusivo della professione in assenza di specifiche disposizioni legislative che riservassero l’esercizio di una determinata attività a dei professionisti iscritti in appositi albi (208).

Ad indebolire il tentativo di argomentare sulla sussistenza di una riserva di legge si aggiungeva la concorrenza prodotta dall’attività di consulenza fiscale, in materia di lavoro, amministrativa e contabile svolta dalle associazioni di rappresentanza imprenditoriale, che più volte si trovarono chiamate in causa per rispondere sulla legittimità del loro operato; contenziosi dai quali tanto l’Ordine dei Consulenti del Lavoro quanto quello dei Dottori Commercialisti ne uscivano sconfitti (209), sia per il

²⁰⁶ Sul ruolo dello Stato nel contrasto tra ordini professionali, v. A. ABBOTT, *The system of professions: an essay on the division of expert labour*, University of Chicago Press, 1988; P. AMSTRONG, *Changing management control strategies: the rate of competition between accountancy and organisational professions*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 10, n. 2, 1985; K. ROBSON, C. H. WILLMOTT, D. J. COOPER, T. PUXTY, *The ideology of professional regulation and the markets for accounting labour: three episodes in the recent history of the UK accountancy profession*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 19, n. 6, 1994. Più di recente, S. POLI, *La professionalizzazione del dottore commercialista in Italia, dalle origini alla prima metà del Secolo XX, quale processo di interazione tra Stato e professione*, op. cit., p. 13.

²⁰⁷ C. VACCA, *Modalità di organizzazione e forme di comunicazione delle professioni economiche: lacune e modelli di sviluppo della disciplina giuridica*, Liuc Papers n. 5, in *Impresa e istituzioni*, n. 1, 1994. L’assenza di prestazioni «tipiche», di competenza esclusiva del consulente del lavoro è rilevata da F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 1991, p. 1 ss.

²⁰⁸ Ad esempio, la consulenza tributaria non era riservata a nessuna delle professioni giuridico-economiche, tanto da poter essere svolta sia dai Consulenti del Lavoro che dai commercialisti; v. sempre F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, op. cit.

²⁰⁹ In due sentenze (cfr. Trib. Bologna, 25 settembre 1987 e Corte d’Appello di Bologna, 7 dicembre 1989), richiamate da F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, op. cit., p. 12, hanno affrontato il tema della prestazione di attività di consulenza a favore dei propri associati da parte di una associazione sindacale dei datori di lavoro. L’attività si concretizzava nella tenuta dei libri paga, delle scritture contabili e nell’attività di consulenza in materia fiscale e contabile. Entrambe le pronunce escludono la riconducibilità della fattispecie giudicata ai divieti stabiliti dalla l. 23 novembre 1939, n. 1815 (la prima legge disciplinante l’attività di consulenza in materia di lavoro) sostenendo che «la citata legge ha posto il divieto di esercizio in forma associata di prestazioni di assistenza e consulenza in materia tecnica, legale e commerciale, limitatamente alle sole professioni protette, per il cui esercizio

mutamento delle posizioni del Ministero del Lavoro in merito (210), sia perché dal quadro legislativo non si poteva desumere per le associazioni di categoria il divieto di poter svolgere attività di consulenza (cfr. Cap. II, § 5.2).

Tuttavia, non sono mancate occasioni per rimarcare che nonostante non vi sia un'esclusiva competenza del consulente del lavoro rispetto agli adempimenti in materia di lavoro, è pur vero che la materia non può essere lasciata al libero gioco del mercato dei servizi. A tal proposito, la Corte di Cassazione ha ravvisato il reato di esercizio abusivo della professione nel caso di una società in accomandita semplice, costituita da un socio non abilitato alla professione e titolare del 99% delle quote e il restante 1% di proprietà di un'associazione di categoria, che svolgeva attività professionale di consulenza del lavoro ritenendo non legittimata «la gestione dei servizi e degli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale [quando] venga curata, non da dipendenti di un'associazione di categoria, cui l'art. 1, comma 4 della legge n. 12 del 1979 eccezionalmente riconosce la possibilità di quella gestione, ma da un soggetto privo del titolo di consulente del lavoro, ovvero non iscritto al relativo albo professionale, che sia socio di una società solo partecipata da una di quelle associazioni di categoria» (211).

La pronuncia della Corte di Cassazione apre una stagione del contenzioso molto importante poiché vengono smascherate tutte quelle organizzazioni offrenti servizi sul mercato pur non essendo abilitati dalla legge. Un caso molto noto è quello affrontato dal Tribunale di Biella, che con sentenza del 4 aprile 2016, n. 251 ha condannato due professionisti non iscritti all'Ordine dei Consulenti del Lavoro poiché esercitavano l'attività professionale di cui alla legge n. 12 del 1979 attraverso un'associazione di promozione culturale che stipulava convenzioni con associazioni datoriali, Centri di assistenza fiscale (CAF) e Centri di elaborazione dati (CED). Il giudice, in più passaggi, richiama l'orientamento della Corte di Cassazione espresso nella sentenza del 28

occorre l'iscrizione in appositi albi. Il divieto medesimo non appare pertanto estensibile a soggetti diversi, in essa non contemplati, quali le associazioni in genere e quelle di categoria in particolare; tanto più quando, come può dirsi della Confesercenti e come risulta dalla consulenza tecnica, si tratti di attività a carattere preminentemente sindacale e solo sussidiariamente tecnico, in rapporto ai servizi offerti, non già da liberi professionisti, ma da personale da essa dipendente».

²¹⁰ Cfr. circolare del Ministero del Lavoro n. 68 del 31 maggio 1965.

²¹¹ Cfr. Cass. Pen. 28 febbraio 2013, n. 9725, in *Bollettino Adapt* dell'11 marzo 2013, n. 9. V. anche A. ASNAGHI, *Centri di categoria e assistenza lavoristica: un commento alla sentenza della Cassazione penale n. 9725/2013*, in *Bollettino Adapt* del 19 marzo 2013. Secondo l'Autore la concessione fatta dal legislatore alle associazioni di categoria rappresenta un'eccezione in senso stretto poiché «di certo non aveva l'intenzione di legittimare ogni e qualsiasi forma, anche la più estemporanea (come nel caso in argomento) di emanazione di servizi da parte delle associazioni». Infatti, l'attività di consulenza, come ricorda l'Autore, può essere svolta solo da quelle associazioni realmente rappresentative e soltanto verso i propri iscritti, come chiarito dal Vademecum sul Libro Unico del Lavoro del 5 dicembre 2008 pubblicato dal Ministero del Lavoro (cfr. punti A. 37 e A. 38). Con questa tale precisazione, l'Autore intende così rafforzare la tesi della sussistenza di una riserva generale di legge a favore dei consulenti del lavoro per lo svolgimento degli adempimenti di cui all'art. 1 della legge n. 12 del 1979.

febbraio 2013, n. 9725 (212). L'impegno dei giudici ha così contribuito a restringere il numero dei soggetti abilitati a prestare consulenza del lavoro.

Tuttavia, un ulteriore contributo volto a rilevare che una riserva in favore dei professionisti potesse sussistere, è pervenuto grazie all'informatizzazione alla standardizzazione degli adempimenti così come definiti dal Ministero del Lavoro, che hanno contribuito notevolmente alla tipizzazione degli adempimenti in materia di lavoro di cui all'art. 1 della legge n. 12 del 1979.

In una recente sentenza del Consiglio di Stato, infatti, sono stati delimitati i campi d'intervento del consulente del lavoro rispetto a quello dei CED. Con la sentenza n. 103 del 16 gennaio 2015, il Consiglio di Stato ha chiarito quale differenza intercorre tra l'attività di consulenza e quella di mero calcolo e stampa delle buste paga, anche alla luce della disciplina comunitaria in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi (213). Nell'attività di consulenza rientra certamente l'adeguamento delle buste paga alle variazioni retributive e normative, poiché un tale intervento presuppone un'attività di contestualizzazione della normativa cui sono sottese valutazioni di carattere tecnico-giuridiche non espletabili in via automatica. Da ciò ne consegue che questa attività può essere espletata solo da un consulente del lavoro abilitato ai sensi dell'art. 9 e incaricato ai sensi dell'art. 1 della legge n. 12 del 1979. I medesimi requisiti sono richiesti per l'assolvimento degli adempimenti presso gli uffici dello Stato preposti al controllo e alla contabilità in materia di lavoro (istituti previdenziali, assicurativi, Direzione territoriale del lavoro, Agenzia delle Entrate, ecc.), nonché l'attività di consulenza nell'espletamento degli accertamenti ispettivi (214).

Queste attività presentano caratteri di complessità, che non si esauriscono nel mero compimento di operazioni materiali di calcolo – attività compilativa che invece può limitarsi a svolgere un CED – ma che presuppongono lo svolgimento di attività di carattere intellettuale richiedente il possesso di specifiche cognizioni lavoristico-previdenziali riservate ai professionisti abilitati. Si iniziano così a “stabilizzare” i

²¹² Nella sentenza il giudice prende atto del fatto che «la Cassazione più volte intervenuta in materia ha statuito che sussistono gli estremi del reato di esercizio abusivo di una professione laddove la gestione dei servizi e degli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale venga curata, non da dipendenti di un'associazione di categoria, cui l'art. 1, comma 4 della legge n. 12 del 1979 (contenente le norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro) eccezionalmente riconosce la possibilità di quella gestione, ma da un soggetto privo del titolo di consulente del lavoro, ovvero non iscritto al relativo albo professionale, che sia socio di una società solo partecipata da una di quelle associazioni di categoria».

²¹³ Cfr. G. BUSCEMA, *Consulenti del lavoro e CED: il Consiglio di Stato traccia i confini*, in *Quotidiano Ipsosa*, 31 gennaio 2015. Il Consiglio di Stato, infatti, ricorda che la disciplina nazionale appare compatibile in quanto da un lato la libertà di stabilimento, ai sensi dell'articolo 49 del TFUE impone a ciascun Stato membro di applicare nei confronti del professionista di altro Stato membro che intende esercitare tale diritto le medesime condizioni di accesso e di esercizio previste per gli operatori nazionali e non anche condizioni diverse o di maggior favore.

²¹⁴ Sul punto, v. R. DE LUCA, *La consulenza del lavoro ai consulenti del lavoro*, in *Gli Approfondimenti della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro*, 26 gennaio 2015.

confini tra ciò che è riservato alla professione di consulente del lavoro e ciò che non vi rientra.

E' importante ricordare, inoltre, che nonostante il superamento delle perplessità circa una precisa identificazione dei contenuti dell'attività professionale del consulente del lavoro, grazie anche all'attività interpretativa del Ministero del Lavoro, come meglio si dirà, sono state sollevate perplessità circa la configurazione del reato di esercizio abusivo della professione di cui all'art. 348 c.p. in quanto a fronte del continuo mutamento degli "adempimenti" in materia di lavoro, sarebbe stato complesso stabilire cosa rientri nell'art. 1 della legge n. 12 del 1979 e cosa ne resterebbe fuori, ponendo grossi problemi di coordinamento con il *principio di tassatività*, principio cardine dell'ordinamento penale italiano. Senonché, tanto la dottrina ⁽²¹⁵⁾ quanto il Ministero del Lavoro ⁽²¹⁶⁾ hanno osservato al riguardo che l'art. 348 c.p. è una norma penale in bianco il cui precetto si completa, di volta in volta, con i contenuti descrittivi delle caratteristiche delle singole professioni ⁽²¹⁷⁾; contenuti che inevitabilmente mutano rispetto al cambiamento e alle nuove tecnologie impiegate dalla Pubblica Amministrazione ma che non cambiano la "sostanza" della funzione e del metodo di lavoro, giacché il costo del lavoro è determinato sempre dai contratti collettivi.

6.2. Le posizioni del Ministero del Lavoro e le nuove criticità in merito alla (esclusiva) funzione garantista del consulente del lavoro per la validazione delle dimissioni del lavoratore.

Come già accennato, con l'informatizzazione degli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza, il legislatore, attraverso l'art. 1, commi 1880-1885 della legge n. 296 del 2006, ha introdotto una serie di comunicazioni obbligatorie da rendere attraverso i sistemi informatici della Pubblica Amministrazione. Tali comunicazioni possono essere presente o dal datore di lavoro o dai "soggetti abilitati", così come definiti dal Decreto Interministeriale del 30 ottobre 2007 e dalla nota circolare del Ministero del lavoro del 21 dicembre 2007, n. 8371, tra i quali vi sono i Consulenti del Lavoro «iscritti all'albo e abilitati, ai sensi degli articoli 1, comma 1 e articolo 2, comma 1, della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a compiere per conto di qualsiasi datore di lavoro tutti gli adempimenti previsti da norme vigenti per l'amministrazione del personale dipendente» ⁽²¹⁸⁾. In questo caso, sebbene il professionista concorra con altri

²¹⁵ P. RAUSEI, *Consulenza del lavoro: comunicazione obbligatoria e sanzioni per l'abusivismo*, in *DPL*, 2018, n. 22, pp. 1355-1360, spec. 1358.

²¹⁶ Cfr. lettera circolare del Ministero del Lavoro, n. 1665 del 13 novembre 2003.

²¹⁷ Sul punto, v. anche Cass. Pen., Sez. VI, 11 luglio 2001, n. 448; Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 49.

²¹⁸ Sono inoltre ricompresi i datori di lavoro privati, gli enti pubblici economici e le pubbliche amministrazioni, quando effettuino direttamente o a mezzo di propri dipendenti le comunicazioni; le agenzie di somministrazione, quando effettuino direttamente o a mezzo di propri dipendenti le comunicazioni relative ai lavoratori somministrati; gli avvocati e procuratori legali, i dottori

soggetti, sono state escluse le società di servizi e i CED poiché si riconosce la complessità dell'operazione, richiedente una specifica professionalità.

Senonché, dopo qualche anno dall'emanazione della circolare, il Ministero del Lavoro, con nota del 29 aprile 2010, n. 7857, ha rilevato che, in base al quadro normativo, determinate attività di intermediazione con la Pubblica Amministrazione, relative agli obblighi gravanti sul datore di lavoro in merito ad alcune procedure, possono essere svolte solo dai Consulenti del lavoro. In particolare, il Ministero precisa che a fronte della «crescente “smaterializzazione” delle operazioni relative agli adempimenti di lavoro e previdenza» si sono resi incerti gli «aspetti operativi legati allo svolgimento degli adempimenti medesimi» e il «rispetto delle prerogative dei soggetti a ciò abilitati o autorizzati in quanto le modalità gestionali e di comunicazione telematica dei dati lavoristici e previdenziali possono rendere incerta la reale ed effettiva riconducibilità degli stessi adempimenti ai soggetti tenuti all'inoltro». Occorre quindi sempre accertarsi che «il soggetto che effettua la trasmissione della documentazione lavoristica e contributiva e al contempo [è] “interlocutore” degli Istituti previdenziali e di questo Ministero nei casi di richieste di chiarimenti, integrazioni o correzioni della documentazione trasmessa» sia legittimato «in virtù delle disposizioni della citata L. n. 12/1979» poiché solo i professionisti rientranti nel campo di applicazione della menzionata legge «risultano abilitati alla predisposizione e trasmissione della documentazione relativa agli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, anche mediante strumenti telematici» (219).

Restano così esclusi non dovendosi considerare «abilitati alla predisposizione e trasmissione della documentazione lavoristica e previdenziale quei soggetti che possono svolgere solo adempimenti di natura fiscale, quali i tributaristi e gli esperti tributaristi, i consulenti fiscali, i revisori contabili e i titolari di iscrizione alla CCIAA, salvo che non si tratti di commercialisti o esperti contabili che abbiano provveduto ad informare preventivamente la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio dello svolgimento dell'attività di consulenza del lavoro ai sensi della citata L. n. 12/1979».

Il rigore dell'interpretazione ministeriale lo si rintraccia anche nella risposta all'interpello n. 24 del 30 dicembre 2016 proposto dall'associazione datoriale Confimi-

commercialisti, i ragionieri e periti commerciali; i servizi istituiti dalle associazioni di categoria delle imprese considerate artigiane, nonché delle piccole imprese, anche in forma cooperativa, che abbiano affidato l'esecuzione secondo quanto previsto dal citato articolo 1, comma 4 della medesima l. n. 12 del 1979; le associazioni di categoria delle imprese agricole, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 9-bis, comma 6 della legge 28 novembre 1996, n. 608; le altre associazioni di categoria dei datori di lavoro, secondo quanto previsto dall'articolo 6, comma 1 del d.lgs. 11 dicembre 2002, n. 297; le agenzie per il lavoro, di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e c), d.lgs. 276/2003, per tutte le comunicazioni conseguenti alle assunzioni avvenute a seguito dell'attività di intermediazione; i soggetti promotori dei tirocini.

²¹⁹ La nota fa riferimento in particolare alla trasmissione della seguente documentazione: comunicazione obbligatoria d'inizio del rapporto di lavoro, l'elaborazione e la trasmissione del Libro Unico del Lavoro e dei prospetti informativi relativi ai disabili nonché la trasmissione della documentazione di natura contributiva, DM10, Uniemens e la Certificazione Unica.

Industria, per comprendere se all'interno dell'art. 26, comma 4 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 – normativa che regola la procedura per la presentazione delle dimissioni per via telematica – nell'ambito della locuzione “*consulenti del lavoro*” potessero essere ricompresi gli altri professionisti di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 12 del 1979 (avvocati, dottori commercialisti, ragionieri) nonché i soggetti di cui al successivo comma 4, e cioè le associazioni di categoria. La posizione del Ministero si fonda squisitamente sul dato letterale. Infatti, viene rilevato che «in considerazione del riferimento testuale dell'art. 26, comma 4, ai “*consulenti del lavoro*”, non si ritiene di potere estendere, in via di interpretazione, ad altri professionisti o ad altri soggetti indicati dall'art. 1 della l. n. 12/1979 la competenza a trasmettere telematicamente i moduli relativi alle dimissioni del lavoratore o alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro» in quanto «gli obblighi sanciti dall'art. 26 del d.lgs. n. 151/2015 gravano principalmente sul lavoratore e non possono pertanto essere ricompresi nell'ambito degli adempimenti connessi alla gestione del rapporto di lavoro di esclusiva pertinenza del datore di lavoro, che possono essere pertanto assolti anche dagli altri soggetti di cui alla l. n. 12 del 1979».

In questo interpello, vi è forse più di un'interpretazione letterale. Il Ministero, infatti, sembra riconoscere esclusivamente quel ruolo di terzietà al consulente del lavoro quale professionista posto a garanzia della regolarità dello scioglimento del vincolo contrattuale, nel quale spesso si annidano operazioni contrattuali in frode alla legge.

Alla luce di questa ricostruzione, tenuto conto di un'interpretazione della legislazione orientata in base alle direttive ministeriali, sembra superabile quella dottrina che riteneva evanescente i confini della tipicità dell'attività di consulenza del lavoro (220) poiché l'attuale quadro normativo depone per un'interpretazione che, invece, identifica l'attività tipica della consulenza del lavoro (cfr. Cap. I, § 2) e gli “adempimenti” di cui all'art. 1 della legge n. 12 del 1979, grazie anche ad un contributo significativo per la tipizzazione dell'attività professionale proveniente dal Ministero del Lavoro.

Tuttavia, per mera completezza d'analisi, è opportuno osservare che le attuali tendenze rintracciabili nell'attività sindacale delle libere professioni mostrano che al tentativo del Ministero del Lavoro di tipizzare in via interpretativa le prestazioni della consulenza del lavoro corrisponde la perdurante avversione di alcune realtà associative e libere professioni in favore di essa. Infatti, nella prassi si registra ancora un velato tentativo di aggirare la riserva disposta dall'art. 26, comma 4 del d.lgs. n. 150 del 2015, per delegare a professioni non incluse nella disposizione il potere di raccogliere le dimissioni. Infatti, il 2 ottobre 2017, tra il Comitato Scientifico Gruppo ODCEC Area Lavoro e la Conflavoro PMI (Confederazione delle Piccole e Medie Imprese) è stato stipulato un protocollo d'intesa per offrire «gratuitamente ai Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili iscritti al Comitato Scientifico Gruppo ODECEC Area Lavoro di

²²⁰ C. VACCA, *Modalità di organizzazione e forme di comunicazione delle professioni economiche: lacune e modelli di sviluppo della disciplina giuridica*, op. cit.; F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, op. cit.

raccogliere i moduli di dimissioni o risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, da trasmettere telematicamente nei modi stabiliti dalla legge a cura della stessa Conflavoro Pmi». Sostanzialmente, con questa convenzione, Conflavoro, che è un'organizzazione sindacale rappresentante i datori di lavoro delle piccole e medie imprese, ha delegato la funzione di soggetto abilitato alla raccolta delle dimissioni ai sensi dell'art. 26, comma 4 del d.lgs. n. 151 del 2015 e dell'art. 2 del Decreto Ministeriale del 15 dicembre 2015 ai Dottori Commercialisti.

Il protocollo sembrerebbe illegittimo in quanto l'art. 26, comma 4 prevede che «la trasmissione dei moduli» relativi alle dimissioni del lavoratore «può avvenire anche per il tramite dei patronati, delle organizzazioni sindacali, dei consulenti del lavoro, delle sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro nonché degli enti bilaterali e delle commissioni di certificazione di cui agli articoli 2, comma 1, lettera h), e articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276», previsione ripresa e specificata dall'art. 2 del Decreto Ministeriale del 15 dicembre 2015. In tale quadro, sembrerebbe che i commercialisti non siano autorizzati dalla legge a svolgere una funzione in realtà affidata ad altri organi, come spiega il Ministero anche nell'interpello n. 24 del 30 dicembre 2016.

Il protocollo d'intesa prevede che il professionista che raccoglie le dimissioni del lavoratore le trasmetta all'organizzazione sindacale delegante (in questo caso, Conflavoro PMI), che a sua volta curerà la pratica telematica sul portale del Ministero del Lavoro per validare le volontà di un lavoratore in realtà mai incontrato di persona. Infatti, è possibile desumere dai riferimenti normativi l'obbligo di riconoscimento del lavoratore a carico del soggetto abilitato ad operare sul portale del sito ministeriale e non pare possibile ipotizzare che la compilazione del modulo sia fatta da un soggetto terzo delegato dal soggetto abilitato. Questa procedura, se riconosciuta come viziata, dovrebbe risultare nulla, conseguendone allora l'inefficacia delle dimissioni e la connessa possibile pretesa del lavoratore di considerare il rapporto di lavoro come mai risolto (221).

²²¹ Per ulteriori rilievi critici in merito, sia consentito il rinvio a G. PIGLIALARMI, *Alcune perplessità sul protocollo sottoscritto da ODCEC Area Lavoro e Conflavoro*, in *Il Consulente Milleottantuno*, n. 372, 2018, pp. 3-4. Le considerazioni sull'illegittimità della procedura così come disciplinata dal protocollo fanno leva anche sul dettato normativo dell'art. 26 del d.lgs. n. 151 del 2015 che delega al Decreto Ministeriale il compito di stabilire le modalità di trasmissione dell'atto (che a sua volta non contempla nessuna ipotesi di delega) ed individua in modo tassativo i soggetti abilitati. Infatti, l'elenco dei soggetti di cui all'art. 26, comma 4 del d.lgs. n. 151 del 2015 e all'art. 2 del Decreto Ministeriale del 15 dicembre 2015 appare tassativo. La tassatività dell'elenco è ricavabile anche da una serie di documenti prodotti dagli organi ministeriali. In particolare, con nota n. prot. n. 33-5456, il 5 ottobre 2016 il Ministero del Lavoro ha chiarito che l'attività del soggetto abilitato alla raccolta della volontà di dimettersi da parte del lavoratore deve avvenire nelle sedi dei soggetti abilitati; mentre con nota n. prot. 33-5499, il 6 ottobre 2016 il Ministero ha precisato che l'identificazione del lavoratore deve essere fatta a cura del soggetto abilitato per legge.

6.3. Brevi cenni sulle competenze del consulente del lavoro in materia fiscale.

L'attività del consulente del lavoro si è estesa, grazie all'intervento legislativo, anche all'area della consulenza in materia contabile e fiscale, oltre che quella tributaria, non coperta da nessuna riserva di legge in favore di altre professioni (222).

Infatti, con il d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, è stata riconosciuta la possibilità al consulente del lavoro di svolgere la funzione di rappresentanza tecnica davanti alle commissioni tributarie, consentendo così al professionista di redigere e discutere ricorsi aventi ad oggetto questioni giuridiche relative a qualsiasi tributo. Importanti sviluppi giungono con il d.lgs. 28 dicembre 1998, n. 490, che ha attribuito al consulente del lavoro la funzione di rilascio del visto di conformità e asseverazione dei dati contabili delle aziende (223), e con la legge 28 maggio 1997, n. 140 e il relativo Decreto Ministeriale 27 marzo 1998, n. 235, che hanno assegnato al consulente del lavoro la funzione di verifica in capo alle aziende della sussistenza delle condizioni ai fini della concessione delle agevolazioni a sostegno dell'innovazione industriale.

Coerentemente con l'ipotesi di ricerca precedente delineata (Cfr. Cap. I), volta ad indagare sul ruolo del consulente del lavoro in relazione alla trasformazione che sta attraversando il diritto del lavoro e le sue funzioni, sono state elencate solo alcune delle competenze che il consulente del lavoro ha in campo fiscale, ossia quelle che meglio si innestano con l'idea di una professione che debba svolgere un ruolo di prevenzione e di tutela della concorrenza tra le imprese operanti in un determinato mercato (224).

E proprio questa funzione sta acquisendo una posizione rilevante; infatti, di recente è stato riconosciuto che l'intento del legislatore di riconoscere competenze in materia fiscale al consulente del lavoro risiede nel fatto che «il costo del lavoro ha ormai raggiunto una percentuale talmente alta nel bilancio aziendale da risultare di gran lunga la voce più elevata tra i costi affrontati dall'imprenditore» (225). Un costo la cui

222 Il tributarista, infatti, non è una professione regolamentata in Italia. Tuttavia, si fa presente che ai sensi della legge 14 gennaio 2013, n. 4, si sono costituite diverse associazioni tra le quali l'Associazione Nazionale dei Consulenti Tributaristi (ANCOT), l'Associazione Tributaristi Italiani (ATI), l'Associazione Nazionale Tributaristi Italiani (ANTI), l'Istituto Nazionale Tributaristi (INT) ed infine l'Associazione Nazionale Tributaristi LAPET, che nel 2017 ha anche sottoscritto un CCNL per i dipendenti degli studi professionali tributaristi, revisori legali e società di revisione con l'organizzazione sindacale Cisl, sostenendo che queste attività professionali non rientrano nel campo di applicazione del CCNL sottoscritto da Confprofessioni.

223 Resta esclusa la possibilità per il consulente del lavoro in qualità di libero professionista di certificare il bilancio e le scritture contabili delle società quotate in borsa, assoggettate invece alle società di revisione iscritte all'apposito albo della Consob.

224 Infatti, per ulteriori approfondimenti in campo fiscale, v. *Competenze in materia fiscale dei Consulenti del Lavoro*, circolare della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, nonché D. FIORI, *Le competenze dei consulenti del lavoro in materia tributaria*, E-book Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, 2016.

225 Cfr. Atti del Congresso Nazionale dei Consulenti del Lavoro del 2017, *I Nuovi scenari della professione tra opportunità e regole*, p. 52.

determinazione in base alle fonti di legge (statali ed extra-statali), il calcolo e la gestione è demandata proprio al consulente del lavoro.

7. Prime osservazioni conclusive sull'attualità della funzione del consulente del lavoro.

All'esito della ricostruzione storico-giuridica delineata nei paragrafi che precedono, vi è un aspetto sullo sfondo della narrativa ricostruttiva da non sottovalutare, che più o meno in modo accentuato, è stato rimarcato in tutte le stagioni di riforma che hanno interessato la professione: l'esigenza di dare certezza ed effettività alle disposizioni in materia di legislazione sociale. La nascita di questa professione, infatti, è intrinsecamente collegata alla suddetta esigenza (226). La funzione del consulente del lavoro, quindi, aveva e ha come risvolto quello di tutelare la concorrenza tra le imprese e i lavoratori attraverso l'applicazione generalizzata delle norme di legge e della contrattazione collettiva. Connesso a questo aspetto, un ulteriore dato che emerge dall'analisi è quello relativo all'irrilevanza dell'efficacia *erga omnes* delle disposizioni del contratto collettivo rispetto alle problematiche che attualmente presenta la regolazione del mercato del lavoro. Infatti, se ad oggi è di rilievo la funzione del consulente del lavoro in un sistema di relazioni industriali come quello italiano, basato interamente sulla libertà contrattuale del diritto privato, sul mutuo riconoscimento e sulla libertà sindacale tanto positiva che negativa (ossia la libertà di non aderire a nessuno dei sistemi contrattual-collettivi), tanto più lo era quando la categoria professionale ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento con la legge 23 novembre 1939, n. 1815. Scopo di quella legge, infatti, come più volte ricordato, era quello di frenare gli abusi connessi al consolidamento del sistema previdenziale e all'entrata in vigore delle prime legge volte a regolare i rapporti di lavoro. Alla luce di questa considerazione, è possibile comprendere come il rapporto tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale, seppur variabile nel tempo perché influenzato dall'assetto del primo sul secondo, necessiti costantemente di un "organo ponte", in grado di far veicolare tutele e regole nel mercato del lavoro.

Ad incrementare la necessità e il bisogno di una consulenza specifica in materia di lavoro è stata anche la crescente domanda, a partire dagli anni Novanta, di esternalizzazione di alcuni dei servizi integrati dell'impresa, tra i quali il rapporto con gli enti previdenziali, la gestione delle politiche retributive e la contrattualistica. Il crescere di questo bisogno ha contemporaneamente indotto il professionista in questione a migliorare le proprie conoscenze tecniche e a consolidare il percorso di studi poiché era sempre più evidente la necessità di una qualificazione tecnico-professionale di

²²⁶ Cfr. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 11.

carattere anche intellettuale in materia di legislazione sociale (227) poiché egli opera tuttora «in un contesto fortemente influenzato da repentini e, talora, strutturali mutamenti economici, politici e giuridici» che influenzano l'utilizzo e talvolta anche la struttura degli «strumenti giuridici contrattuali e di gestione dei conflitti di lavoro» (228).

Un problema non del tutto marginale è stato anche quello di inquadrare giuridicamente la professione. In particolare, sebbene sia stata fin da subito chiara la funzione che dovesse svolgere il consulente del lavoro, non è stata del tutto pacifica la sussistenza di una specialità del professionista poiché è stata rilevata la mancanza di “tipicità” delle prestazioni professionali (229), a causa della presenza nel mercato dei servizi alle imprese di soggetti che cumulano funzioni e competenze paritetiche e concorrenti a quelle del consulente del lavoro; una “concorrenza” che vede al centro del sistema, oltre che le associazioni di categoria, anche altri professionisti, i cui ambiti non sono mai stati limitati dagli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo per disporre la regolamentazione della professione di consulente del lavoro (230).

Tuttavia, è da notare come in tempi più recenti, la tecnica legislativa sia mutata rispetto al passato. Infatti, il legislatore, in diverse disposizioni di legge (231), attribuisce esclusivamente al consulente del lavoro – e non ad altri professionisti che possono svolgere la medesima professione pur appartenendo ad un altro albo – determinate funzioni. Un'interpretazione letterale e quindi rigorosa della norma viene favorita anche dal Ministero del Lavoro che sembra preferire l'interlocuzione con un solo professionista “intermediario”, cioè il consulente del lavoro (232).

Nonostante ciò, come più volte ricordato, la concorrenza con le altre professioni persiste e questa è spesso oggetto di scontro, soprattutto per quelle aree del mercato dei servizi alle imprese non ancora soggette a riserva di legge in favore di una determinata categoria professionale; o, al contrario, per l'inclusione di una categoria professionale nel mercato di pertinenza dell'altra. È da notare che mentre le due professioni liberali

227 Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Le professioni regolamentate e il consulente del lavoro nella recente evoluzione normativa*, in A. TONARELLI, S. VICIANI (a cura di), *Le professioni intellettuali tra diritto e innovazione*, ed. Pacini, 2015, Firenze, p. 139.

228 Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Le professioni regolamentate e il consulente del lavoro nella recente evoluzione normativa*, op. cit., p. 149.

229 Cfr. C. VACCA, *Modalità di organizzazione e forme di comunicazione delle professioni economiche: lacune e modelli di sviluppo della disciplina giuridica*, op. cit.; F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, in *Contratto e impresa*, op. cit.

230 Come è noto, tanto nella legge n. 1815 del 1939, tanto nella legge n. 12 del 1979, era ed è consentito agli avvocati e ai commercialisti, previa comunicazione all'Ispettorato del Lavoro, la possibilità di poter svolgere la professione di consulente del lavoro. Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Le professioni regolamentate e il consulente del lavoro nella recente evoluzione normativa*, op. cit., p. 154.

231 Trattasi dei seguenti riferimenti normativi: art. 26, comma 1 del d.lgs. n. 151 del 2015; art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012; art. 1, comma 4 del Decreto Ministeriale del 5 maggio 2004; art. 13 del Decreto Ministeriale del 23 dicembre 2003; artt. 4, comma 2 e 6, comma 4 del d.lgs. 276 del 2003.

232 Sull'impossibilità di riconoscere alcune funzioni anche ad altri professionisti di cui alla legge n. 12 del 1979, v. la risposta del Ministero del Lavoro all'interpello n. 24 del 30 dicembre 2016 proposto da Confimi in materia di dimissioni (cfr. art. 26, comma 1 del d.lgs. n. 151 del 2015).

economico-giuridiche del sistema – il commercialista e l’avvocato – hanno sempre potuto esercitare l’attività di consulenza del lavoro, non è altrettanto vero che il consulente del lavoro ha potuto prestare consulenza fiscale e tributaria alle imprese, nonché la consulenza legale in materia di lavoro autonomo (233). Infatti, sono conquiste che la categoria professionale ha ottenuto dopo una serie di battaglie sindacali e culturali. Sennonché, di recente, all’annuncio dell’inserimento del consulente del lavoro come curatore fallimentare nel progetto di riforma della normativa in materia di crisi d’impresa (234), si è contrapposta la dura reazione dell’Ordine dei Dottori Commercialisti, che non ha mancato di notare come questa categoria professionale sia sprovvista di un percorso di studi idoneo a poter conferire delle competenze per la gestione delle crisi d’impresa (235). Essendo queste accuse prive di fondamento, poiché dal 2006 il percorso formativo per accedere tanto alla professione di commercialista che di consulente del lavoro è stato parificato, si comprende bene che il problema è tutto “economico” e quindi connesso all’aumento della concorrenza nel settore.

Le medesime problematiche si sono riscontrate quando si sono incrociati gli interessi professionali dei Consulenti del Lavoro con quelle degli avvocati giuslavoristi. Infatti, questi ultimi hanno cercato di proporre una revisione della legge n. 12 del 1979 per razionalizzarne i contenuti con l’ottica di aprire l’attività di consulenza anche agli avvocati e ai commercialisti, includendoli nei molteplici rinvii che la legge ha disposto a favore dei Consulenti del Lavoro (236). Tra le due categorie professionali, peraltro, vi è sempre stata una frizione in termini di competenze ed interessi. Infatti, con le recenti riforme in materia di consulenza legale e negoziazione assistita nei rapporti di lavoro

²³³ Cfr. Cass. Pen. 15 aprile 2003, n. 17921. Con questa sentenza, la Suprema Corte, sul presupposto che i Consulenti del Lavoro abbiano competenza solo in materia di redditi di lavoro dipendente, ha ritenuto applicabile l’art. 348 c.p. al consulente che forniva assistenza fiscale a lavoratori autonomi e società, di competenza invece del commercialista.

²³⁴ Un tale riconoscimento alla categoria professionale è stato sostenuto e voluto dal Presidente del Consiglio, Prof. Avv. Giuseppe Conte, come annunciato alla cerimonia dei quarant’anni dall’entrata in vigore della legge n. 12 del 1979; cfr. V. UVA, *I consulenti del lavoro entrano nell’albo dei curatori fallimentari*, in *Il Sole24ore*, 12 gennaio 2019, p. 18; M. DAMIANI, *Crisi ai consulenti del lavoro*, in *ItaliaOggi*, 12 gennaio 2019, p. 27; *Crisi d’impresa, le nuove regole*, in *La Nazione*, 24 gennaio 2019, p. 13.

²³⁵ I comunicati diffusi dall’Ordine e dalle diverse associazioni sindacali per accogliere in chiave critica questa scelta sono stati diversi, tra i quali il comunicato stampa dell’Unione Nazionale Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *Il governo del cambiamento non premia merito e competenze*, in *Quotidiano Ipsoa*, 12 gennaio 2019 e il comunicato dell’Associazione dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili Sindacato Nazionale Unitario, *Re-azione*, 14 gennaio 2019.

²³⁶ Cfr. Lettera al Ministro del 1° agosto 2018 a cura di A. Bottini, Presidente Nazionale dell’Associazione Giuslavoristi Italiani (AGI), nonché il comunicato stampa in merito dell’ordine Nazionale dei Consulenti del Lavoro, *Giù le mani dalla legge 12/79*, 2 agosto 2019. V. anche M. PRIOSCHI, *Scontro tra giuslavoristi e consulenti sugli ambiti di attività*, in *Quotidiano del lavoro*, 3 agosto 2018; M. PRIOSCHI, *Agì, per la consulenza del lavoro applicazione della legge 12/1979*, in *Quotidiano del lavoro*, 6 agosto 2018.

(seppure quest'ultima ha avuto vita breve) (237), i giuslavoristi e i Consulenti del Lavoro si sono trovati a dover stabilire l'uno il perimetro dell'altro, non avendo un quadro normativo del tutto limpido. Infatti, è proprio sulla consulenza legale giuslavoristica che si sono aperti nuovi scenari. Da un lato, con l'entrata in vigore della legge n. 247 del 2012, si sono delineati diversi assetti degli spazi di competenza tra giuslavoristi e Consulenti del Lavoro grazie all'introduzione dell'art. 2, comma 6, che nel prevedere un'espressa riserva di legge in favore dell'avvocato, stabilisce – con una formulazione alquanto particolareggiata – che «fuori dai casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati». Dall'altro, il sindacato dei Consulenti del Lavoro – l'ANCL – attraverso il rinnovamento del proprio statuto, ha rivendicato un ruolo specifico nell'attività di consulenza legale in materia di diritto del lavoro (238).

Come è stato osservato, l'art. 2 comma 6 della legge 247 del 2012 è soggetto ad una variegata interpretazione; «infatti, se si considera che potenzialmente ogni questione è suscettibile di divenire oggetto di controversia, è difficile stabilire a priori quando una consulenza possa ritenersi connessa ad un'attività giurisdizionale» (239).

Richiamando in causa l'insegnamento classico (240), tuttavia, è possibile precisare che mentre la funzione consulenziale per l'esercizio del diritto di difesa spetta senza

²³⁷ Come osservato da M. FERRARESI, *L'incidenza della deontologia e dell'ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*, in *DRI*, 2016, n. 4, p. 1052 e ss., spec. nota 11, mentre gli avvocati giuslavoristi hanno accolto positivamente l'introduzione nell'ordinamento della negoziazione assistita in materia di lavoro nel d.l. n. 132 del 2014, nonostante la mancata conversione in legge, altalenante è stata «la posizione del Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, che dapprima ha domandato l'estensione della negoziazione assistita alla categoria (si veda la lettera del Presidente del Consiglio dell'Ordine al Ministro della giustizia, 9 settembre 2014, in www.consulentidellavoro.it), condividendo «pienamente le finalità perseguite da tale disposizione che intende in concreto aumentare il numero delle sedi deputate a raccogliere la “volontà assistita”, per validare le rinunzie dei diritti dei lavoratori dipendenti»; poi ha esternato la propria soddisfazione per l'espunzione nella legge di conversione, «perché la tutela dei diritti indisponibili non può che essere affidata a chi detiene la terzietà» (dichiarazione del Presidente 13 ottobre 2014, in www.consulentidellavoro.it)».

²³⁸ All'art. 2, comma 1, lett. i) e lett. l), del nuovo Statuto dell'ANCL è previsto che l'Associazione si prefigge lo scopo di «essere riferimento nell'interpretazione della normativa giuslavoristica e tributaria» non ché di «favorire la collaborazione con altri organismi quali Università, Fondazioni studi, organizzazioni di rappresentanza, per lo studio, la ricerca, l'interpretazione in materia giuslavoristica, previdenziale, tributaria, del diritto d'impresa e su tutti i temi di interesse professionale per gli associati».

²³⁹ F. DEGL'INNOCENTI, *Le professioni regolamentate e il consulente del lavoro nella recente evoluzione normativa*, op. cit., pp. 156-157.

²⁴⁰ C. CAVAGNANI, E. CALDARA, *voce Avvocati e Procuratori*, in *Digesto italiano*, cap. IV, p. II, Torino, ed. Utet, 1899, p. 621 e ss.

ombra di dubbio all'avvocatura ⁽²⁴¹⁾, la consulenza giuridica non finalizzata al contenzioso può rientrare tra le attività professionali di altri specialisti di un determinato settore perché, salvo il caso in cui la professione non debba tutelare attraverso la propria funzione valori e principi d'interesse generale ⁽²⁴²⁾, il sistema degli ordinamenti professionali deve essere orientato dai principi della libera concorrenza, dovendosi così escludere un'interpretazione delle norme di legge volta a ritenere la sussistenza di spazi di esclusiva competenza per tutelare particolari interessi di una sola categoria professionale ⁽²⁴³⁾.

Ed è proprio su questi presupposti che riprendiamo l'ipotesi di ricerca che ci siamo proposti di indagare: il ruolo del consulente del lavoro per la corretta ed effettiva applicazione delle norme di legge in materia di lavoro e della contrattazione collettiva (cfr. Cap. I, § 2 e 3). L'art. 2, comma 6 della legge n. 247 del 2012 ha di fatto aperto l'ipotesi di una consulenza legale specialistica in materia di lavoro; una consulenza di carattere preventivo e non mirata al contenzioso, nonché la possibilità per il consulente del lavoro di assistere lavoratori e imprese nelle fasi di conciliazione e di stipula di accordi transattivi. Questa tendenza si registra anche con le più volte menzionate disposizioni in materia di licenziamento ⁽²⁴⁴⁾ che riconoscono al consulente del lavoro un ruolo specialistico. Si comprende, allora, come l'ipotesi precedentemente formulata non è solo un'intuizione di carattere sistemico e strategico; ma trova anche riscontro nella recente legislazione che, in virtù dell'importanza della funzione del lavoro nell'ordinamento, riconosce nel consulente del lavoro una professione capace di orientare alla legalità le scelte e l'esercizio dei poteri e dei diritti delle parti, attraverso l'attività di consulenza legale specialista.

Ed è questa funzione che ci consente di riprendere le problematiche esposte in apertura. Il diritto del lavoro, volto a regolare la concorrenza nel mercato tra i lavoratori, ha la funzione di stabilire una regola comune minima, inderogabile. Le criticità

²⁴¹ In questo caso, infatti, la riserva di legge in favore degli avvocati costituisce un'eccezione rispetto ai principi del libero esercizio della professione di matrice anche europea, giustificata dalla sussistenza di un interesse generale dell'ordinamento alla tutela di principi costituzionalmente protetti, quali il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* attraverso una rappresentanza tecnica adeguata; cfr. V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2012, n. 1, pp. 126-167, spec. pp. 132-133; F. DEGL'INNOCENTI, *Le professioni regolamentate e il consulente del lavoro nella recente evoluzione normativa*, op. cit., p. 157. In giurisprudenza, cfr. Corte Cost., 21 luglio 1996, n. 418; Corte Cost., 21 giugno 1999, n. 5; Cort. Giust., 6 settembre 2012, C-422/11P e C-423/11P (trattasi di cause riunite in un solo giudizio, promosse da un'associazione di Consulenti del Lavoro polacchi).

²⁴² Il diritto ad una adeguata difesa e rappresentanza tecnica nel processo è uno dei principi fondamentali della Costituzione Italiana (cfr. art. 24 Cost.).

²⁴³ Cfr. Cass. 11 giugno 2008, n. 15530. Tuttavia, come osservato da C. CAVAGNANI, E. CALDARA, op. cit., occorre prestare sempre la dovuta attenzione quando nell'attività di consulenza in un determinato ramo del diritto – come nel nostro caso fa il consulente del lavoro – si forniscono indicazioni operative di carattere giuridico, assicurandosi di essere versati nella materia per studi ed esperienza.

²⁴⁴ Cfr. art. 7 della legge n. 604 del 1966 così come modificato dall'art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012, nonché l'art. 6 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 in materia di conciliazione (cfr. art. 76, comma 1, lett. c)-ter del d.lgs. n. 276 del 2003).

maggiori di questo sistema, come più volte illustrato, hanno a che fare con la scarsa applicazione – dipendente talvolta da un debole sistema di controllo dell’ordinamento statale, talvolta dalla mancata instaurazione di processi per mancanza di risorse o di scarsa convenienza economica – delle norme e delle disposizioni della contrattazione collettiva, che, come noto, presenta dei limiti a causa della natura privatistica delle stesse, nonostante il frequente rinvio che il legislatore dispone nei suoi confronti per la regolazione del mercato del lavoro. In questo panorama, la funzione del consulente del lavoro, quale esperto in discipline giuridiche del lavoro, è finalizzata a “normalizzare” un mercato esposto ad un sistema giuridico instabile, a causa della presenza di norme “alternative” a quelle consolidate tra l’ordinamento statale e quello intersindacale, che favoriscono l’alterazione della concorrenza tra la forza lavoro. La *contrattazione pirata*, infatti, è una delle piaghe moderne del mercato del lavoro, che attraverso l’abbattimento del costo del lavoro, sia diretto ed indiretto, altera una delle condizioni principali della produzione.

Questa tendenza è favorita, oltre che da un fragile sistema normativo, anche dall’attuale assetto del sistema economico e produttivo, che non vede più al centro un mercato nazionale ma, al contrario, globale. Il diritto del lavoro, quindi, perde uno dei suoi pilastri identitari – lo Stato nazione – per aprirsi a dinamiche diverse e molto più ampie (245). Senonché, in dottrina non è mancato chi ha osservato come davanti al fenomeno del *dumping sociale* attraverso l’utilizzo della clausola generale della buona fede e il costante bilanciamento dei valori in gioco, l’integrazione tra la giurisprudenza delle varie corti dei diversi paesi potrebbe riuscire ad «imporre al capitale l’assolvimento anche di una funzione sociale» (246). Sebbene la prospettiva sia ottimista, il rischio è duplice. Infatti, non è immediato e di agevole attuazione un coordinamento tra i tribunali del lavoro dei tanti paesi nei quali sono delocalizzate le imprese, a causa della diversità di contesto e di impianto normativo, oltre che subordinato alla crescita del contenzioso, non sempre accessibile, per costi ed esigenze, a tutta la forza lavoro.

Inoltre, non è da escludere che il tentativo di avvicinamento dei vari ordinamenti giudiziari potrebbe, al contrario, mettere ancora di più in risalto le differenze di carattere ordinamentale e favorire ancora di più il c.d. *law shopping* (247). La funzione del consulente del lavoro, al contrario, è quella di inquadrare, preventivamente e conformemente alla legge statale e sindacale, l’instaurazione e la gestione del rapporto di lavoro, con evidenti riflessi positivi sul mercato del lavoro.

²⁴⁵ Su questo aspetto, v. il più volte citato M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d’identità?*, op. cit., p. 275 e ss.

²⁴⁶ R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, op. cit., p. 209.

²⁴⁷ Cfr. R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, op. cit., p. 209. L’Autore è consapevole di questo rischio evidenziando che un coordinamento tra le varie corti del lavoro potrebbe «concretizzare un effetto moltiplicatore della concorrenza tra ordinamenti».

Tuttavia, all'interno del mondo della consulenza del lavoro si evidenzia anche un'altra tendenza: quella di volersi rendere autonomo soggetto di rappresentanza per le piccole e medie imprese, difficilmente rintracciabili dall'azione sindacale di rappresentanza svolta dalle associazioni dei datori di lavoro. In Italia, sono molte le imprese che applicano il contratto collettivo di un determinato settore, pur non essendo iscritte alle associazioni che lo stipulano. A svolgere la funzione di applicazione, interpretazione e gestione del contratto è il consulente del lavoro, che in questa ipotesi rappresenta il "soggetto prossimo" all'impresa (248). In questa prospettiva, egli svolge una funzione di rappresentanza degli interessi dell'impresa, anche nelle fasi di negoziazione di accordi aziendali con le organizzazioni sindacali per la stipulazione di deroghe al contratto collettivo nazionale e per esercitare deleghe da questo previste. Alla luce di ciò e coerente con un'idea che vede il professionista come consulente legale specialista in materia di lavoro, l'ANCL ha rivendicato tale funzione inserendo all'interno del nuovo statuto associativo la possibilità di «essere promotrice, su base nazionale, della creazione di nuove associazioni e sistemi di rappresentanza del mondo delle imprese e delle attività economiche organizzate» nonché di «essere promotrice della creazione di nuovi soggetti giuridici finalizzati al raggiungimento degli scopi associativi» (249).

248 Di una tale tendenza, ne dà atto l'ultimo rapporto del CENSIS sulla professione del consulente del Lavoro, *Crescita e consolidamento nel futuro dei Consulenti del Lavoro*, 2017, Roma, disponibile su www.consulentidellavoro.it. Nell'ambito di un'indagine sulla funzione del consulente del lavoro, il profilo professionale è stato qualificato da più professionisti intervistati come «un soggetto che garantisce un collegamento efficace fra gli interessi delle imprese, gli interessi dei lavoratori e le norme di legge sul lavoro»; come un «un soggetto che garantisce alle imprese una consulenza qualificata»; o meglio ancora, come «un soggetto che fa parte del sistema fiscale-amministrativo del Paese» (cfr. p. 37). Mentre solo una piccola parte, ha ricondotto la figura professionale ad un soggetto che partecipa alla progettazione delle norme nel mercato del lavoro e ad un professionista che affianca i lavoratori per la tutela dei loro diritti. Vi è quindi una tendenza a configurare il consulente del lavoro o come un intermediario terzo rispetto alle parti oppure come un vero e proprio rappresentante del cliente-azienda. E questo aspetto viene confermato dal dato secondo cui «è rarissimo che le aziende cambino il proprio consulente del lavoro di riferimento» salvo il caso di errori o mancanze significative (cfr. p. 52). Quindi la funzione di rappresentanza si consolida all'interno di un rapporto che il professionista costruisce con il proprio cliente. Il rapporto prosegue illustrando le attuali tendenze della professione: «Assieme alla funzione storica e tipica dell'elaborazione delle buste paghe e dell'espletamento delle procedure amministrative riguardanti il versante lavoristico delle attività aziendali, la professionalità del consulente del lavoro è attivata molto frequentemente per quanto riguarda la contrattualistica del lavoro e, in modo rilevante, la messa a punto dei rapporti in essere in occasione di cambiamenti normativi sempre più frequenti. A tale proposito va segnalato che molte aziende intervistate hanno dichiarato di essere state supportate in occasione dell'emanazione del Jobs Act e dei relativi decreti attuativi». Mentre, sul versante della gestione del personale, il rapporto osserva che questa generalmente non è molto richiesta se non nei casi di modifica dell'assetto aziendale (per fusioni, ampliamento significativo del personale, ristrutturazione dell'organico aziendale etc.), ove peraltro è chiamato a collaborare con altri professionisti. Sul versante delle relazioni industriali, invece, il rapporto segnala che consulenza e partecipazione in merito viene richiesta con minore frequenza, in particolare quando si verificano situazioni critiche (cfr. p. 58).

249 Cfr. art. 2, comma 1, lett. m) e n) dello statuto dell'ANCL.

SEZIONE II

IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO E L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Sommario: **1.** Introduzione. L'ordinamento intersindacale come espressione della sovranità popolare e il ruolo del consulente del lavoro. – **2.** Il *principio di effettività* tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale. – **3.** Dall'ispezione alla consulenza: un parallelismo tra la legge n. 12 del 1979 e il d.lgs. n. 124 del 2004. – **4.** La rilevanza costituzionale della professione di consulente del lavoro. L'ordine professionale come risposta alla crisi del positivismo giuridico.

1. Introduzione. L'ordinamento intersindacale come espressione della sovranità popolare e il ruolo del consulente del lavoro.

In apertura di questo studio, si è prediletto un approccio metodologico che presuppone la concorrenza tra l'ordinamento statale e l'ordinamento intersindacale nella creazione di norme per il governo del mercato del lavoro. Si è anche messo in evidenza che il “canale di comunicazione” (250) tra i due ordinamenti – l'interpretazione giudiziale – ha esaurito il suo ruolo in termini di efficienza (251) dovuto a due principali fattori:

a) il primo, di carattere pragmatico, consistente nell'elevato costo di accesso alla giustizia (252);

b) il secondo, di carattere strettamente giuridico, consistente nell'aver alimentato, sul piano interpretativo e ricostruttivo, un sistema che ha fatto smarrire l'originarietà e quindi l'autorità del fenomeno sindacale come ordinamento autonomo, rinchiudendo nelle strettoie del diritto privato gli atti dell'autonomia collettiva (253).

Si è così ipotizzato che un altro soggetto possa svolgere questa attività di raccordo tra le due fonti, stante il continuo richiamo della legge alla contrattazione collettiva: il consulente del lavoro (cfr. Cap. I, § 2). L'ipotesi di affidare a questo attore istituzionale il compito di garantire la corretta applicazione della legislazione sociale e del lavoro risponde alla necessità di trovare alternative alla crisi che vive la funzione del diritto del lavoro, ossia disciplinare e, per certi, versi paralizzare la concorrenza al ribasso tra i lavoratori, vista anche la crisi del paradigma fondante del diritto del lavoro: la norma inderogabile di legge (cfr. Cap. I, § 2.1).

²⁵⁰ Cfr. G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, op. cit., p. 69.

²⁵¹ Cfr. P. ICHINO, *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, op. cit., p. 407.

²⁵² V. sempre quanto rilevato da M. MISCIONE, V. FILÌ, *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, op. cit., p. 116.

²⁵³ È proprio la debole ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale del fenomeno sindacale sul terreno del diritto privato che ha permesso lo sgretolarsi dell'ordinamento intersindacale in un universo di sistemi contrattuali, fino a dare vita ai c.d. *contratti pirata*.

Nel ricordare che la normativa in materia di lavoro viene co-gestita, attraverso una suddivisione di competenze delineata dal legislatore, tra la legge statale e atti normativi che vengono formati “all’esterno” del procedimento parlamentare, abbiamo individuato come e in che modo il consulente del lavoro possa intervenire per rendere effettivo questo sistema normativo frutto di un’intersecazione di due ordinamenti distinti (cfr. Cap. I, § 3). L’ipotesi ricostruttiva delineata trova un indiretto riscontro normativo: l’art. 1 della legge n. 12 del 1979. Questa disposizione prevede che «tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti, non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell’albo dei consulenti del lavoro». La locuzione “adempimenti in materia di lavoro” porta con sé la complessità di applicare le norme di riferimento. Adempire significa necessariamente confrontarsi con il modello normativo del raccordo tra fonte eteronoma e fonte autonoma (a partire dal contratto di lavoro fino alla lettera di contestazione disciplinare, passando per la gestione della posizione previdenziale). Tuttavia, quale approccio teorico debba adottare il consulente è questione ancora poco chiara. A nostro avviso, solo rileggendo attentamente il fenomeno sindacale attraverso i principi espressi nella Costituzione si può rinvenire un’indicazione di metodo, che ha importanti ricadute anche sul piano pratico e quindi nella fase applicativa del diritto.

L’intuizione di G. Giugni di applicare la teoria del pluralismo ordinamentale di S. Romano all’ordinamento intersindacale non ha raggiunto i risultati attesi rispetto alle premesse: come rilevato prima da G. Vardaro (254) e successivamente da S. Liebman (255), se in un primo momento il modello giugnano ha riconosciuto l’originarietà dell’ordinamento intersindacale rispetto a quello statale, questa si è smarrita «nel momento in cui [Giugni] risolve tale originarietà, per effetto dell’indiretto riconoscimento statale operato dal giudice attraverso l’interpretazione giudiziale, in mera concessione di margini di autonomia, da parte di quest’ultimo, nel proprio ambito» (256). In altri termini, riconoscendo nella giurisprudenza l’unico “canale di comunicazione” attraverso il quale i due ordinamenti possano “dialogare”, si ottiene l’effetto della qualificazione dell’ordinamento intersindacale come ordinamento particolare e di conseguenza il suo riassorbimento in quello generale (e cioè l’ordinamento statale) secondo il consolidato principio gerarchico delle fonti. In questa prospettiva, non si realizzerebbe un «coordinamento orizzontale fra legge e contratto collettivo» (257) perché l’atto dell’ordinamento intersindacale «qualificato alla stregua dell’ordinamento statale» risulterebbe essere un «semplice contratto di diritto privato [...] soggetto al principio di gerarchia delle fonti, con l’inevitabile prevalere della legge

254 G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, op. cit., spec. p. 98.

255 S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell’ordinamento giuridico italiano*, 1986, Milano, ed. Giuffrè, p. 90 e ss.

256 S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell’ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 90.

257 G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, op. cit., spec. p. 102.

su qualsiasi prodotto dell'autonomia privata» (258). Sennonché S. Liebman ha ritenuto che sia possibile sostenere, nel rispetto del diritto dell'ordinamento statale, la sussistenza di una pariteticità con l'ordinamento intersindacale senza incorrere nell'errore di consentire al primo di riaffermarsi sul secondo assorbendone gli atti. Infatti, la riconducibilità degli atti dell'ordinamento intersindacale al diritto privato fatta dalla giurisprudenza non è l'unica forma di comunicazione tra i due ordinamenti.

Secondo l'Autore, un'opzione interpretativa alternativa deve prendere le mosse da una «nozione ampia di sovranità popolare [...] deducibile dal combinato disposto degli articoli 1, 3, 2° comma, 39 e 40 della Costituzione, che induce alla sicura collocazione del principio di libertà sindacale, così come esso è oggi garantito nel nostro ordinamento, fra quei *diritti fondamentali* che garantiscono una natura inequivocabilmente pluralista all'assetto istituzionale complessivo» (259). In questa prospettiva, l'interprete deve tenere conto del fatto che l'ordinamento statale, nel riconoscere la libertà sindacale, non si è impegnato nell'assorbire le «regole del gioco» dell'ordinamento intersindacale al proprio interno ma ha dichiarato di voler rispettare «una realtà fattuale» nell'ambito della quale viene esercitata la sovranità popolare dei cittadini (260). È attraverso questo approccio che S. Liebman arriva ad affermare che «se [...] con l'affermazione del principio di libertà sindacale la Costituzione ha inteso ampliare il contenuto tradizionale della nozione di sovranità popolare, riconoscendo gli attributi del suo esercizio anche al libero svolgersi dell'attività sindacale, non pare arbitrario dedurre da questo un preciso limite alla normativa legale nel rispetto rigoroso di quelle regole che sono il prodotto "spontaneo" dell'azione sindacale stessa» (261).

Ricollegandoci, quindi, all'ipotesi iniziale di questa ricerca attraverso la prospettiva d'analisi proposta da S. Liebman, possiamo ritenere che l'istituzione della figura del consulente del lavoro (cfr. Cap. II, Sez. I) risponda all'esigenza di governare un ordinamento alla cui formazione concorrono diverse istituzioni, indipendenti ma comunicanti tra loro attraverso il riconoscimento nella Carta Costituzionale, alcune delle quali nate dal tessuto della società civile (il sindacato), e garantire il rispetto delle regole che il popolo sovrano spontaneamente crea per la regolazione del mercato del lavoro.

²⁵⁸ S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 90. V. anche G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, op. cit., spec. p. 105.

²⁵⁹ S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 93.

²⁶⁰ S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 94.

²⁶¹ S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 95.

2. Il principio di effettività tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale.

Giova ricordare, a questo proposito, che il legislatore, “ansioso” e “preoccupato” di una difficile tenuta del modello normativo, ha introdotto nell’ordinamento uno “strumento di prevenzione” per contrastare l’elusione della normativa in materia di lavoro ed in particolare della contrattazione collettiva: l’ispettore del lavoro, affinché la contrattazione collettiva potesse trovare, quindi, il suo *spazio di effettività* nel mercato del lavoro. Tra le competenze dell’ispettore, si annovera quella della vigilanza «sulla corretta *applicazione* dei contratti e accordi collettivi di lavoro», così come previsto dall’art. 7, comma 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 124 del 2004 (262).

Rispetto alla legislazione previgente, l’art. 7 investe l’ispettore di un’ampia facoltà d’indagine: può, infatti, verificare qualsiasi applicazione di contratto o accordo collettivo, concluso a qualsiasi livello, compreso il rispetto degli accordi interconfederali. La norma, tuttavia, non specifica quali accordi, ma va da sé che la verifica non può che esercitarsi sui contratti collettivi di diritto comune. La disposizione non è di poca rilevanza in quanto si può evincere dalla stessa che il legislatore attribuisce a questo atto la qualità fonte di diritto oggettivo, sebbene la dottrina e la giurisprudenza siano in disaccordo tra l’opzione privatistica e il contratto come fonte sociale (263).

Questa disposizione racchiude lo scopo che il legislatore intende perseguire in un modello regolatorio che vede la contrattazione collettiva integrata funzionalmente con la legge: l’*effettività* dei diritti. Ad ogni violazione, tanto di carattere procedurale, tanto di carattere sostanziale, l’ordinamento ne fa discendere una sanzione, sia essa di carattere amministrativo-pecuniario, sia essa incidente sulla legittimità del rapporto di lavoro (264).

La novità dell’art. 7, tuttavia, risiede nell’utilizzo del sostantivo “applicazione” in luogo del sostantivo “esecuzione”, previsto dall’art. 4, comma 1, lett. *b*) della legge n. 628 del 1961; la sostituzione del secondo con il primo denota il perimetro di discrezionalità dell’azione ispettiva che dovrà tenere conto della volontà delle parti di assoggettare il rapporto a determinare regole collettive (265), nonché di tenere conto

²⁶² Questa disposizione non è di certo una novità nell’ordinamento italiano; infatti, con all’art. 4, comma 1, lett. *b*) della legge n. 628 del 1961, il legislatore aveva già affidato all’ispettorato del lavoro anche il compito di «vigilare sull’*esecuzione* dei contratti collettivi di lavoro».

²⁶³ P. RAUSEI, *Prefazione*, in C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, ed. Adapt University Press, 2018, p. XVIII e ss. Su questi aspetti, v. *infra* Cap. III, Sez. I.

²⁶⁴ Secondo S. MARGIOTTA, *La vigilanza pubblica sull’applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *MGL*, 2006, n. 12, l’art. 7 conferirebbe all’ispettore la potestà di verificare solo l’applicazione di quei contratti che svolgerebbero una funzione di fonti del diritto *extra ordinem* e cioè che disciplinano materie in virtù della delega prevista dalla legge, come ad esempio nel caso del d.lgs. n. 66 del 2003.

²⁶⁵ P. RAUSEI, *Prefazione*, in C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, op. cit., p. XIX.

della libertà sindacale del datore di lavoro consacrata dall'art. 39, comma 1 Cost. (266). In sostanza, la competenza dell'ispettore a sanzionare eventuali pratiche difformi dal dettato del contratto collettivo è subordinata all'accertamento dell'applicazione del contratto stesso attraverso le usuali modalità (267). Se attraverso questa indagine fattuale, non emerge in alcun modo un'intersezione, seppur minima, tra il contratto individuale di lavoro e quello collettivo, l'azione ispettiva non può apporre rimedio alcuno (268). Conseguentemente, la funzione ispettiva non riesce, da sola, a garantire la piena effettività dei diritti, anche a causa dell'elevato numero di contratti collettivi (269) tanto da indurre il Ministero del Lavoro ad emanare delle circolari per orientare l'attività ispettiva (270).

L'obiettivo dell'*effettività* del diritto che insegue l'ordinamento statuale è condiviso anche da quello intersindacale laddove in una serie di accordi (271), di vario livello, i negoziatori hanno fatto ricorso al concetto di *esigibilità* come strumento di garanzia per l'attuazione del programma contrattuale (272), anche in quei contratti (273) disciplinanti le

²⁶⁶ P. RAUSEI, *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2008, n. 24. Corollario del principio della libertà sindacale è proprio la libertà di scelta, da parte del datore di lavoro, del contratto collettivo da applicare ai rapporti di lavoro. Sul punto, v. anche C. SANTORO, *La vigilanza ispettiva sulla contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2016, n. 3, pp. 873-877.

²⁶⁷ M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, in *RGL*, 2019, n. 2, pp. 288-303, spec. p. 297, ma anche p. 298 laddove osserva che «il rispetto delle clausole della parte economica del contratto collettivo può essere infatti oggetto di verifica da parte degli organi ispettivi, ai fini dell'eventuale adozione della diffida accertativa [ex art. 13 del d.lgs. n. 124 del 2004], nei limiti in cui il contratto collettivo stesso sia applicato dal datore di lavoro».

²⁶⁸ Le modalità d'indagine per verificare un aggancio del contratto individuale al contratto collettivo possono essere le più disparate: dal controllo della comunicazione di assunzione al Centro per l'Impiego all'esame dell'UniEmens nella sezione dedicata all'indicazione del contratto collettivo preso a riferimento per il calcolo dei contributi, o, ancora, come suggerisce C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, op. cit., p. 94, attraverso l'analisi dei cedolini, in quanto il richiamo delle voci economiche potrebbero determinare un'applicazione implicita del contratto collettivo. L'adesione, dunque, può essere data con modalità implicite (ivi compresi i comportamenti concludenti), che esplicite.

²⁶⁹ M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, op. cit., p. 297. G. CENTAMORE, *La giusta retribuzione nell'art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice*, in *RGL*, 2019, n. 2, p. 281 sul punto osserva che al di là del fenomeno degli *accordi pirata*, «è lo stesso sindacato confederale storico a contribuire al disordine del sistema negoziale» a causa della «frequente intersezione tra gli ambiti di applicazione individuati da importanti contratti di settore».

²⁷⁰ Cfr. circolari dell'INL n. 3 del 25 gennaio 2018 e la successiva circolare esplicativa del 20 giugno 2018, i cui contenuti saranno analizzati in seguito (Cap. III, Sez. II, § 3.1).

²⁷¹ I primi accordi che hanno fatto ricorso al termine "esigibilità" sono quelli siglati a Pomigliano il 15 giugno 2010, a Mirafiori il 23 dicembre 2010, a Grugliasco il 4 maggio 2011. Anche l'Accordo Fiat del 13 dicembre 2011 fa ricorso al termine, come anche l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, il Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013 e il Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014. Anche l'accordo aziendale di Busitalia, sottoscritto il 18 febbraio 2015, fa riferimento all'esigibilità, in *GLav*, suppl. n. 6, n. 34 del 2015.

²⁷² Per una disamina efficace sull'utilizzo del termine, v. M. FALSONE, *Il contratto collettivo e l'insostenibile leggerezza della sua esigibilità*, in A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, op. cit., pp. 67-77.

regole procedurali della contrattazione collettiva. La tendenza ha così ingenerato il sospetto che le organizzazioni sindacali volessero perseguire l'efficacia *ultra partes* del contratto collettivo.

A ben vedere, dobbiamo ritenere che questo sospetto è fondato in quanto se il contratto esplica la forza di legge tra le parti (274) ed è già di per sé esigibile tra esse (275), di conseguenza, la precisazione circa l'esigibilità formulata negli accordi collettivi lascia intendere che le parti sottoscriventi volessero inseguire l'effettività della contrattazione collettiva anche sui lavoratori e datori di lavoro non sindacalizzati (276); ma, allo stesso tempo, che volessero “difendersi” anche dall'accentuato pluralismo sindacale, sfociato poi in una miriade di divisioni contrattuali, alcune delle quali hanno generato politiche di *dumping salariale*. Come è stato evidenziato, il problema, in questo caso, è che quella proclamazione corre il rischio di restare una mera petizione di principio in quanto ci troviamo pur sempre davanti ad una fonte negoziale e non statutale (277); infatti, è stato correttamente osservato che l'*esigibilità* «per avere un risvolto giuridico, deve essere realizzata con strumenti concreti e legittimi» (278).

In questa prospettiva, riteniamo che il legislatore sia intervenuto più volte sul punto, con l'intento di “equipaggiare” il “vischioso” sistema normativo, frutto di una stratificazione legislativa che ha visto ordinamento statutale e intersindacale combinarsi in modalità variabili nel tempo, con strumenti che mirassero proprio a dare *effettività* – intesa come il verificarsi sul piano della realtà ciò che è enunciato in un testo normativo (279) – tanto alla fonte eteronoma che a quella autonoma, quando quest'ultima è chiamata a svolgere un ruolo suppletivo, sostitutivo o derogatorio alla prima.

3. Dall'ispezione alla consulenza: un parallelismo tra la legge n. 12 del 1979 e il d.lgs. n. 124 del 2004.

Le competenze dell'ispettore sulla vigilanza dell'applicazione della contrattazione collettiva, qui sintetizzate nell'ottica di aumentarne il grado di *effettività* e quindi di

²⁷³ Il riferimento è all'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, al Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013 e al Testo Unico del 10 gennaio 2014 in materia di rappresentanza sindacale.

²⁷⁴ Cfr. art. 1372 cod. civ.

²⁷⁵ M. BARBIERI, *Il testo unico alla prova delle norme giuridiche*, in *DLRI*, 2014, n. 143, p. 577-590.

²⁷⁶ M. FALSONE, *Il contratto collettivo e l'insostenibile leggerezza della sua esigibilità*, op. cit., p. 72.

²⁷⁷ V. MAIO, *Il T.U. del 10 gennaio 2014 come contratto di diritto comune*, in *Giust. Civ.*, 26 gennaio 2016. Sul punto, v. anche V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, 2008, Napoli, ed. Jovene.

²⁷⁸ M. FALSONE, *Il contratto collettivo e l'insostenibile leggerezza della sua esigibilità*, op. cit., p. 74.

²⁷⁹ Così P. B. HELZEL, *Effettività*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, ed. WKI, 2014, p. 256 e ss. Sul punto v. anche M. FALSONE, *Il contratto collettivo e l'insostenibile leggerezza della sua esigibilità*, op. cit., p. 74, secondo cui il termine *effettività* «rinviava alla prospettiva di esecuzione o di osservanza di una determinata situazione».

tutela tanto del lavoratore quanto delle imprese (sotto il profilo di una sana concorrenza) (280), sono utili a dimostrare che il legislatore è conscio della debolezza strutturale della contrattazione collettiva e dei suoi attori – nonché delle tecniche elusive, quali la c.d. *contrattazione pirata* – e pone a presidio di questa problematica un organo specifico (281).

Tuttavia, nell'ottica di ricollegarci al tema oggetto dell'indagine, e quindi al ruolo del consulente del lavoro quale "connettore" privilegiato per stabilizzare il vincolo giuridico tra i due ordinamenti considerati, si ritiene necessario rivalutare anche la funzione che svolge la legge n. 12 del 1979 in tal senso. A nostro avviso, la norma si pone nella prospettiva di vigilare "a monte" l'applicazione delle disposizioni in materia di lavoro e – implicitamente – anche della contrattazione collettiva, in quanto fonte sociale alle quale la legge statale sovente fa riferimento.

L'art. 1, comma 1 della legge n. 12, come anticipato, prevede che «gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti, non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro». La norma impone, dunque, la "cura" e l'"assunzione" degli "adempimenti" in materia di previdenza e assistenza sociale; inoltre, all'art. 1, comma 4 è previsto che l'intermediario tra la Pubblica Amministrazione e le imprese debba svolgere anche le «operazioni di calcolo e stampa relative agli adempimenti di cui al primo comma» e curare «l'esecuzione delle attività strumentali ed accessorie».

La disposizione richiamata – sebbene rivolta agli uffici del personale delle imprese e ai liberi professionisti la cui funzione ha un impatto sociale notevole – si presta ad un parallelismo con le disposizioni richiamate in materia di vigilanza ispettiva.

Come detto, infatti, l'ispettore del lavoro ha la funzione di verificare la corretta applicazione dei contratti e degli accordi collettivi (282). Similmente, il consulente del lavoro "cura" gli adempimenti «in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti» (283). Il curare tutti gli adempimenti richiamati (cfr. Cap. I, § 2; Cap. II, Sez. II) impone necessariamente al professionista la difficoltà di fronteggiare le anomalie del sistema, cioè di individuare le fonti sociali adeguate a conformare l'agire dell'impresa al dato normativo. Ma in una fase del tutto diversa da quella ispettiva.

Il raggio di azione del consulente, infatti, si spiega nel momento genetico dell'instaurazione del rapporto, fino a giungere poi a quello eventualmente patologico.

²⁸⁰ M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva. Manifesto per le nuove sicurezze*, op. cit., p. 146.

²⁸¹ Osserva, ad esempio, M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, op. cit., pp. 292-295 che il legislatore ha tentato diverse volte di dare effettività ai contratti collettivi, attraverso l'emanazione di una serie di disposizioni, in particolare in materia retributiva. Si tratta, dunque, di una volontà che traspare da diversi punti di vista dell'analisi normativa.

²⁸² Cfr. art. 7, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 124 del 2004.

²⁸³ Cfr. art. 1, comma 1 della legge n. 12 del 1979.

In questa prospettiva, la funzione consulenziale dovrebbe essere mirata ad indirizzare l'impresa nella corretta applicazione della normativa piuttosto che a lasciarla in balia di una (volontaria, opportunistica o non) «regolarità limitata» (284), che eventualmente solo il conflitto giudiziale può sanare.

In questo momento storico dove la crisi della norma inderogabile ha messo in discussione la funzione del diritto del lavoro e la contrattazione collettiva è, come già rilevato, in preda al fenomeno dei c.d. *accordi pirata*, è sempre più fondato il sospetto che l'applicazione della legislazione del lavoro, se non adeguatamente presidiata, possa alimentare esclusivamente il peggiore degli obiettivi degli imprenditori, cioè «massimizzare gli utili a spese di tutti gli altri soggetti coinvolti nell'attività produttiva (*in primis* i lavoratori)» (285). Per certi versi, parte della dottrina ha ritenuto che si potrebbe finanche sostenere che l'elusione della norma lavoristica «sia radicata nel codice genetico dell'imprenditore»; allora è inevitabile che debba essere costruito o individuato, laddove esistente, «un apparato istituzionale in grado di bilanciare ed arrestare i tentativi di fuga dall'area di applicazione del sistema regolativo» (286). È in quell'apparato istituzionale, quindi, chiamato al controllo e alla vigilanza che intendiamo, attualmente, ascrivere la funzione del consulente del lavoro, giacché i rimedi alternativi singolarmente considerati presentano delle criticità che non soddisfano la richiesta di *effettività* che i diritti devono avere all'interno dell'ordinamento per evitare alterazioni o disfunzioni del sistema economico e sociale.

E, infatti, l'accesso al processo è sempre soggetto all'iniziativa del privato e delle relative difficoltà (Cap. II, Sez. II, § 1, lett. a), il «basso rapporto tra consistenza numerica degli ispettori del lavoro e il totale delle aziende sottoponibili ad ispezione» (287) contribuisce ad indebolire l'attività di vigilanza, lasciando in balia dell'irregolarità diverse realtà produttive e, in aggiunta, nonostante «il legislatore ha sempre dimostrato di riporre fiducia nello strumento dell'autotutela sindacale e nella capacità delle organizzazioni sindacali di agire a presidio dell'applicazione dei contratti collettivi di lavoro [...] la riduzione della forza dell'azione sindacale verificatasi negli ultimi anni rischia di incidere negativamente sull'effettività del diritto alla retribuzione» (288). Ed è proprio quest'ultimo aspetto a non aver convinto importante dottrina circa l'autosufficienza dell'ordinamento intersindacale (inteso come complesso di apparati che controllano l'esecuzione e l'amministrazione del contratto collettivo, nonché

²⁸⁴ Con questa espressione, coniata da G. ROMA, *L'economia sommersa*, 2001, ed. Laterza, p. 82, ci si riferisce alle imprese che non applicano in modo corretto la normativa in materia di lavoro; sul punto v. G. GENTILE, *Il lavoro sommerso*, 2010, ed. Massa Editore, p. 17.

²⁸⁵ A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, 2002, ed. Giappichelli, p. 37.

²⁸⁶ A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, op. cit., p. 37.

²⁸⁷ M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, op. cit., p. 295, nota 30.

²⁸⁸ M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, op. cit., p. 296.

l'apparato giurisdizionale circa la risoluzione delle liti) necessitando questo di continui interventi eteronomi per essere coordinato e gestito (289).

In questa prospettiva, il consulente del lavoro è funzionale a riaffermare – sia pure nell'attuale sistema economico, caratterizzato da una de-statalizzazione del diritto e da un vasto decentramento produttivo su scala globale – la legittimazione del diritto del lavoro «a governare le province che gli spettano» (290).

Peraltro, non va dimenticato che la correttezza dell'operato del consulente del lavoro è presidiata dall'attività di sorveglianza del Consiglio Nazionale. Infatti, quest'ultimo ha emanato un articolato codice deontologico (291) che dispone una serie di regole per l'esercizio della professione. Tra le più significative, si segnalano l'art. 23, comma 3 che obbliga il consulente a rifiutare «di accettare l'incarico o di prestare la propria attività quando dagli elementi conosciuti possa fondatamente desumere che la sua attività concorre alla realizzazione di una operazione *contra legem*». Ancora più significativo è l'art. 10 che impone al consulente del lavoro di non «accettare incarichi che sappia di non poter svolgere con la necessaria competenza o per i quali non sia in grado di assicurare un'organizzazione adeguata» (comma 1); di «curare costantemente la propria preparazione professionale, conservando e accrescendo il sapere con particolare riferimento ai settori nei quali è svolta l'attività» (comma 2); di «curare la propria preparazione in conformità a quanto previsto dall'apposito Regolamento sulla Formazione Continua approvato dal Consiglio Nazionale» (comma 3). La responsabilità sul piano giuridico e sociale di questa figura professionale è, dunque, rilevante.

4. La rilevanza costituzionale della professione di consulente del lavoro. L'ordine professionale come risposta alla crisi del positivismo giuridico.

All'esito di questa prima e parziale ricostruzione della funzione del consulente del lavoro nella prospettiva di raccordo costantemente richiamata (cfr. Cap. I, § 1, 2, 2.1, 2.2, 2.3; Cap. II, Sez. II, § 1, 3), possiamo provvisoriamente concludere che nell'art. 1, comma 1 della legge 12 del 1979, sostanzialmente, risiede il fondamento giuridico della

²⁸⁹ In questo senso, v. G. PERA, *Sulla teoria dell'ordinamento intersindacale*, in *RIDL*, 1991, n. 1, p. 256 e ss. ma ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, 2006, ed. Giuffrè, vol. 2, pp. 1641-1645. G. Pera argomenta sull'inesistenza, sul piano giuridico dell'ordinamento statale, del riconoscimento dell'ordinamento intersindacale in quanto i suoi strumenti di giustizia sono facoltativi (l'arbitrato) e, per giunta, se questo rileva sociologicamente nella realtà a seguito di una scelta politica del legislatore (di regolare il fenomeno sindacale) ciò non impedisce al legislatore di intervenire nella regolazione. Per alcuni profili critici della teoria dell'ordinamento intersindacale, v. anche M.V. BALLESTRERO, *Otto Kahn-Freund e il pluralismo degli italiani*, in G.G. BALANDI, S. SCIARRA (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro*, 1982, Roma, ed. Edizioni Lavoro, p. 137 e ss.

²⁹⁰ G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, II edizione, ed. Zanichelli, Bologna, 1987, p. 32 ss. Sul punto, v. anche F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *I&S*, 1992, n. 28, p.1 e ss., spec. p. 4.

²⁹¹ Trattasi del Codice Deontologico per la professione di consulente del lavoro approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro con delibera n. 333 del 29 luglio 2016.

funzione del consulente del lavoro di interpretare e applicare la normativa in materia contrattuale e previdenziale, tanto nell'interesse dell'impresa che nell'interesse dei lavoratori e dello Stato. Le imprese, salvo il caso in cui abbiano il personale preposto, sono obbligate a rivolgersi a questa figura professionale in quanto dall'art. 1 si desume che se gli adempimenti non sono curati dal datore di lavoro, solo l'intermediario autorizzato dallo Stato può prendersene cura. In altri termini, al consulente del lavoro è imposto l'obbligo, al pari dell'ispettore, di "applicare" le fonti in modo conforme al dettato normativo – e tra le fonti del sistema del diritto del lavoro va incluso anche il contratto collettivo (cfr. Cap. III, Sez. I) – nel pieno rispetto di alcuni principi costituzionali tra loro interconnessi: il principio di solidarietà e di sostegno alle formazioni sociali (art. 2 Cost.); la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.); la tutela del lavoro in tutte le sue forme e la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori (art. 35 Cost.); i diritti di natura economica (art. 36 Cost.); la garanzia dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale pubblico con la finalità di garantire ai cittadini mezzi adeguati per il sostentamento (art. 38 Cost.); la tutela della libertà sindacale intesa come mezzo di autotutela nel conflitto tra capitale e lavoro (art. 39 Cost.); la libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.).

A ben vedere, infatti, se presupponessimo una costante e corretta applicazione delle fonti che regolano il mercato del lavoro, da questa ne dovrebbe discendere, oltre che il pieno sviluppo dell'attività d'impresa, anche quello della persona umana nelle formazioni sociali (e quindi la partecipazione della persona all'attività sindacale e alla contrattazione collettiva quale espressione più alta del principio di solidarietà consacrato nell'art. 2 Cost.) (292), la rimozione delle disuguaglianze tra lavoratori operanti nel medesimo settore merceologico o nel medesimo territorio, la tutela del lavoro anche attraverso un'adeguata e sufficiente retribuzione, la garanzia di prestazioni previdenziali utili al sostentamento della persona nel quadro di una più ampia solidarietà intergenerazionale. In altre parole, i principi enunciati all'interno della Carta Costituzionale avrebbero uno sviluppo armonico all'interno del complesso quadro ordinamentale. È nel lavoro, infatti, che l'Assemblea Costituente individua il raccordo tra questi principi; in essi, è radicato il pieno sviluppo della persona umana ed è attorno ad essa che deve essere costruito l'ordine sociale ed economico (293); ordine che spetta al consulente del lavoro preservare, come ricordato dall'Avv. Spina (cfr. Cap. II, Sez. I, § 5), perché è da esso che dipende l'elevazione materiale e morale della persona che lavora.

²⁹² Sul punto si rinvia allo studio di M. NAPOLI, *Contrattazione collettiva e solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Diritto del Lavoro in trasformazione*, 2014, Milano, ed. Giappichelli, pp. 67-81.

²⁹³ In questo senso, v. G. LA PIRA, *Relazione introduttiva*, in *Atti dell'Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione-Atti della prima Sottocommissione*, Roma, 1946, pp. 14-28.

È in questa prospettiva che va rivalutato il contratto collettivo quale fonte di diritto (sia pure *extra ordinem* in quanto proveniente «direttamente dal tessuto della società civile») nell'ambito del diritto del lavoro (294).

È stato sostenuto, tuttavia, che una delle ragioni per le quali è inopportuno annoverare tra le fonti del diritto il contratto collettivo è rappresentata dall'inconciliabilità del principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, comma 1, Cost. e la funzione di fonte del diritto, destinata a perseguire un interesse pubblico coerentemente con i valori del sistema nel quale queste operano (295). Diversamente, secondo M. Persiani, «il contratto collettivo è destinato a soddisfare gli opposti interessi delle parti così come risultano individuati a seguito di serrate trattative e inevitabili patteggiamenti e, quindi, nei modi e nei limiti consentiti, di volta in volta, dalle contingenti condizioni nelle quali quel contratto è stipulato. Ne deriva che quel contratto [...] non potrebbe essere funzionalizzato al perseguimento di obiettivi predeterminati e che, una volta rispettati i limiti posti dalla legge, non deve necessariamente essere coerente con il sistema» (296). In altre parole, il contratto collettivo non persegue un interesse pubblico e predeterminato ma un interesse collettivo privato e di volta in volta determinabile.

In realtà, il contratto collettivo, al pari della fonte di diritto, è assoggettato al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione ed in particolare al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2 Cost. Infatti, la stipulazione del contratto collettivo ha l'obiettivo di riequilibrare lo scambio contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore. Ed è per questa ragione che la Corte Costituzionale (297) ha sostenuto che il contratto collettivo debba mirare a realizzare valori di giustizia ed equità, costituzionalmente rilevanti nel nostro ordinamento. Ogni volta che questo obiettivo predeterminato (ossia quello di riequilibrare potere e scambio contrattuale) viene meno, si viola uno dei principi fondamentali dell'ordinamento alla stregua del quale anch'esso, al pari della legge dello stato, deve soggiacere.

Se, al di là del potere che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata, nel negoziato viene meno questo obiettivo, dobbiamo necessariamente concludere che non siamo di fronte ad un contratto esprimente un interesse collettivo o di categoria in quanto è privo della natura sindacale (cfr. Cap. IV, § 1). Di conseguenza, in aperta violazione dell'art. 3, comma 2, Cost., il contratto finirebbe per contrastare con il principio di uguaglianza e quindi realizzare quello che è l'effetto "indesiderato" di un negoziato senza confronto e rivendicazione, il cui contenuto è stato deciso altrove: un *contratto*

294 M. NAPOLI, *Contrattazione collettiva e solidarietà*, op. cit., p. 80.

295 M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, op. cit. p. 1 e ss.

296 M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, op. cit., spec. § 13.

297 Cfr. Cort. Cost. n. 421 del 1991; Cort. Cost. n. 264 del 1993.

pirata (298). Alla luce di queste brevi osservazioni, dobbiamo necessariamente concludere che, seppur minimo, il contratto collettivo ha un obiettivo predeterminato e deve anche riuscire ad esprimere una coerenza con i principi espressi dalla Costituzione.

Posto, quindi, che l'ordinamento costituzionale del lavoro è stato edificato (anche) sul valore della partecipazione del sindacato e che le tecniche della rappresentanza mostrano oggi i propri limiti – soprattutto in relazione all'espansione delle regole – si pone il rilevante problema di individuare dei meccanismi in grado di salvaguardare l'*effettività*, o meglio, la *giustiziabilità* del diritto delle relazioni industriali, cioè quel diritto dei corpi intermedi, che si frappone tra lo Stato e il mercato, liberando così il lavoratore dall'onere gravoso del processo. In questa prospettiva, va recuperata l'attività del consulente del lavoro, oggi attività professionale quale snodo decisivo per lo sviluppo del progetto costituzionale nell'attuale società, complessa e articolata in più livelli. In altre parole, la funzione professionale del consulente del lavoro va inquadrata come precipua funzione di giustizia tra i corpi intermedi e lo Stato, senza che questa «delicata e sensibile materia» e la relativa correttezza del «traffico giuridico» vengano abbandonati «alla [sola] mera iniziativa individuale o alle logiche di mercato la tutela dei diritti»; in quest'ottica, il professionista svolge «un ruolo per sua natura “pubblico”» (299).

Peraltro, la funzione suddetta è ancora più ardua se si tiene in considerazione che oggi il positivismo giuridico – nato in un'epoca storica in cui i corpi intermedi erano esclusi dalla relazione tra cittadino e Stato – vive una profonda crisi, derivante dalla «problematica incertezza della legge, figlia della bulimia e dell'incostanza del legislatore, a cui si aggiunge spesso l'incomprensibile incertezza nei giudicati, che condannano ambiti interi dell'attuale diritto ad una nuova e spesso problematica

²⁹⁸ Questa dinamica viene spiegata efficacemente da P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, n. 2, p. 368 e ss., spec. p. 381, laddove osserva che l'organizzazione sindacale non deve svolgere «un ruolo di *second best* nella trattativa, vale a dire non [essere] coinvolta di ripiego dall'associazione datoriale quale unica alternativa per tutelare la rappresentanza dei propri iscritti»; inoltre, questa non deve prestare «il fianco all'organizzazione datoriale solo per perseguire, con opportunismo, il mero obiettivo di un riconoscimento contrattuale, disinteressandosi così della reale tutela dell'interesse dei lavoratori destinatari del contratto collettivo. In tale circostanza, infatti, verrebbe meno l'essenza stessa della rappresentatività e della rappresentanza, che si alimenta della forza dell'organizzazione sindacale di aggregare il consenso e comporre il dissenso di una moltitudine di lavoratori per la difesa di un interesse collettivo che qui, a ben vedere, sarebbe inesistente». Semmai, intavolare una trattativa con più sindacati genuini, anche se minori nella categoria produttiva considerata, sarebbe legittimo solo «a fronte del persistente rifiuto di intavolare una qualunque trattativa da parte delle organizzazioni maggioritarie»; così C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, 1992, ed. Cedam, p. 241. Sul punto v. anche P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000, ed. Giuffrè, p. 224.

²⁹⁹ Così M. ROSBOCH (a cura di), *Le comunità intermedie e l'avventura costituzionale*, 2017, ed. Heritage Club, Dipartimento di Giurisprudenza dell'università di Torino, p. 30, seppure con riferimento alla professione forense.

arbitrarietà legale e giudiziaria» (300). Ed in questa altalenante oscillazione dell'esito del conflitto giudiziario che si annida la mancata tutela alla persona che lavora (301).

Tuttavia, va anche detto che tale prospettiva non è nuova. Già è stato ricordato, infatti, che in diversi momenti storici «le professioni forensi sono state alla base delle garanzie legali e del corretto svolgimento del traffico giuridico» (302) tanto da risultare la riposta alla crisi del positivismo e quindi “promotori” di quel diritto dei gruppi sociali, che hanno un importante rilievo in quanto titolari anche di specifiche prerogative giuridiche (303). Calando questa ampia prospettiva sulla specifica figura professionale del consulente del lavoro, possiamo affermare che esso può contribuire in modo decisivo a rendere effettivo il complesso di rapporti tra Stato, sindacato e lavoratori-cittadini.

Nel solco di questa ricostruzione, che intende posizionare il consulente del lavoro a presidio del dialogo tra l'ordinamento statale e quello intersindacale, con la finalità di dare “corpo” ai principi costituzionali richiamati, è ora necessario comprendere quali siano gli spazi d'intervento del professionista nella selezione delle fonti (autonome) idonee a disciplinare il rapporto di lavoro, dalla fase genetica a quella patologica. A tal fine, è necessario ricostruire il rapporto che intercorre tra la legge e il contratto collettivo per comprendere dove si verifica il punto di rottura – per mero opportunismo delle parti e in quali contesti – tra i due ordinamenti nella tutela della concorrenza tra lavoratori e imprese e come il consulente del lavoro può porvi rimedio.

Come accennato (cfr. Cap. I, § 2.4), il legislatore, per declinare un modello integrato tra legge e contratto collettivo, fa ampio uso del criterio della rappresentatività comparata; un criterio tanto discusso quanto avvolto da una presunta complessa

³⁰⁰ M. ROSBOCH (a cura di), *Le comunità intermedie e l'avventura costituzionale*, op. cit., p. 18. Sulla crisi del positivismo giuridico e il ruolo delle comunità intermedie, v. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e post-moderno*, *Lectio magistralis*, 2015, ed. Marietti. Sull'incertezza della giurisprudenza del lavoro come lesione dei diritti del lavoratore, v. *infra* Cap. IV, Sez. I, § 3.3.

³⁰¹ Con specifico riferimento al sistema normativo del diritto del lavoro, M. TIRABOSCHI, *Mercati Regole, Valori*, op. cit., p. 9, evidenzia che la legislazione promozionale della contrattazione collettiva si è sviluppata in modo non del tutto lineare e che tanto il potere sindacale che quello giudiziario non sono sempre in sintonia o comunque comunicanti tra di loro.

³⁰² M. ROSBOCH (a cura di), *Le comunità intermedie e l'avventura costituzionale*, op. cit., p. 26.

³⁰³ Nell'ordinamento italiano, è lo spirito ed anche il testo della Costituzione che promuove una dimensione plurale delle istituzioni, in particolar modo di quelle associative. Nell'art. 2, spicca la centralità del ruolo svolto dalle comunità intermedie, quale soggetto in grado di garantire l'effettività dei diritti della persona, «non riconosciuti né dalla concezione “atomistica” né in quella “totalitaria”»; infatti, in entrambe le concezioni «non v'è posto per un pluralismo degli ordinamenti sociali che permetta alla persona un graduale e progressivo svolgimento della sua libertà», così G. LA PIRA, *Relazione introduttiva, in Atti dell'Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione-Atti della prima Sottocommissione*, Roma 1946. Il rapporto che il Costituente intende promuovere nell'impianto generale dell'ordinamento, infatti, è un rapporto virtuoso tra società, stato e comunità naturali (o preesistenti, come nel caso del sindacato). Questa prospettiva politica e giuridica dimostra come il disegno costituzionale tenti di superare tanto l'impostazione individualista che quella marxista, attraverso la promozione del valore della “comunità intermedia”.

applicazione pratica, che però merita di essere valutato, sotto il profilo della sua idoneità, anche alla luce dell'intervento del consulente del lavoro.

Ricostruire il rapporto tra legge e contratto può essere utile a rendere ancor più chiaro anche il nodo cruciale della problematica del *dumping contrattuale* evidenziata nel Capitolo I (cfr. § 2.1), riuscendo così a mettere in evidenza il punto di rottura dell'equilibrio tra legge e contrattazione collettiva e quindi la problematica della *contrattazione pirata* e quale ruolo può svolgere il consulente del lavoro in merito (304). Questa prospettiva d'indagine trova un supporto anche nelle motivazioni e nelle necessità – già ricordate – che hanno portato alla nascita della professione, ossia intervenire per frenare gli abusi derivanti dalla mancata applicazione della legislazione del lavoro (cfr. Cap. I, par. 2).

³⁰⁴ Aspetto, quest'ultimo, che sarà ripreso dettagliatamente nel Capitolo IV.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO NELLA REGOLAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO TRA FONTI ETERONOME E FONTI AUTONOME

L'attività dei Consulenti del Lavoro risulta quindi rispondere, oltre che all'interesse delle aziende, anche al fine della migliore applicazione della legislazione e, in definitiva, alla tutela, sviluppo ed elevazione materiale e morale dei lavoratori, che la Costituzione ha solennemente affermato.

Tratto dal discorso tenuto dall'Avv. Raffale Russo Spina a Napoli, durante il convegno campano dell'ANCL, nel novembre del 1961, riportato in *Il Consulente*, 1961, II, n. 11, ora in C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, ed. Fondazione Nazionale Cesare Orsini, Venezia, 2000, p. 53.

SEZIONE I

IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO

Sommario: **1.** Alcune considerazioni sul rapporto tra la norma inderogabile e il contratto collettivo. – **2.** I rinvii alla contrattazione collettiva: descrizione del modello normativo e la sua compatibilità con l'(inattuato) art. 39 Cost. – **2.1.** Il contratto collettivo tra fonte di diritto oggettivo e atto di autonomia privata. – **2.2.** Le posizioni assunte dalla Corte Costituzionale sulla compatibilità del contratto collettivo delegato con l'art. 39 Cost. e sulla sua qualificazione. – **2.3.** L'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla qualificazione del contratto collettivo. – **2.4.** La necessità per il consulente del lavoro di qualificare il contratto collettivo come fonte *extra ordinem*. – **3.** Il criterio selettivo della rappresentatività per l'individuazione del contratto collettivo delegato. La maggiore rappresentatività e la sua crisi. – **4.** Il criterio della maggiore rappresentatività comparata e il ruolo del consulente del lavoro. Nuove proposte interpretative (e applicative).

1. Alcune considerazioni sul rapporto tra la norma inderogabile e il contratto collettivo.

L'inderogabilità della norma di legge è stata riconosciuta dalla dottrina giuslavoristica quale fondamento del diritto del lavoro (305), in quanto *valore e tecnica normativa*, allo stesso tempo, della disciplina (306). Essa è e resta *fondamento* ma anche *problema* del diritto del lavoro poiché, se da un lato la norma inderogabile rappresenta il paradigma sulla quale si edifica il sistema di tutele giacché «l'ordinamento giuridico difficilmente potrà cessare di [...] assicurar[e] imperativamente, anche in virtù dei vincoli di carattere costituzionale», dall'altro «l'intensità e l'estensione di quella tutela

³⁰⁵ Sul punto la letteratura è molto ampia. Si veda R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, che definisce «l'inderogabilità come caratteristica logicamente e storicamente coessenziale alla normativa di tutela del lavoratore» come riportato ora da L. CALCATERRA (a cura di), *La norma inderogabile e altri scritti scelti. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, vol. III, ed. ESI, 2018, pp. 1781-1785; M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 514, definisce la norma inderogabile «funzione tanto centrale e simbolica nell'architettura del diritto del lavoro». M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, 2006, ed. Cedam, pp. 3-4 e anche pp. 19-20 e pp. 68-69, ritiene che «il paradigma fondante del diritto del lavoro è la necessità dell'intervento eteronomo e inderogabile (di legge ovvero di contratto collettivo) al fine di correggere lo squilibrio di potere contrattuale tra chi (per esprimersi sociologicamente) è detentore dei mezzi di produzione e chi trae dal lavoro unicamente i mezzi per vivere». Nella stessa prospettiva vedi, tra i tanti e più recentemente, A. ZOPPOLI, *Verso il tramonto dell'inderogabilità*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, ed. Il Mulino, Bologna, 2014, spec. p. 38, dove qualifica la norma inderogabile come «caratteristica ineludibile della materia in ragione dei valori fondamentali implicati». Di parere diverso è, invece, M. TIRABOSCHI, *Mercati, regole, valori*, op. cit., p. 25 e ss., secondo cui «sono la comparazione giuridica e la ricerca storica a indicare come la norma inderogabile, per quanto indubbiamente funzionale alla implementazione di un determinato sistema di valori e di tutela del cosiddetto «contraente debole», non possa essere considerata alla stregua del paradigma originale del diritto del lavoro nella accezione ristretta (ordinamentale e non filosofica) [...] la legislazione sociale nasce non in funzione della protezione della persona del lavoratore ma in termini di pacificazione sociale, per allentare le tensioni generate dagli effetti devastanti del nuovo modo di produrre, e, comunque, per garantire l'utilità generale della nascente società industriale, a cominciare da un più razionale e corretto sfruttamento della forza-lavoro» (richiamando sul punto R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 14-15). Prosegue sul punto l'Autore specificando che «il diritto del lavoro si struttura originariamente e per lungo tempo più come il catalogo degli strumenti per l'esercizio legittimo dei poteri dell'imprenditore-organizzatore che non come il “contro-diritto” dei lavoratori» (richiamando così G. VARDARO, *Subordinazione ed evolucionismo*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, ed. Il Mulino, Bologna, 1989, p. 108). Sul punto, v. anche G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, ed. Dalloz, 1995, p. 7 secondo cui «le droit du travail est mal dénommé: il est proprement le droit du capital».

³⁰⁶ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Relazione presentata alle *Giornate di studio AIDLASS 18-19 aprile 2008*, Modena, p. 2 del dattiloscritto reperibile in www.aidlass.it, decostruisce questi due aspetti apparentemente opposti sostenendo che «valori e tecniche [...] interagiscono necessariamente e continuamente fra loro» Infatti «l'inderogabilità si presenta come un binomio nel quale fini e mezzi dell'intervento normativo si fondono insieme e, nel loro complesso, forniscono una chiave di identificazione di lettura dello stesso ordinamento».

possono portare ad esiti opposti rispetto alle intenzioni del legislatore e le opzioni del diritto essere rovesciate dall'esigenza dell'economia»; così il legislatore e l'autonomia collettiva devono costantemente ridimensionare e riarticolare il sistema di tutele secondo i propri spazi di competenza (307).

Tuttavia, ciò che rileva ai fini di questa ricerca non sono tanto i problemi connessi alla definizione di "norma inderogabile" (308) per tentare di ricavarne il contenuto (309), né tantomeno quelli connessi alla funzione che essa deve svolgere nell'ordinamento (310). Sono questi aspetti questi ampiamente indagati dalla dottrina.

Diversamente, ciò che rileva è semmai il suo variabile rapporto con il contratto collettivo; aspetto, questo, di cruciale importanza per comprendere se vi è un declino definitivo del primato della legge sul contratto collettivo, espressione di una politica del legislatore protesa a sostituire la disciplina pubblicistica con quella contrattuale; o se, viceversa, persiste ancora un modello di regolazione dove l'intervento della fonte autonoma su quella eteronoma, sia pure nelle sue diverse variabili (derogatorio, suppletivo, integrativo), è governato dalla legge e secondo criteri prestabiliti.

La prospettiva è rilevante e ancora non adeguatamente indagata, nonostante dall'analisi complessiva dell'ordinamento giuridico del mercato del lavoro, emerge con una certa chiarezza che il contratto collettivo sta compiendo la sua metamorfosi al punto da abbandonare il campo del «semplice contratto» e di entrare nella dimensione di «fonte di diritto oggettivo» (311) realizzando così un'«identità di regime giuridico della norma collettiva rispetto alla norma inderogabile di legge» (312). Se così è, allora sarà

³⁰⁷ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, op. cit., p. 1.

³⁰⁸ Su questi aspetti si rinvia allo studio di M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 510, secondo il quale «la consonanza di opinioni che circonda la nozione di norma derogabile non trova riscontro nella dottrina che ha affrontato la questione del significato da attribuire ai termini 'norma inderogabile', 'norma imperativa', 'norma cogente' *et similia*. Le discrasie concernono sia il profilo contenutistico della nozione, sia il profilo lessicale. La tendenza è alla polarizzazione delle opinioni intorno a due posizioni opposte: da un lato vi è chi propone l'esigenza di salvaguardare le distinzioni terminologiche tra gli attributi 'inderogabile', 'imperativo' e 'cogente' giudicandole essenziali perché rispettivamente corrispondenti a distinti concetti giuridici; dall'altro vi è chi sostiene che quei termini siano sinonimi, descrivano, cioè, il medesimo concetto giuridico e, quindi, possano essere indistintamente utilizzati». Sul punto v. anche E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *RDC*, 2011, n. 5, p. 10573 e ss.

³⁰⁹ Per una ricostruzione efficace, v. sempre E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, op. cit.

³¹⁰ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, op. cit., pp. 5-7.

³¹¹ M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, op. cit., p. 30.

³¹² G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, 1981, Cedam, Padova, p. 254. Ha avvertito questa ricostruzione L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Diritto e valori*, 1985, Bologna, ed. Il Mulino, pp. 287-306 secondo cui pur se il contratto collettivo è una fonte della disciplina dei rapporti di lavoro, la sua efficacia non può essere teorizzata in termini corrispondenti al concetto di atto normativo. Infatti, questo si presenta come "contratto normativo", che non

necessario, ancora una volta, giungere alla conclusione che ci troviamo di fronte ad una pluralità di ordinamenti, il cui solido rapporto dipende dalla capacità di riuscire ad individuare, sul piano interpretativo o legislativo, dei «raccordi (tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale)» (313).

Sul piano processuale, il legislatore ha raggiunto l'obiettivo di saldare l'ordinamento intersindacale con quello statale attraverso la riforma del processo civile, intervenuta ad opera del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Infatti, attraverso la modifica dell'art. 360 c.p.c., sono stati ampliati i motivi per presentare ricorso alla Corte di Cassazione, tra i quali figura quello «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro» (n. 3) (314).

Tuttavia, è il piano sostanziale che è ancora governato da principi e strumenti che non consentono al contratto collettivo di incidere adeguatamente sull'ordine sociale per tutelare il lavoro «in tutte le sue forme» (315) con la finalità di garantire la stabilità dei diritti fondamentali. Ed è proprio la funzione che svolge il consulente del lavoro che potrebbe consentire all'ordinamento di strutturare un nuovo volto dell'inderogabilità, non più di matrice squisitamente positivistico-statale ma riconoscendo la medesima natura e il medesimo scopo di tutela alle fonti normative frutto di una formazione extra-legislativa ma che vengono pensate con lo scopo di disciplinare specifici segmenti della realtà e concepite nel rispetto dell'esercizio della sovranità e del principio democratico sancito all'art. 1 Cost., che trova nella libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost. una delle sue diverse attuazioni (si rinvia a quanto detto nel Cap. II, Sez. II, § 1).

Prima di giungere però a siffatte conclusioni, è utile ripercorrere brevemente l'evoluzione della norma inderogabile in relazione al contratto collettivo per mettere in luce come quella metamorfosi alla quale facevamo pocanzi cenno si è compiuta.

Posto che legge e contratto collettivo sono le principali fonti di diritto che governano il sistema del diritto del lavoro (316), il rapporto che tra loro si è delineato non

rappresenterebbe una specie dell'«atto normativo», l'unico caratterizzato dalla struttura della norma giuridica, bensì rappresenterebbe una *species* del *genus* «contratto obbligatorio».

³¹³ M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, op. cit., p. 31.

³¹⁴ Ritieni che questa sia una riforma «incompiuta» F. ROSSELLI, *La dottrina del secondo dopoguerra sull'interpretazione giudiziale. Il contributo della giurisprudenza in materia di rapporto di lavoro*, in *GC*, 2018, n. 1, p. 483 e ss. in quanto «l'art. 2 d.lgs. n. 40 del 2006 non è stato coordinato con le disposizioni codicistiche sul processo di merito. In quest'ultimo le caratteristiche del contratto collettivo come norma di diritto sono meno accentuate». Tuttavia, è lo stesso Autore ad osservare che in ogni caso «a norma dell'art. 425 c.p.c. il giudice può, anzi deve, fare richiesta del contratto alle associazioni sindacali e dunque acquisirne conoscenza d'ufficio, qualora ne ritenga necessaria l'applicazione. Ciò significa che egli non può rigettare la domanda oppure disattendere l'eccezione per mancata produzione del contratto collettivo, né può omettere di motivare a causa della relativa ignoranza». Sul punto l'Autore richiama P. LUISO, *Richiesta di informazioni alle associazioni sindacali ed ai patronati*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 497 e ss.

³¹⁵ Cfr. art. 35 Cost.

³¹⁶ Questo intreccio veniva spiegato efficacemente, con una metafora, da M. NAPOLI, *La tutela del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in M. NAPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, op. cit., p. 96 laddove osserva che «il diritto del lavoro non si è soltanto basato sulla

è stato sempre lineare. Nell'impianto del Codice Civile del 1942, questo rapporto è governato dal principio di gerarchia, come espressamente previsto dal legislatore all'art. 7 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile: «le norme corporative non possono derogare alle disposizioni imperative delle leggi e dei regolamenti». Tuttavia, il principio gerarchico continua a svolgere la funzione di criterio-guida anche dopo la caduta dell'ordinamento corporativo in quanto la supremazia della legge sul contratto collettivo viene riaffermata tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza (317) attraverso la ricostruzione in chiave privatistica del fenomeno sindacale (318), che consente alla legge di intervenire sulle clausole collettive difformi (319).

Questo rigido rapporto tra legge e contratto collettivo viene attenuato da un altro principio, quello del *favor*, che, accolto dalla giurisprudenza (320), a parere di una parte della dottrina troverebbe riscontro in alcune norme di diritto positivo (321). In questa ricostruzione, la legge statuale spiega la sua funzione unilaterale rispetto al contratto collettivo: in altri termini, questa interviene sulla fonte autonoma (il contratto collettivo) «soltanto quando l'atto di autonomia non sia conforme ai fini che l'ordinamento giuridico intende raggiungere. Ove invece lo sia, lo Stato non può che rispettarlo e lasciarlo sopravvivere» (322). In questa prospettiva, il contratto collettivo ha finito per

legislazione del rapporto e del mercato, ma ha sempre respirato con due polmoni: oltre alla norma inderogabile di legge, l'altro polmone è la contrattazione collettiva».

³¹⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 113; G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, op. cit., p. 102 e ss.

³¹⁸ G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, op. cit., p. 494.

³¹⁹ La dottrina fa quindi riferimento ai meccanismi previsti per i contratti diritto comune, cioè alle disposizioni artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. Sul punto si veda U. PROSPERETTI, *La funzione del diritto del lavoro nella politica economica*, in *RTDP*, 1964, p. 905 e ss., spec. p. 907. Contrario all'operatività di queste disposizioni nel rapporto tra legge e contratto collettivo è, invece, L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, p. 692 e ss., spec. p. 696 in quanto le stesse sono applicabili solo nei rapporti tra legge e autonomia privata individuale ed inoltre «poiché il conflitto tra legge e contratto collettivo può sorgere solo in funzione della disciplina di un concreto rapporto individuale di lavoro, non ha senso porsi la questione se la clausola difforme del contratto collettivo sia sostituita dal precetto legale, bensì ha senso soltanto la questione di quale delle due norme in conflitto – la norma legale o la norma collettiva – prevalga come fonte di integrazione degli effetti del contratto individuale di cui è causa». Sul punto, più di recente, v. A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *RGL*, 2008, n. 2, p. 183 e ss., spec. p. 192.

³²⁰ Cass. 6 settembre 1980, n. 5156, in *RIDL*, 1982, II, p. 42.

³²¹ Sul principio del *favor*, si veda O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, op. cit., p. 232; sul fondamento positivo di tale principio si rinvia allo studio di G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, op. cit., p. 494, nota 7. In senso contrario, invece, si pronuncia M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, ed. Utet, II ed., Torino, 2003, p. 82 secondo cui molte delle disposizioni richiamate dalla dottrina per dimostrare il fondamento nel diritto positivo del principio del *favor* non sono di sicura compatibilità con il contratto collettivo di diritto comune.

³²² V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, 1967, Milano, ed. Giuffrè, p. 96.

assumere una funzione «migliorativa o addizionale» e quindi predisponente «un trattamento più favorevole per il lavoratore» (323).

Tuttavia, con il mutamento del quadro economico degli anni Settanta, viene meno questo rapporto incentrato sulla «crescita qualitativa e quantitativa dei contenuti contrattuali» (324); anzi, attraverso una serie di interventi legislativi volti a coartare l'autonomia collettiva (325), il principio del *favor* entra irreversibilmente in crisi. Esso non è più cardine del sistema ma si espone al bilanciamento con altri valori, anch'essi rilevanti nell'ordinamento giuridico. Tuttavia, la Corte Costituzionale ben si riguarda dal concedere al legislatore di limitare costantemente l'autonomia collettiva. Infatti, in diverse sentenze, il giudice delle leggi ricorda che la limitazione di quel potere contrattuale può essere mirata solo «alla cura e alla tutela di interessi generali» (326) e abbia natura provvisoria, così da non compromettere in modo del tutto irragionevole il libero dispiegarsi della contrattazione (327).

Senonché, a partire dagli anni Ottanta, il contratto collettivo abbandona definitivamente la sola funzione migliorativa, per svolgere tutta una serie di funzioni regolative, talvolta anche *in pejus* rispetto alla disciplina legale. Funzioni individuate attraverso la ben nota tecnica del rinvio al contratto collettivo e che trovano la prima organica sistemazione a partire dalla riforma Biagi. La scelta legislativa si fonda su due principali scelte: *a*) coinvolgere il sindacato nell'attività di normazione, sia pure in chiave di completamento, integrazione o sostituzione del precetto legale in modo da adattare quest'ultimo ad uno specifico ambito di intervento (328); *b*) coinvolgere le formazioni sociali nella gestione di politiche del lavoro spesso impopolari (329).

Dobbiamo constatare che la tecnica normativa, ancora oggi, permea la legislazione del mercato del lavoro. Il continuo rinvio della legge al contratto collettivo è divenuto il

³²³ G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, op. cit., p. 495.

³²⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, n. 1, p. 16 e ss., spec. p. 24.

³²⁵ Trattasi di provvedimenti volti al contenimento del costo del lavoro e dell'inflazione attraverso il blocco della scala mobile: decreto-legge 1° febbraio 1977, n. 12, conv. con legge 31 marzo 1977, n. 91; decreto-legge 17 aprile 1984, conv. in legge 12 giugno 1984, n. 219. Per un'analisi, si veda P.G. ALLEVA, *Accordi di concertazione e Corte costituzionale*, in *DLRI*, 1987, p. 165.

³²⁶ Cfr. C. Cost. 23 giugno 1988, n. 697.

³²⁷ Sul punto v. C. Cost. 7 febbraio 1985, n. 34; C. Cost. 26 marzo 1991, n. 124; C. Cost. n. 24 giugno 2015, n. 178. Anche la dottrina è concorde nel ritenere che questi interventi del legislatore debbano essere di carattere eccezionale in quanto mirati a salvaguardare interessi vitali della comunità generale; v. L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, op. cit., p. 695. Diversamente, si porrebbe un limite ingiustificato all'autonomia collettiva di comporre in autonomia i propri equilibri; in questo senso, M. DELL'OLIO, *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il «dopo»)*, in *DLRI*, 1981, p. 1 e ss.

³²⁸ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, op. cit., p. 392.

³²⁹ G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, op. cit., p. 500.

«meccanismo tipico del diritto del lavoro» (330). Un meccanismo, però, che non sembra più essere improntato al modello piramidale delle fonti, quale proiezione del principio di gerarchia. Al contrario, nel rapporto tra legge e contratto emerge una «sostanziale interscambiabilità dei ruoli» (331). È in questo quadro evolutivo, che si coglie la crisi del normativismo (332) (e quindi del positivismo giuridico; cfr. Cap. II, Sez. II, § 3) e più nello specifico l’abbinamento del concetto di inderogabilità alla norma di legge posta dallo Stato volta a disciplinare determinate materie in difesa di corrispondenti *valori*. Il legislatore non si pone più l’obiettivo di regolare l’uso della forza lavoro attraverso l’introduzione di uno *standard* minimo ma impone inderogabilmente il possesso di alcuni requisiti alle forze sociali (la rappresentatività) per poter organizzare la regolazione (333). Si realizza così un quadro di regole «a rete» (334) utile a governare la complessità economica e sociale.

In estrema sintesi, l’inderogabilità non caratterizza più l’*oggetto* (la materia) ma il *soggetto*: la norma inderogabile si occupa tendenzialmente dell’individuazione dei requisiti che deve possedere il soggetto che dispone la regola. In questa prospettiva, la norma inderogabile si atteggia come *norma ordinativa*, volta ad individuare dei requisiti ai fini della produzione di determinati effetti, al venir meno dei quali si incorre nell’inefficacia dell’atto (335).

E’ in questa inversione che trova attualità l’intuizione di chi, davanti al mutare del rapporto tra legge e contratto collettivo, osservò che vi sarebbe stato un tendenziale «processo di assimilazione della norma imperativa di legge alle manifestazioni dell’autonomia collettiva privata» in quanto «la norma di legge non persegue più tanto l’obiettivo, conforme all’originaria funzione storica dell’intervento protettivo statale, di ristabilire un astratto ed ipotetico equilibrio contrattuale, quale premessa alla libera negoziazione delle condizioni di lavoro, ma piuttosto è diretta a recepire sul piano dell’ordinamento giuridico, generalizzandolo, l’equilibrio mutevole che si instaura sul mercato del lavoro nel confronto conflittuale degli interessi organizzati delle parti sociali» (336). L’art. 8 del decreto-legge n. 138 del 2011 rappresenta il compiuto tentativo del legislatore di mettere su un piano paritetico le due fonti (337).

Questa tendenza conduce inevitabilmente alla sostituzione dell’assetto istituzionale delle fonti del diritto, governato dal criterio gerarchico, con un assetto “mobile” delle

330 M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, op. cit., p. 185.

331 P. TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, op. cit., p. 160.

332 L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, in *RI*, n. 11, p. 13 e ss.

333 L’espressione è utilizzata da M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, op. cit., p. 471.

334 M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *DLRI*, 2002, p. 85 e ss., spec. p. 91.

335 A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., spec. p. 192.

336 G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, op. cit., p. 423.

337 In chiave critica, rileva questa tendenza anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1, p. 61 e ss.

fonti (338), che deve essere adeguatamente presidiato, dati gli effetti socialmente pericolosi che ne possono derivare. Il consulente del lavoro è, nei fatti, un soggetto istituzionale che può svolgere questa funzione di controllo.

2. I rinvii alla contrattazione collettiva: descrizione del modello normativo e la sua compatibilità con l'(inattuato) art. 39 Cost.

Come detto nel precedente paragrafo, ci troviamo di fronte ad un sistema normativo che vede legge e contratto collettivo costantemente combinati tra loro attraverso la tecnica del rinvio (339). In questi termini, si registrano – seppure in via generale giacché risulta arduo riuscire a fornire una tassonomia completa di tutte le casistiche in cui la fonte eteronoma dispone competenze regolative in favore della fonte autonoma (340) – tre principali modelli di interazione:

a) un primo modello che vede il contratto collettivo delegato dettare una regola concorrente o diversa da quella disposta dalla legge. Un esempio di questo modello si rinviene nell'art. 2120, comma 2 cod. civ. (341). La disposizione collettiva può, in questo caso, derogare anche la norma statutale (342);

b) un secondo modello abilita il contratto collettivo ad integrare la norma statutale e quindi a dettare una disciplina a completamento di quella prevista dalla norma di legge (343);

c) un terzo e ultimo modello, che vede la norma di legge operare solo laddove il contratto collettivo non abbia disciplinato la materia (344).

³³⁸ In questa prospettiva, v. M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro*, 1990, ed. ESI, p. 13.

³³⁹ Per un'ampia analisi sulle tipologie di rinvio, v. P. PASSALACQUA, *Autonomia Collettiva e Mercato del Lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, op. cit., p. 115. Più di recente, I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, ed. Jovene, 2018.

³⁴⁰ P. TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, op. cit., p. 139.

³⁴¹ L'art. 2120, comma 2 cod. civ. prevede che «salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua, ai fini del comma precedente, comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese».

³⁴² E. GHERA, *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale*, in *RIDL*, 1988, n. 1, p. 22 e ss.; L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, op. cit., p. 692 e ss. Secondo C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, op. cit., pp. 1-2, attraverso questo modello, il legislatore perseguirebbe l'obiettivo di incentivare quanto più possibile l'adesione alla contrattazione collettiva.

³⁴³ Rinvio esemplificativo di questo modello, tra i tanti, è l'art. 41 del d.lgs. n. 81 del 2015; v. sul punto anche quanto osservato da F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., p. 70.

³⁴⁴ Si pone in questa prospettiva l'art. 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223 laddove prevede che «l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei

Il rapporto tra legge e contratto collettivo così strutturato consentirebbe al secondo di spiegare nei fatti una efficacia generalizzata su tutta la categoria professionale, fermo restando il dubbio circa la compatibilità del modello con l'art. 39 Cost. (345) Infatti, la problematica ha condotto molti interpreti a ritenere che nell'intento del legislatore, attraverso la tecnica del rinvio, vi sarebbe stato il tentativo surrettizio di attribuire un'efficacia generalizzata al contratto collettivo, posto che nell'ambito del meccanismo della devoluzione del potere normativo, questo rileva come fonte normativa. La diretta conseguenza di questa tecnica normativa condurrebbe a delineare un quadro regolatorio in netto contrasto con l'art. 39, commi 2, 3 e 4 Cost. (346).

Tuttavia, secondo una autorevole ricostruzione dottrinale pronunciata sulla problematica (347), la seconda parte dell'art. 39 Cost. e la tecnica normativa del rinvio si muovono lungo due percorsi logico-normativi del tutto differenti. La disposizione costituzionale, infatti, ha lo scopo di calmierare la concorrenza all'interno della categoria professionale, attraverso un'adeguata partecipazione delle organizzazioni sindacali al negoziato proporzionalmente ai propri iscritti.

La legislazione "delegata" o "di rinvio", invece, affida alle parti sociali l'esercizio di una «funzione regolativa propria della legge», attribuendo quindi all'autonomia collettiva un «potere normativo [...] circoscritto ad ambiti di materia specializzati». Se così è, allora bisogna concludere che «ci si muove in una prospettiva capovolta rispetto a quella dell'art. 39 Cost., che riguarda l'area dei così detti trattamenti economici e normativi, tradizionalmente presieduta dall'autonomia collettiva ed implicitamente prevista – da quella norma – come oggetto tipico del contratto collettivo» (348).

Diversamente, attraverso la tecnica del rinvio (o della delega), il legislatore affida all'autonomia collettiva la funzione di esercitare un potere regolamentare ristretto, circoscritto a tematiche individuate dalla legge statale, tale da non consentire di ipotizzare un'elusione della disposizione costituzionale (349). Sebbene la prospettiva qui riportata trovi ampi riscontri in dottrina (350), vi è altra parte della dottrina che ascrive la

seguenti criteri in concorso tra loro; a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative».

³⁴⁵ In questi termini, M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, n. 1, 1989, p. 357 ss., spec. p. 364 ove l'Autrice osserva che, fermo restando il problema di compatibilità con l'art. 39 Cost., i contratti collettivi delegati devono avere la stessa efficacia normativa e generale propria della legge delegante.

³⁴⁶ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, op. cit.; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 497.

³⁴⁷ F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., p. 69 e ss.

³⁴⁸ F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., p. 70.

³⁴⁹ F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., p. 71.

³⁵⁰ Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo come fonte del diritto*, in Aa. Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, 2002, ed. Giuffrè, Milano, spec. p. 231, che ritiene opportuno distinguere tra contratti collettivi *normativi* e contratti collettivi *paralegislativi*, nel senso che solo questi ultimi, chiamati ad assolvere funzioni legislative, sarebbero fonti di diritto, estranee all'art. 39 Cost., e per questo non

tecnica del rinvio all'area della legislazione promozionale, nell'ottica di valorizzare il sistema sindacale di fatto (351). Infatti, la possibilità di derogare (cfr. lett. *a*) o di integrare (cfr. lett. *b*) attraverso il contratto collettivo il precetto legale, dovrebbe indurre il datore di lavoro ad aderire ai sistemi di relazioni industriali già consolidati nella realtà (352), in quanto consentono al datore di lavoro di utilizzare in modo flessibile parte della disciplina normativa.

M. D'Antona ebbe modo di osservare che il rinvio alla contrattazione «ha assunto ormai i caratteri di un modello alternativo» a quello delineato dall'art. 39, commi 2, 3 e 4 Cost. senza però contrastare con esso; ed infatti, il legislatore si limiterebbe ad assegnare «autorità normativa» ad atti che restano in ogni caso di natura negoziale. In questa prospettiva, la legislazione non assegnerebbe una funzione normativa al contratto collettivo ma interverrebbe «*ex post* ai fini di sostegno o riconoscimento o regolazione, senza altere il fondamento volontario» del contratto collettivo e «i criteri di autolegittimazione che presiedono al suo fondamento, appunto perché lo svolgimento *inter partes* dell'attività contrattuale è, rispetto all'intervento legislativo, un *prius* o comunque una variabile esterna» (353).

Infine, non è mancato chi ha osservato che, oltre all'art. 39, commi 2, 3 e 4 Cost., occorre valutare la compatibilità del modello con il principio di libertà sindacale nella sua accezione “negativa” – cioè la libertà di non aderire a nessun sistema di

confliggenti con esso. Sulla questione v. anche G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in AA. VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 112 e ss. In tal senso, B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, op. cit., p. 4, definiscono tali rinvii come attribuzione al contratto collettivo di una funzione “paralegislativa”. V. anche G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, n. 4-5, p. 970 ss., secondo cui quando la fonte eteronoma si intreccia con quella autonoma, quest'ultima spiega un'efficacia necessariamente generale e, in quanto assolvente funzioni di tutela di interesse anche generale, vincola anche i lavoratori non iscritti alle organizzazioni stipulanti.

³⁵¹ V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, pp. 275-307, spec. pp. 292-293, secondo cui, infatti, il rinvio al contratto collettivo da parte della legge non fa acquistare efficacia generalizzata alla disposizione contrattuale; al contrario, le disposizioni contrattuali oggetto di rinvio potranno essere applicate solo dai «datori di lavoro che effettivamente applicano il contratto collettivo (deve intendersi, integralmente)». In questa prospettiva, la clausola contrattuale conserva «l'ambito di efficacia che le è proprio: ossia quello derivante dall'adesione del datore di lavoro all'associazione datoriale stipulante ovvero dall'applicazione volontaria da parte dello stesso del contratto collettivo in questione».

³⁵² Il rinvio al contratto collettivo attraverso il criterio della rappresentatività, come osserva V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., pp. 295-296, ha l'obiettivo di interagire con organizzazioni «affidabili, in modo che la clausola collettiva integrativa e/o modificativa sia l'esito di un processo negoziale genuino». In altri termini, il legislatore ha voluto affidare «quel compito soltanto ai sindacati che, più di altri, siano capaci di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo che gli stessi operino non secondo scelte proprie, bensì come gruppo (o, se si preferisce, che siano portatori di interessi collettivi determinati – nell'ambito nazionale o del settore produttivo – nell'ambito nazionale o del settore produttivo – a livello più ampio e generale possibile)».

³⁵³ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, op. cit., p. 114.

rappresentanza o contrattuale –, implicitamente previsto dall'art. 39, comma 1 Cost. Ed infatti, per una maggiore coerenza della tecnica normativa con la disposizione costituzionale, non si dovrebbe parlare di efficacia generalizzata del contratto collettivo delegato in quanto questo sarebbe limitato, oltre che agli iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, ai non dissenzienti (354).

2.1. Il contratto collettivo tra fonte di diritto oggettivo e atto di autonomia privata

L'interscambiabilità dei ruoli tra legge e contratto collettivo attraverso la tecnica del rinvio appena illustrata (cfr. § 2), ha indotto la dottrina a riflettere se il contratto collettivo possa, considerata l'evoluzione del quadro normativo, essere ritenuta una fonte di diritto oggettivo o resti comunque nell'area degli atti dell'autonomia privata, sia pure nell'ambito della *species* autonomia privata collettiva.

Come già accennato (cfr. Cap. I, § 3; Cap. II, Sez. II, § 4), un primo orientamento dottrinale ha osservato che il contratto collettivo è caratterizzato da una varietà di regimi giuridici e quello del rinvio disposto dalla legge proietterebbe l'atto in una dimensione pubblicistica, in quanto fonte dell'ordinamento intersindacale concorrente con quella dell'ordinamento statale (355). In questa prospettiva, non è mancato poi chi ha sostenuto che il contratto collettivo sia una fonte-fatto, in quanto atto ritenuto dal legislatore idoneo a produrre norme giuridiche (356). In questo filone interpretativo, vi è anche l'opinione di chi sotto il profilo funzionale, ritiene che il contratto collettivo si atteggi a fonte di diritto oggettivo per i gli effetti che produce nella regolazione del rapporto di lavoro (357).

Si è parlato anche di fungibilità del contratto collettivo rispetto alla legge (358) alla luce di alcune recenti modifiche normative che hanno interessato le disposizioni regolanti il processo civile del lavoro (cfr. artt. 360, 420-*bis* c.p.c.; sul punto, v. *infra*, Sez. II, § 3). Tra le posizioni più articolate sulla questione, figura quella di F. Modugno in quanto riflette sul contratto collettivo come fonte non solo dalla prospettiva della capacità dell'atto di porsi come fonte-fatto ma rileva come l'azione contrattuale del sindacato non si ponga soltanto nel solco della rappresentanza civilistica secondo cui il contratto collettivo spiegherebbe gli effetti esclusivamente sui propri iscritti; al contrario, il sindacato, agendo nell'interesse dell'intera categoria professionale –

³⁵⁴ V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, op. cit., p. 497.

³⁵⁵ L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa*, op. cit., p. 243 e ss.

³⁵⁶ G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le funzioni della contrattazione collettiva*, op. cit., p. 112 e ss.

³⁵⁷ M. RICCI, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, op. cit., p. 138 e ss., sebbene specifici che trattasi solo di una qualificazione osservando l'atto da una prospettiva funzionalistica ma sotto il profilo formale, l'atto resterebbe comunque espressione dell'autonomia privata e quindi subordinato alla legge.

³⁵⁸ B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, op. cit., p. 2.

desumibile anche dalle clausole e dagli scopi statutari – si rivestirebbe di una sua autonoma rappresentatività, categoria concettuale di natura pubblicistica (359).

Infine, anche la dottrina pubblicistica si è interessata al contratto collettivo come fonte oggettiva di diritto, fondando tale assunto sul fatto che nel momento in cui la legge vi fa rinvio, l'autonomia collettiva eserciterebbe un potere normativo con efficacia generalizzata e nei limiti da essa individuati (360).

Tuttavia, la letteratura non è unanime sulla questione. All'orientamento fin qui richiamato, si contrappone un altro orientamento interpretativo, volto a sostenere che il rinvio operato dalla legge al contratto collettivo, non fa mutare la natura dell'atto che resta di natura negoziale ed espressione di interessi tra loro contrapposti (361). Più di recente, è stato anche osservato che il contratto collettivo oggetto di rinvio rientrerebbe in una formazione complessa della legge dalla quale ne discenderebbe l'efficacia generalizzata, che però resta in capo all'atto che ha generato la fattispecie (la legge) e condiziona solo indirettamente l'estensione applicativa del contratto, che resta un atto di autonomia privata (362).

2.2. Le posizioni assunte dalla Corte Costituzionale sulla compatibilità del contratto collettivo delegato con l'art. 39 Cost. e sulla sua qualificazione.

Il diritto del lavoro si è, come già ricordato (cfr. Cap. I, § 4), edificato grazie all'incontro tra la prassi sindacale e le feconde argomentazioni addotte dai giuristi che hanno poi pervaso il ragionamento giuridico dei giudici (363). Le sentenze, infatti, hanno spesso dato rilevanza alle tesi formulate dalla dottrina.

Il dibattito dottrinale sulla contrattazione collettiva delegata e la sua compatibilità con l'art. 39 Cost., nonché la qualificazione del contratto collettivo contesa tra la ricostruzione privatistica e quella invece relativa alla fonte di diritto oggettivo, trova significative tracce nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima, in diverse pronunce, ha più volte ribadito che il contratto collettivo delegato dalla legge ad integrare il precetto normativo o, diversamente, a derogarlo, non contrasterebbe con il modello delineato dal legislatore all'art. 39 Cost. in quanto l'ambito di applicazione della disposizione costituzionale sarebbe circoscritto ai soli contratti collettivi normativi, cioè quei contratti la cui funzione è quella di regolare il contenuto dei singoli rapporti di lavoro all'interno della categoria professionale (364). Il contratto collettivo

³⁵⁹ F. MODUGNO, *Le fonti normative nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 116.

³⁶⁰ A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 1990, n. 1, p. 15 e ss.

³⁶¹ M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, op. cit., p. 18; P. PASSALACQUA, *Autonomia Collettiva e Mercato del Lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, op. cit., p. 115.

³⁶² R. ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, ed. Il Mulino, 2014, p. 94.

³⁶³ G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, op. cit., p. 7 e ss.

³⁶⁴ Cfr. Cort. Cost. 30 giugno 1994, n. 268.

delegato, invece, non colliderebbe con l'art. 39 Cost. perché anzitutto l'efficacia generale che ne deriva proviene dalla legge che ad esso rinvia (365); inoltre, questo contratto ha ad oggetto solo alcune materie – e non tutto il contenuto del rapporto di lavoro – e precisamente quelle che «esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali [da tutelare] connessi al mercato del lavoro» (366).

Nell'ottica della Corte Costituzionale, quindi, non vi sarebbe una collisione tra il modello di integrazione legge-contratto utilizzato dal legislatore e l'art. 39 Cost., nei limiti in cui questa tecnica normativa venga utilizzata per disciplinare alcuni assetti generali del mercato del lavoro (grado di elasticità di utilizzo della manodopera, accesso alle misure di sostegno all'occupazione etc.). In altre parole, il rinvio deve essere connesso a «specifiche materie relative al mercato del lavoro» (367).

Senonché, oltre a risolvere il potenziale contrasto con l'art. 39 Cost., la Corte Costituzionale ha anche precisato che le «leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale» configurerebbe questa «come fonte *extra-ordinem* destinata a soddisfare esigenze ordinarie che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, Cost.» (368). Peraltro, in una successiva pronuncia, la Corte ha avuto anche modo di precisare che l'effetto generalizzato derivante dal contratto collettivo delegato non è eguagliabile all'efficacia *erga omnes* del modello contrattual-collettivo delineato dall'art. 39 Cost. ma deriva dall'obbligo del datore di lavoro di conformarsi ad alcuni atti ai quali la legge fa rinvio e che si riflettono inevitabilmente sul contratto individuale di lavoro (369).

Anche con la recente sentenza 26 marzo 2015, n. 51 la Corte Costituzionale si è pronunciata ancora sulla questione, con riferimento all'art. 7, comma 4 del decreto-legge n. 248 del 2007. Questa disposizione impone alle società cooperative che tra una pluralità di contratti collettivi queste devono applicare «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». I giudici delle leggi hanno confermato che la norma non si pone in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto, in estrema sintesi, rappresenta la codificazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto al giudice il potere di utilizzare il contratto collettivo come parametro esterno per dare concretezza alla proporzionalità e alla sufficienza della retribuzione *ex art.* 36 Cost.

Tuttavia, parte della dottrina si è pronunciata in modo critico rispetto al ventennale orientamento della giurisprudenza costituzionale che ha sempre cercato di salvaguardare la tecnica normativa da possibili censure. In particolare, ha mosso critica B. Caruso sul

³⁶⁵ V. ancora M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, op. cit., p. 364.

³⁶⁶ Cfr. Cort. Cost. 18 ottobre 1996, n. 344.

³⁶⁷ Cfr. Cort. Cost. 18 ottobre 1996, n. 344.

³⁶⁸ C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, op. cit., p. 30.

³⁶⁹ Su questi aspetti, v. Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309.

punto sottolineando come da un lato la formulazione dell'art. 39 Cost. sia rimasta inattuata mentre sono accresciuti i rinvii alla contrattazione collettiva; dall'altro, si limita a notare – pur non giustificando le argomentazioni addotte dalla Corte – che le pronunce si innestano in una dinamica di relazioni industriali mutata rispetto al 1948 (370).

Critiche severe alla giurisprudenza della Corte Costituzionale (in particolare alla sentenza n. 344 del 1996) provengono anche da chi fa notare come sia concretamente arduo circoscrivere le caratteristiche di una fonte di diritto *extra ordinem*. Ci si chiede infatti quali siano i canoni ermeneutici per poterla riconoscere (371). V. Maio non nega, infatti, che sia possibile parlare di fonti di diritto *extra ordinem* qualificabili come tali in base alla loro effettività nel complesso quadro dei rapporti sociali; ma ciò impone di «considerare l'ordinamento, non come un sistema di norme, ma come una società effettivamente organizzata» (372). Ma «l'investimento che l'interprete fa sulla fonte *extra ordinem* – secondo V. Maio – è solo apparentemente a “costo zero”» (373) perché traslata la concezione istituzionalistica dell'ordinamento giuridico «dal piano teorico a quello tecnico-operativo, subito ci si avvede che molto meno chiari ed oggettivi risultano essere, inevitabilmente, i criteri di selezione del diritto *extra ordinem*, ed il regime o stato che, a seconda dei casi, si applica a quel diritto». Il rischio è quello di qualificare come tali anche semplici clausole d'uso e pratiche ad esse assimilabili (374).

Sotto altri profili, non è mancato chi ha mosso critica alla giurisprudenza costituzionale sostenendo che le recenti pronunce si pongono in netto contrasto con la storica sentenza del 19 dicembre 1962, n. 106 nella quale la Corte stabiliva che l'art. 39 Cost. riconosceva alle organizzazioni sindacali il diritto al conflitto e alla composizione di questo tramite il contratto collettivo, la cui efficacia *erga omnes* era soggetta alle procedure previste dalla disposizione costituzionale (375). Pertanto, argomentava la Corte, «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». Secondo parte della dottrina (376), laddove la Corte parla di “medesimo risultato”, si dovrebbe intendere che il giudice delle leggi ritiene censurabile non solo la disposizione che apertamente viola l'art. 39 Cost. ma anche quei meccanismi legislativi che nella sostanza conducano al medesimo risultato.

370 B. CARUSO, “Costituzionalizzare” il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicistica, in *LD*, 2014, p. 595 e ss., p. 610.

371 V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, op. cit., p. 269 e ss.

372 R. MENEGHELLI, *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e le fonti extra ordinem: spunto critico*, in *DS*, 1992, p. 254 e ss.

373 V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, op. cit., p. 269 e ss.

374 V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, op. cit., p. 270 e ss.

375 C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, op. cit., p. 29.

376 C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, op. cit., p. 29.

Infatti, come osservava V. Pinto nel 2002, sebbene allora la tecnica normativa non era affetta da vizi di costituzionalità perché circoscritta a pochi ambiti di intervento, il problema si sarebbe potuto porre in futuro qualora la tecnica si fosse consolidata (377). In altri termini, qualora quella tecnica fosse stata utilizzata per disciplinare ogni singolo aspetto del rapporto di lavoro tale da incidere in modo determinante sulle dinamiche dell'ordinamento intersindacale e più in generale sul pluralismo sindacale a tal punto da far ritenere all'interprete che l'agibilità della contrattazione collettiva rispetto alla legge sarebbe dipesa solo dal negoziato con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, si sarebbe andati incontro ad un'ipotesi di incostituzionalità del rinvio, in quanto elusivo dell'art. 39 Cost.

Tuttavia, questo assunto può essere e sarà decostruito (v. *infra* § 4) abbandonando i classici criteri ermeneutici che possono svilire il valore del pluralismo sindacale, per aprire la strada ad opzioni interpretative coerenti con il principio democratico sancito dalla Costituzione precedentemente richiamato (cfr. Cap. II, Sez. II, § 1).

2.3. L'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla qualificazione del contratto collettivo

Di diverso tenore, invece, è stato il percorso giurisprudenziale della Corte di Cassazione. Infatti, il supremo organo giudicante, nella maggior parte dei casi, ha sempre ribadito che il contratto collettivo è un contratto di diritto comune che «ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione» (378).

Diversamente dalla Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione si è dovuta occupare, invece, di una questione che, per vie indirette, avrebbe fatto del contratto collettivo la “fonte” di regolazione dei rapporti di lavoro di una determinata categoria professionale. Infatti, è noto il contrasto giurisprudenziale che si è venuto a creare sulla portata applicativa dell'art. 2070 cod. civ. al contratto collettivo di diritto comune. Con l'obiettivo di “recuperare” la funzione di questa disposizione, in base al quale il datore di lavoro deve applicare il contratto corrispondente alla propria attività d'impresa e nel caso di molteplici attività, distinti contratti collettivi qualora le attività d'impresa siano autonome tra loro oppure il contratto collettivo stipulato per l'attività d'impresa principale o prevalente, un primo orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte ha ritenuto che l'applicazione della stessa consentiva di sostenere le esigenze organizzative del sindacato di categoria (379); inoltre, consentiva di perseguire interessi di natura pubblicistica in quanto garantiva lo sviluppo della contrattazione collettiva di

³⁷⁷ V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., p. 294.

³⁷⁸ Così Cass. Sez. Un. 26 marzo 1997, n. 2665.

³⁷⁹ Cfr. *ex multis* Cass. 23 novembre 1984, n. 6063.

settore (380). Di altra opinione era, invece, l'ordinamento che sosteneva l'inapplicabilità di tale disposizione in quanto non compatibile con la natura giuridica del contratto collettivo nell'epoca repubblicana (381).

Senonché, le Sezioni Unite della Corte hanno composto il contrasto propendendo per quest'ultimo orientamento. Infatti, il Supremo Collegio, con la sentenza 26 marzo 1997, n. 2665 ha chiarito (definitivamente) che in virtù del principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, comma 1, Cost. ne 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 delle categorie professionali. Nessuna norma impone oggi la categoria professionale quel strumento coattivo di organizzazione dei datori e dei prestatori di lavoro». Conseguentemente «il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale». Tuttavia, al lavoratore non è fatto divieto comunque di convenire in giudizio il datore di lavoro per farsi riconoscere il trattamento economico conforme ai canoni dell'art. 36 Cost. Infatti, è solo in questo caso che l'art. 2070 cod. civ. recupera la sua funzione, secondo l'argomentazione della Corte. Cioè, nel caso in cui il lavoratore lamenti un'insufficienza della retribuzione, il giudice potrà, accertandone i presupposti, prendere a riferimento il contratto collettivo del settore per determinare in via giudiziale l'importo del salario da corrispondere.

2.4. La necessità per il consulente del lavoro di qualificare il contratto collettivo come fonte *extra ordinem*

Il principio sancito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2665 del 1997, seppur valevole in punta di diritto, calato sul piano pratico induce l'interprete a valutare con attenzione l'individuazione del contratto collettivo, in particolare per quei datori di lavoro che non hanno aderito a nessun sistema di relazioni industriali.

Non va infatti accantonata la pervasiva legislazione promozionale della contrattazione collettiva: l'art. 1, comma 1 del decreto-legge n. 338 del 1989, qui più volte richiamato, rappresenta la casistica più esemplificativa. A questa si aggiunge, introdotto di recente, l'art. 30, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 (il nuovo codice degli appalti pubblici) (382). Queste disposizioni condizionano necessariamente la scelta del contratto, anche nell'ottica di prevenire un potenziale contenzioso con gli organi

³⁸⁰ Di questa opinione, *ex multis*, Cass. 9 novembre 1983, n. 6652; Cass. 23 novembre 1984, n. 6063; Cass. 21 gennaio 1985, n. 237; Cass. 10 novembre 1987, n. 8289; Cass. 1° giugno 1988, n. 3712; Cass. 6 novembre 1995, n. 11554.

³⁸¹ Cfr. *ex multis*, Cass. 22 gennaio 1992, n. 695; Cass. 30 gennaio 1992, n. 976; Cass. 26 gennaio 1993, n. 928; Cass. 9 giugno 1993, n. 6412.

³⁸² Per una disamina completa, v. *infra* Sez. II, § 4.

ispettivi (383). Inoltre, non va sottaciuto che la vocazione del contratto collettivo è, per certi versi, quella di realizzare una mediazione «tra l'astratto precetto legale e la concretezza dei rapporti di produzione» (384). È in questo ordine di idee, dunque, che il consulente del lavoro valuta l'applicazione del contratto collettivo, cioè osservando la «sua personalissima storia; una sua genia che ha le radici nel settore produttivo di riferimento e che viene tradotta in norme contrattuali dagli attori che più di tutti dovrebbero conoscerne nell'intimo i meccanismi di funzionamento, di tal modo da esser in grado di offrire regole "vestite su misura" della categoria all' indefinito ed indistinto panorama di lavoratori che, in un dato tempo, saranno impiegati in certe attività» (385).

Sebbene, dunque, la giurisprudenza della Corte di Cassazione svincoli i datori di lavoro non sindacalizzati dall'obbligo di applicare il contratto collettivo negoziato dai sindacati per l'attività che svolge, il consulente, nella prospettiva di prevenire il conflitto e di gestire i rapporti di lavoro con regole che meglio si attanagliano alle esigenze organizzative dell'impresa, ricorre al contratto della categoria per non discostarsi dalle modalità normalmente praticate in un determinato segmento del mercato (386) e per non alterare il costo del lavoro praticato nel settore, con la mera finalità di agevolare alcuni *competitor*.

Se il diritto del lavoro e più specificamente l'inquadramento giuridico del contratto collettivo continua ad essere indagato dal «punto di vista concreto del giudice che necessariamente analizza il problema delle fonti sul piano formale» (387), considerando dunque tra queste solo quelle «nate dal travaglio dell'esperienza giuridica» e stabilizzatesi nell'ordinamento «attraverso la formalizzazione normativa» (388), non si giungerà mai a comprendere che la consueta impostazione dogmatica impedisce per certi versi di cogliere la trasformazione dell'ordinamento giuridico. Non può essere negata, infatti, «la tendenza alla moltiplicazione dei luoghi di produzione normativa», nonché il continuo incrociarsi tra norme pubbliche e private non in una logica di alternanza ma di complementarità. È con questa visione che andrebbe riconosciuto il rango di fonte a quelle forme di «potestà autoregolamentare della società civile» (389), che cooperano anche con il soggetto pubblico ai fini della produzione di norme che

383 In questa prospettiva, A. PAONE, *Scelta del contratto da applicare al rapporto di lavoro: criticità*, in *DPL*, 2017, n. 44, pp. 2678 e ss., spec. p. 2681.

384 R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 141.

385 A. PAONE, *Scelta del contratto da applicare al rapporto di lavoro: criticità*, op. cit., p. 2678.

386 Anche in questo caso riemerge la prospettiva analitica di R. BOWLES, *Laws and Economy*, op. cit. che invita l'operatore economico a stare distante da operazioni giuridiche dall'esito incerto.

387 V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, op. cit., p. 282.

388 E. PARESCHE, (voce) *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, ed. Giuffrè, 1968, p. 896.

389 F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *PL*, 2001, p. 543 e ss.

spiegano la loro efficacia anche nei confronti di soggetti terzi. Ed è una tendenza che non caratterizza solo il diritto del lavoro ma anche altri rami dell'ordinamento (390).

Non deve poi essere d'ostacolo a questo inquadramento, come osservato da autorevole – seppur datata – dottrina, l'elencazione tassativa contenuta nell'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale. Secondo G. Ferraro, si tratterebbe, infatti, di una tassatività solo apparente poiché essendo quella disposizione «precedente l'emanazione della Costituzione va aggiornata con i nuovi principi e valori che vi sono contenuti»; e i valori che l'ordinamento esprime nella Carta Costituzionale propendono per il riconoscimento dell'«idoneità dell'autonomia collettiva ad esprimere valori e regole di condotta secondo obiettivi conformi alle linee di sviluppo dell'ordinamento in generale» (391). Potremmo concludere, quindi, che è nello spirito e nella *ratio* della Costituzione Italiana che si rinviene una concezione “sociale” del diritto, e cioè il riconoscimento dell'autonomia di diversi ordinamenti (anche preesistenti) la cui giuridicità non è diversa da quella che pervade le norme dell'ordinamento generale. Anzi, quest'ultimo ne contribuirebbe ad aumentare solo il grado di coattività «nel momento in cui [la norma dell'ordinamento particolare] diventa direttamente rilevante per l'ordinamento generale» (392). È in questo senso, allora, che si spiega ancora meglio quanto già, per certi versi, anticipato: il diritto dell'autonomia collettiva è una delle molteplici modalità di esercizio della sovranità popolare in chiave democratica (cfr. Cap. II, Sez. II, § 1) e l'istituzione di un'apposita figura professionale quale il consulente del lavoro (cfr. Cap. II, Sez. I; Cap. II, Sez. II, § 4) è mirata a dotare di maggiore coattività questa fonte sociale del diritto.

3. Il criterio selettivo della rappresentatività per l'individuazione del contratto collettivo delegato. La maggiore rappresentatività e la sua crisi.

Come anticipato (cfr. § 2), l'obiettivo (e il problema) del legislatore di elevare a fonte di diritto oggettivo il contratto collettivo inizia a manifestarsi in modo incisivo con l'adozione di alcune leggi che espressamente affidano parte della regolazione alla fonte sociale. In questo paragrafo, cercheremo di analizzare brevemente la *ratio* del criterio;

³⁹⁰ Esemplificativi sono gli artt. 9 e 11, comma 1 della legge n. 241 del 1990 laddove rispettivamente prevedono che «qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento» e «l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero [...] in sostituzione di questo». Sul punto v. L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *RTDPC*, 2017, n. 4, p. 1127 ss. Più di recente, sia consentito il rinvio sulla tematica a G. PIGLIALARMÌ, *La contrattazione sociale territoriale: inquadramento giuridico del fenomeno attraverso l'analisi contrattuale*, op. cit..

³⁹¹ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, op. cit., p. 280.

³⁹² G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, op. cit., p. 281.

tuttavia, ampio spazio sarà dedicato a come questo opera, o meglio a come potrebbe operare nella prospettiva secondo cui sarebbe il consulente del lavoro a dover selezionare adeguatamente i sistemi di relazioni industriali che possono coltivare il rinvio della legge. Il rinvio alla contrattazione collettiva non è stato sempre governato dalla stessa tecnica normativa ma è variato nel tempo. Cercheremo quindi di spiegare le motivazioni incitanti il cambiamento e come l'intervento del consulente sia mutato rispetto ad esso.

Con l'obiettivo di sostenere la già sviluppata azione sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, come è noto, il legislatore ha emanato la legge n. 300 del 1970 (lo Statuto dei lavoratori) che rappresenta un primo intervento normativo organizzativo del fenomeno sindacale, codificante prassi già esistenti nell'ordinamento intersindacale e introducendo anche una serie di disposizioni innovative. In questa legge, il legislatore fa una scelta significativa, che incide sullo sviluppo dell'attività sindacale. Da una parte, riconosce un ventaglio di diritti a tutte le organizzazioni sindacali (artt. 1-15), dall'altra riserva alcune modalità d'attuazione dell'azione sindacale al solo sindacato "maggiormente rappresentativo sul piano nazionale" (artt. 19-27) (393). Tuttavia, lo Statuto dei lavoratori non identificava dei criteri ermeneutici per stabilire quali fossero i sindacati da considerare maggiormente rappresentativi. Sicché, in questo vuoto legislativo, si è inserita la giurisprudenza e la prassi amministrativa nel tentativo di colmare questa mancanza. In realtà, di "mancanza" o "dimenticanza" del legislatore proprio non si potrebbe parlare in quanto la formula è stata concepita per disciplinare l'attività sindacale nei luoghi di lavoro e di contrattazione dell'unico grande blocco di rappresentanza che per oltre cinquant'anni ha rappresentato l'ordinamento intersindacale: le confederazioni Cgil, Cisl e Uil (394).

Si tratterebbe, come pure è stato detto, di una rappresentatività presunta o "storica" in quanto fotografante l'effettività dell'azione sindacale delle tre grandi confederazioni

³⁹³ Formula poi espunta dall'art. 19 St. lav. dal referendum abrogativo del 1995. Inizialmente, infatti, era previsto che il sindacato dovesse essere aderente alle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 19 comma 1, lett. a) oppure firmatario del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva (art. 19, comma 1, lett. b). A seguito degli interventi referendari e dei diversi giudizi di costituzionalità che si sono succeduti sulla disposizione (da ultimo, Cort. Cost. n. 231 del 2013), la disposizione di legge è stata ridimensionata.

³⁹⁴ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, op. cit., p. 79. Dello stesso parere è G. PERA, *Gli artt. 39 e 40 della Costituzione*, in *LPO*, 1976, p. 1497 e ss. ma ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, 2006, ed. Giuffrè, vol. 2, p. 1445 e ss., spec. 1449, ove osserva che «il concetto di "maggiore" è evanescente in teoria e di incerta applicabilità in fatto. Di fatto tutto regge in quanto quello che è certo il complesso dei sindacati maggioritari (CGIL, CISL, UIL) procede unitariamente in federazione». V. anche G. PERA, *Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio?*, in *RIDL*, 2000, n. 1, p. 97 e ss. ma ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, 2006, ed. Giuffrè, vol. 2, p. 1699 e ss., spec. p. 1704 secondo cui il criterio della maggiore rappresentatività è efficace finché «il patto costituzionale d'unità d'azione funziona; diverso quando questo patto s'incrina». V. infine, G. PERA, *Un libro ed un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, in *MGL*, 1981, p. 528.

(395), che in quegli anni raggiunse l'apice con la stipulazione del patto federativo del 24 luglio 1972, che unificava la gran parte delle rappresentanze della classe lavoratrice (396).

La formula del “sindacato maggiormente rappresentativo” è stata adottata poi anche dalla legge 30 dicembre 1986, n. 936 ai fini della designazione dei membri del CNEL. In questo caso, però, il legislatore specifica anche quali criteri debbano essere presi in valutazione per poter qualificare come “maggiormente rappresentativo” un'organizzazione sindacale; infatti, l'art. 4, comma 5 prevede che il grado di rappresentatività deve essere desunto avendo riguardo «all'ampiezza e alla diffusione delle loro strutture organizzative, alla consistenza numerica, alla loro partecipazione effettiva alla formazione e alla stipulazione dei contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro e alle composizioni delle controversie individuali e collettive di lavoro». In questo caso, l'esigenza di determinare i requisiti, di carattere quantitativo-numerico, è determinata dal fatto che bisogna stilare una graduatoria in ragione dei posti disponibili (stabiliti tassativamente dal legislatore all'art. 2) nell'organismo pubblico.

Ma al di là di questo caso specifico, il rinvio al sindacato maggiormente rappresentativo era costruito, come detto, sul presupposto dell'unità sindacale di fatto delle tre confederazioni storiche. Unità garantita anche dal «coacervo di pressoché tutte le forze politiche rappresentate in parlamento» collegate all'universo sindacale (397). Venuta meno questa condizione sul piano fattuale – rispettivamente a seguito del referendum del 1995, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 19 St. lav. lett. a), e a seguito della rottura del patto unitario del 1972 – il criterio di collegamento tra i due ordinamenti entra definitivamente in crisi. A ciò deve aggiungersi che la mancata stabilizzazione sul piano interpretativo (e giudiziale) dei criteri (398), aveva condotto la

³⁹⁵ Così G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, 2001, Bari, ed. Cacucci, pp. 63-64. L'effettività dell'azione manifesterebbe, come osservato da 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*, ed. Giappichelli, 2004, p. 84, «la capacità del sindacato di esprimere credibilmente gli interessi di cui è portatore».

³⁹⁶ Secondo R. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, ed. Giappichelli, 2007, p. 132, la sigla del patto avrebbe condizionato l'interpretazione del criterio di cui all'art. 19 St. Lav.; inoltre, l'unione sindacale avrebbe sancito definitivamente la separazione (e l'ingresso) del concetto “politico” di rappresentatività da quello tecnico-giuridico di rappresentanza nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

³⁹⁷ G. PERA, *Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio?*, op. cit., p. 1704.

³⁹⁸ I criteri ai quali la giurisprudenza ha fatto ricorso, tendenzialmente, sono rappresentati dalla consistenza del numero di iscritti, l'effettivo svolgimento di azione sindacale e di contrattazione, una apprezzabile presenza dell'organizzazione sindacale nei diversi settori produttivi e sul territorio. Sul punto, v. Cass. 10 luglio 1991, n. 7622; Cass. 22 agosto 1991, n. 9027; Cass. 27 aprile 1992, n. 5017. Tuttavia, non sono mancate pronunce che, in assenza di una norma di legge, hanno valutato anche altri indici tra i quali la presenza dell'organizzazione sindacale all'audizione presso le commissioni parlamentari. Ma la dottrina sul punto ha reagito con fondate critiche; P. GRECO, *La rappresentatività sindacale*, 1996, ed. Giappichelli, Torino, pag. 173, ha osservato che la possibilità di valutare la consultazione del sindacato da parte degli organismi e commissioni parlamentari come criterio qualitativo ai fini dell'accertamento della rappresentatività a carattere nazionale finirebbe per dare importanza ad «un indice cui non va attribuito soverchio credito. Tali consultazioni, infatti, avvengono di norma senza una

giurisprudenza di merito a riconoscere tale requisito anche a quei soggetti sindacali di più recente costituzione (399), consentendo a questi ultimi di recepire nei propri contratti i rinvii che il legislatore, di fatto, disponeva nei confronti delle tre confederazioni storiche (400). Questa tendenza ha consentito l'ampliamento della proliferazione di diversi sistemi contrattuali, anche insistenti sul medesimo campo di applicazione, determinando la vigenza di una disciplina (anche salariale) concorrente con i già consolidati sistemi di relazioni industriali (tra i quali, i c.d. *contratti pirata*).

Così, di fronte alla crisi conclamata del sindacato "maggiormente rappresentativo" ed in assenza di un criterio efficiente in grado di governare il fenomeno, che poteva comportare ingenti danni anche all'equilibrio del sistema previdenziale (401), il legislatore ha deciso di fare ricorso al criterio della comparazione, passando da una rappresentatività presunta ad una rappresentatività verificata (402), derivante dalla prevalenza di un sistema contrattuale sull'altro in base al confronto degli indici dettati nel tempo dalla giurisprudenza (403).

4. Il criterio della maggiore rappresentatività comparata e il ruolo del consulente del lavoro. Nuove proposte interpretative (e applicative).

Con la nascita e la diffusione di nuovi sistemi contrattuali, alcuni dei quali di dubbia legittimità in quanto finalizzati esclusivamente a contenere il costo del lavoro, come anticipato, il legislatore adotta una nuova locuzione per disporre i rinvii alla contrattazione collettiva. Con l'entrata in vigore dell'art. 2, comma 25 della legge n. 549 del 1995, il legislatore interpreta autenticamente l'art. 1, comma 1 del decreto-legge n. 338 del 1989 specificando che «in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei

preventiva e accurata indagine sulla rappresentatività degli interlocutori», finendo così per avvantaggiarsene le sole «organizzazioni collegate ad un partito politico». Inoltre, E. DE MARCO, *La rappresentanza sindacale in organi collegiali della pubblica amministrazione tra criterio della maggiore rappresentatività e principio pluralistico*, in *DL*, 1988, n. 3-4, p. 231 e ss., nella valorizzazione degli indici qualitativi, ha paventato il rischio di avvalorare una deriva che autorizzi il giudice ad utilizzare indici caratterizzati da «evidente labilità e discrezionalità».

³⁹⁹ L. SILVANGA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *DRI*, 1999, n. 2, p. 212.

⁴⁰⁰ Una critica alla giurisprudenza in tal senso viene mossa da P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, op. cit., p. 223.

⁴⁰¹ Agli inizi degli anni Novanta, il rischio era concreto in quanto con la tendenza a riconoscere la qualità della "maggiore rappresentatività" ad organizzazioni di più recente costituzione, si sarebbe finto per individuare la retribuzione ai fini imponibili anche prendendo a riferimento contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni sindacali di dubbia legittimità e negozianti salari al di sotto della media praticata di circa il 30%.

⁴⁰² G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, QFMB, Saggi, 2011, n. 2, p. 10.

⁴⁰³ V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, op. cit., p. 84 e ss.; L. SILVANGA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, op. cit., p. 211.

contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria».

L'utilizzo di questo criterio è cresciuto nel tempo, non limitandosi più soltanto a poche e selezionate materie ma, al contrario, ha iniziato ad incidere sulla gran parte dei rinvii che il legislatore ha disposto nei confronti della contrattazione collettiva. Proviamo, dunque, ad illustrarne l'ampia portata all'interno del quadro normativo che presidia la regolazione del mercato del lavoro.

Tabella n. 1 – Elenco dei principali rinvii alla contrattazione collettiva tramite il criterio della maggiore rappresentatività comparata (404).

Testo normativo	Materia	Formula utilizzata
Art. 1, comma 1 legge n. 389 del 1989 così come interpretato dall'art. 2, comma 25 legge n. 549 del 1995	Previdenza sociale (individuazione della retribuzione imponibile ai fini contributivi)	<i>[...] in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria.</i>
Art. 1, comma 2, lett. m) d.lgs. n. 66 del 2003	Orario di lavoro (definizioni)	<i>Agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto si intende per: [...] m) "contratti collettivi di lavoro": contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative.</i>
Art. 2, comma 1, lett. m) d.lgs. n. 276 del 2003	Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro (definizioni)	<i>Ai fini e agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per: [...] m) «associazioni di datori e prestatori di lavoro»: organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative.</i>
Art. 1, comma 1175 legge n. 296 del 2006	Benefici normativi e contributivi	<i>A decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di</i>

⁴⁰⁴ Nel realizzare la tabella, che consente di avere una visione d'insieme circa l'ampiezza del rinvio che la legge dispone ai sistemi di relazioni industriali governati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, non si è tenuto conto delle disposizioni di cui alla legge n. 196 del 1997 e alla legge n. 92 del 2012 in quanto gran parte di quelle disposizioni sono state sostituite e modificate dal legislatore. Tuttavia, per completezza segnaliamo che anche in questi interventi normativi il legislatore ha fatto uso del criterio della maggiore rappresentatività comparata.

		<p><i>lavoro e legislazione sociale sono subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva, fermi restando gli altri obblighi di legge ed il rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.</i></p>
<p>Art. 8, comma 1 decreto-legge n. 138 del 2011</p>	<p>Intese di prossimità</p>	<p><i>I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese [...].</i></p>
<p>Art. 30, comma 3 legge n. 183 del 2010</p>	<p>Valutazione del giudice in materia di licenziamento (norme di rinvio ai contratti collettivi)</p>	<p><i>Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi [...].</i></p>
<p>Art. 51, comma 1 d.lgs. n. 81 del 2015</p>	<p>Contratti di lavoro (norme di rinvio ai contratti collettivi)</p>	<p><i>Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.</i></p>
<p>Art. 26, comma 1 d.lgs. n. 148 del 2015</p>	<p>Ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro</p>	<p><i>Le organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale</i></p>

	(costituzione di fondi di solidarietà bilaterale)	<i>stipulano accordi e contratti collettivi, anche intersettoriali, aventi a oggetto la costituzione di fondi di solidarietà bilaterali per i settori che non rientrano nell'ambito di applicazione del Titolo I del presente decreto, con la finalità di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per le cause previste dalle disposizioni di cui al predetto Titolo.</i>
Art. 6, comma 4 d.lgs. n. 150 del 2015	Servizi per il lavoro e politiche attive (composizione del Consiglio di Vigilanza dell'Anpal)	<i>[...] Il consiglio di vigilanza, composto da dieci membri scelti tra esperti di comprovata esperienza e professionalità nel campo delle politiche e delle istituzioni del mercato del lavoro, designati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti comparativamente più rappresentative sul piano nazionale [...].</i>
Art. 23, comma 1 d.lgs. n. 151 del 2015	Controlli a distanza	<i>[...] In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.</i>
Art. 30, comma 4 d.lgs. n. 50 del 2016	Contratti pubblici (individuazione del contratto collettivo da applicare al personale)	<i>Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.</i>
Art. 6, comma 2 d.lgs. n. 136 del 2016	Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi	<i>L'osservatorio è composto da tre rappresentanti designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative</i>

	(costituzione di un osservatorio)	<i>a livello nazionale dei lavoratori, tre rappresentanti designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale dei datori di lavoro [...].</i>
Art. 20, comma 1 legge n. 81 del 2017	Lavoro agile (trattamento economico e normativo del lavoratore agile)	<i>Il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.</i>

Come si evince dal quadro normativo schematicamente rappresentato (cfr. *Tabella n. 1*), la tecnica normativa è ormai ricorrente e nonostante il suo perdurare, ancora attuali sono i dubbi espressi, sotto diversi profili. Proveremo dunque a fornire una prospettiva d'interpretazione differente, che vada, attraverso la funzione del consulente del lavoro, a valorizzare sul piano pratico i sistemi di relazioni industriali concretamente idonei a recepire i rinvii di legge.

Riassumendo le problematiche evidenziate dalla dottrina, dobbiamo constatare subito che il passaggio dal primo al secondo criterio sembrerebbe aver arricchito il quadro normativo «di ulteriori elementi di problematicità» (405). In particolare, è stato osservato che la formula – ancora una volta – non offrirebbe indicazioni e criteri su “come” e “cosa” comparare (406), esponendo così il sistema normativo ad un certo grado di incertezza (407).

Sul versante della metodologia da adottare nella comparazione, i filoni interpretativi sono principalmente due, che qui riportiamo. Secondo una prima opzione interpretativa, elaborata da M. D'Antona, il criterio della maggiore rappresentatività comparata spiega la sua *ratio* «solo di fronte ad un (potenziale o attuale) concorso-conflitto tra contratti collettivi applicabili in un medesimo ambito» (408).

Di conseguenza, il criterio opererebbe *ex post*. In questa prospettiva, infatti, il criterio non opera come selezionatore dell'agente negoziale ma del contratto collettivo

⁴⁰⁵ A. DI STASI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nel lavoro privato*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di Diritto del Lavoro*, vol. II, G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, ed. Cedam, Padova, 2014, pp. 154 e ss., spec. p. 198.

⁴⁰⁶ L. SILVANGA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *DRI*, 1992, n. 2, p. 213.

⁴⁰⁷ C. SANTORO, *Il principio di “meritevolezza dei benefici normativi e contributivi” ed i sindacati comparativamente più rappresentativi*, in *DRI*, 2015, n. 3, pp. 859 e ss., spec. p. 861.

⁴⁰⁸ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in G. GHEZZI (a cura di), *M. D'Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, op. cit., p. 115.

sottoscritto dalla colazione sindacale più rappresentativa in quanto in grado «di realizzare assetti degli interessi collettivi più efficienti, ampi e stabili». Se così non fosse, e cioè se il criterio fosse riferito solo «a singoli soggetti sindacali e non a coalizioni contrattuali a confronto», si giungerebbe al risultato paradossale di selezionare e quindi di “abilitare” solo il sindacato più grande o al contrario tutti i sindacati tranne l’unico che è più piccolo degli altri (409).

Non va, infatti, dimenticato che il criterio nasce con l’obiettivo di individuare un’unica fonte collettiva per ogni categoria produttiva, in modo tale da «evitare che l’Inps [perda] parte delle entrate contributive» a causa dell’ampio scarto tra i livelli retributivi previsti dai *contratti pirata* insistenti sulla medesima categoria (410). Così il legislatore, sulla specifica materia previdenziale, ha individuato degli «interlocutori sindacali “permanenti” dell’ordinamento statutale, cui si chiedeva di farsi rappresentanti “affidabili” delle peculiarità e della ricchezza espresse dal sistema di relazioni industriali» (411).

Secondo un’altra interpretazione, invece, l’utilizzo di questa tecnica normativa non presupporrebbe «un concorso tra diverse regolamentazioni negoziali applicabili ad un medesimo ambito ma, all’opposto, è dirett(a) a prevenire qualunque ipotesi di concorso/conflitto» (412). Il criterio, quindi, non dovrebbe operare *ex post* ma «a monte del processo negoziale, in modo che in quest’ultimo siano impegnate soltanto le organizzazioni sindacali legittimate» (413). Se così non fosse, e cioè se si ritenesse che il criterio operi *ex post*, magari attraverso l’accertamento ispettivo o giudiziario, ci troveremmo di fronte ad un fenomeno «socialmente pericoloso» in quanto alcuni sindacati potrebbero stipulare dei contratti che, in difetto dei requisiti soggettivi imposti dalla legge, potrebbero essere dichiarati invalidi in quanto disciplinanti «materie sottratte alla loro disponibilità» (414).

Ulteriore aspetto critico, secondo V. Pinto, è la variabilità nel tempo della rappresentatività delle organizzazioni sindacali. Infatti, «a seconda del periodo in cui è posto in essere», il giudizio comparativo potrebbe giungere ad esiti diversi, con la preoccupante conseguenza che «un accordo collettivo risultato legittimato in precedenza non lo sia più successivamente, e viceversa» (415). Di conseguenza, andrebbe sempre

409 M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, op. cit., p. 115.

410 Trattasi dei c.d. *contratti pirata*, più volte evocati; A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 288.

411 A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 289.

412 V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., pp. 298-299.

413 V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., p. 299.

414 V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., p. 299.

415 V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., pp. 298-299; cfr. anche V. LECCESE, V. PINTO, *Osservazioni in materia di*

preventivamente sondato il requisito della maggiore rappresentatività comparata prima di stipulare il contratto collettivo o di stipulare un contratto individuale di lavoro la cui disciplina incorpori le disposizioni del contratto collettivo.

Entrambe le tesi, seppure apparentemente contrapposte, meritano di essere parzialmente decostruite e allo stesso tempo meritano una lettura che valorizzi i loro punti di forza, nella prospettiva di cogliere anche il supporto della funzione professionale del consulente del lavoro nel governo delle dinamiche dell'ordinamento intersindacale. Sotto un primo aspetto, è sicuramente di pregio l'intuizione di V. Pinto di utilizzare il criterio selettivo a monte del processo negoziale, nell'ottica di prevenire l'ipertrofia contrattuale alla quale l'ordinamento intersindacale e statuale assistono. Ma questo approccio può essere accolto solo per organizzare il negoziato ai livelli periferici (territoriale e/o aziendale). Non va dimenticato, infatti, che il consulente del lavoro, di frequente, viene coinvolto come esperto o tecnico del diritto nei negoziati, in particolare quelli a livello aziendale (cfr. *infra* Cap. IV, Sez. II). In questa fase, il professionista potrebbe condurre un accertamento presso il Ministero del Lavoro sulla consistenza organizzativa e rappresentativa delle organizzazioni sindacali con le quali poter negoziare (accertamento che va condotto in particolar modo se il contratto collettivo decentrato viene stipulato ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 o ai sensi dell'art. 8 del decreto-legge n. 138 del 2011).

A tal proposito, infatti, è bene ricordare che il Ministero del Lavoro, ed in particolare la Direzione Generale dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali, in base all'art. 6, lett. g) del *Regolamento di organizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali*, in vigore dal 20 maggio 2017, dovrebbe curare «il monitoraggio sulla consistenza dei dati organizzativi, a livello nazionale, delle organizzazioni sindacali nel settore privato per tutte le finalità previste dalla normativa in vigore». Questa attività di monitoraggio si è resa ancora più rilevante dopo la sottoscrizione della convenzione, avvenuta il 19 settembre 2019, da parte dell'INPS e dell'INL, nonché dalle confederazioni sindacali Confindustria, Cgil Cisl e Uil. L'intesa disciplina le procedure per la raccolta, l'elaborazione e la comunicazione del dato associativo e del dato elettorale ai fini della definizione del grado di rappresentatività delle organizzazioni sindacali aderenti al Testo Unico della Rappresentanza del 10 gennaio 2014.

Questa raccolta è quindi finalizzata a calcolare un dato ponderato tra i due indici per stabilire quali siano le organizzazioni sindacali in possesso del requisito della c.d. maggiore rappresentatività comparata ai fini dell'individuazione del contratto collettivo nazionale di lavoro da assumere a riferimento ai fini del calcolo dei contributi previdenziali e assistenziali obbligatori ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 338 del 1989, così come autenticamente interpretato dall'art. 2, comma 25 della legge n. 549 del 1995. Non solo. La rilevazione è finalizzata anche ad individuare il contratto

lavoro temporaneo, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, 1996, ed. Jovene, Napoli, pp. 80-81.

collettivo, ai sensi dell'art. 1, comma 1175 della legge n. 296 del 2006, da applicare ai rapporti di lavoro nell'impresa per il riconoscimento dei benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa vigente, nonché, recita la convenzione, “*a tutti gli altri fini previsti dall'ordinamento*”. Conseguentemente, il dato rilevato secondo le modalità della convenzione e calcolato secondo gli Accordi Interconfederali che sono intervenuti sul punto, servirà ad individuare i contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative tutte le volte in cui la legge fa ad essi richiamo (cfr. *Tabella n. 1*).

Al di là della natura convenzionale della procedura, e come tale non estesa a tutto il mondo della rappresentanza, in particolare quella datoriale, è sicuramente di pregio il fatto che, come risulterebbe dal tenore dell'art. 2, comma 2, agli enti pubblici sia consentito rilevare anche il dato associativo e il dato elettorale relativamente a quelle organizzazioni sindacali e datoriali che pur non essendo direttamente sottoscrittori della convenzione, abbiano comunque prestato adesione al Testo Unico della Rappresentanza del 10 gennaio 2014. E, in una certa misura, questa convenzione non dovrebbe essere valutata alla stregua di un nuovo accordo, che necessita di una ulteriore ratifica da parte di queste ma sarebbe un'intesa attuativa delle procedure già stabilite nell'accordo del 2014, al quale molte organizzazioni sindacali hanno deciso di prestare la propria adesione. Conseguentemente, questa convenzione estenderebbe i meccanismi procedurali per la misurazione della rappresentanza anche a quei sindacati che hanno aderito al Testo Unico del 2014 dopo la sua sottoscrizione (416).

Sulla scorta di queste previsioni, il consulente del lavoro potrebbe richiedere l'accesso agli atti relativi ai dati raccolti proprio per individuare, alla stregua di questi, il contratto collettivo abilitato dalla legge. Questa attività d'indagine svolta dal Dicastero sventerebbe anche il pericolo denunciato da V. Pinto circa la variabilità della rappresentatività nel tempo in quanto l'attività di rilevazione costante consentirebbe di osservare l'evoluzione delle dinamiche sindacali e rinegoziare il contratto in base ad esse. Infatti, tanto l'indagine ministeriale che quella condotta dall'INPS e dall'INL si svolge con cadenza annuale.

⁴¹⁶ Una rilevazione del numero delle organizzazioni sindacali che abbiano aderito al Testo Unico del 2014 è rintracciabile nell'allegato n. 3 alla circolare dell'INPS n. 76 del 14 aprile 2015 e nell'allegato n. 2 del messaggio dell'INPS n. 3142 del 28 luglio 2017, che aggiorna la precedente circolare circa il numero dei sindacati aderenti e i codici dei contratti interessati ai fini della rilevazione dell'indice di rappresentanza. Tra queste, risultano anche le organizzazioni sindacali c.d. minori (aderenti alle confederazioni sindacali Confsal e Cisl). Per un'analisi tecnica della convenzione del 19 settembre 2019, v. G. PIGLIALARMI, *Profili descrittivi della convenzione del 19 settembre 2019 sottoscritta da INPS, INL, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil*, in *Bollettino Adapt* 23 settembre 2019, n. 33.

Tabella n. 2 – Schema di sintesi delle procedure previste dalla convenzione del 19 settembre 2019 per la rilevazione del dato elettorale e associativo delle organizzazioni sindacali aderenti

Scadenza	Attività
10 febbraio	Termine ultimo per raccogliere i verbali relativi alle consultazioni elettorali per eleggere le RSU
30 marzo	L'INL trasmette l'elaborazione del dato elettorale all'INPS
30 aprile	L'INPS invia al Comitato di Gestione: a) numero di aderenti alle organizzazioni sindacali; b) numero di datori di lavoro che applicano i contratti collettivi classificati con il codice alfa-numeric; c) numero dei voti ottenuti dalle organizzazioni sindacali
15 maggio	L'INPS procedere alla ponderazione del dato associativo con quello elettorale
31 maggio	L'INPS trasmette i risultati della ponderazione al Comitato di Gestione
31 luglio	Termine ultimo per le organizzazioni sindacali di rendere noti i risultati

Un sistema di controllo preventivo, simile a quello prospettato, si palesa nell'ordinamento irlandese dove il giudice del lavoro è abilitato al controllo e alla registrazione del contratto collettivo ogni volta che gli accordi esercitano deroghe alla

legge. Scopo del giudice è proprio quello di vagliare l'adeguatezza del contratto rispetto alle fonti statali e internazionali (417).

Non può, invece, essere accettata la tesi per cui il criterio imponga l'identificazione di una sola organizzazione sindacale più rappresentativa delle altre e della sua alternativa, cioè quella di abilitare alla contrattazione normativa tutte le sigle sindacali meno che quella risultata minoritaria rispetto a tutte le altre (418). Va, invece, in questo senso valutata l'opzione ermeneutica offerta da M. D'Antona nell'utilizzare il criterio per selezionare la coalizione contrattuale (419). In realtà, questa lettura troverebbe anche un aggancio nella formulazione letterale delle norme che dispongono il rinvio, nelle loro diverse modulazioni. Infatti, l'utilizzo della preposizione semplice ("da") o, in alternativa quella articolata ("dalle") con riferimento costante all'insieme delle organizzazioni (il riferimento è sempre al plurale) potrebbe indirizzare l'interprete a valutare non l'agente negoziale singolarmente ma l'appartenenza dell'agente al sistema contrattuale governato dal maggior numero di organizzazioni sindacali. Inoltre, il criterio va letto, ad avviso di chi scrive, sempre tenendo sotto la lente d'ingrandimento l'evoluzione delle dinamiche dell'ordinamento intersindacale. Infatti, con la sottoscrizione dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, si è ricostruita per certi versi l'unità del blocco sindacale delle "storiche" confederazioni sindacali. Di conseguenza, dall'unità ne deriva quella stabilità "di sistema" che il legislatore ha cercato in parte anche di favorire con l'introduzione del criterio della rappresentatività, per avere un interlocutore stabile e che avesse una importante capacità di mobilitare consenso, con il quale condividere i processi di regolazione del mercato del lavoro.

Molte incertezze interpretative, poi, ruotano attorno all'oggetto della comparazione, in particolare se la comparazione debba interessare la compagine sindacale trattante o i contratti collettivi (420).

Infatti, perplessità sono state sollevate in relazione alla mancanza di un'indicazione nella norma di una soglia minima quantitativa per la selezione del sindacato comparativamente più rappresentativo (421). Per superare questa difficoltà, parte della dottrina, tenuto conto che sarebbe stato alquanto complesso comparare i criteri classici individuati dalla prassi, ha suggerito di utilizzare come criterio ermeneutico diretto ad individuare i sindacati comparativamente più rappresentativi le indicazioni date dall'ordinamento intersindacale nel Testo Unico della Rappresentanza del 10 gennaio 2014 (quindi, il 5% quale media del dato elettorale combinato con il dato associativo) e

⁴¹⁷ Per un'analisi sul punto, si rinvia a M. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *ILJ*, 2013, vol. 42, n. 4.

⁴¹⁸ V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., p. 299.

⁴¹⁹ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, op. cit., p. 115.

⁴²⁰ Ha espresso dubbi in tal senso, P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, op. cit., p. 279.

⁴²¹ S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, 2005, ed. Cedam, p. 141.

prima ancora nel Protocollo del 31 maggio 2013 (422). Opzione interpretativa che però non è stata accolta dalla giurisprudenza (423), forse a causa anche del complesso meccanismo procedurale che ancora stenta a decollare (424).

Tuttavia, per uscire da questo *impasse*, occorrerebbe adottare un metodo d'azione provvisorio, nel frattempo che il legislatore si decida ad intervenire sul punto. Ed infatti sul “cosa” comparare, possiamo trovare utili indicazioni nel diritto vivente, ossia quel trascurato dato giurisprudenziale, frutto di un continuo processo applicativo, in grado realmente di orientare gli operatori del mercato del lavoro (425). I consulenti del lavoro, quindi, nell'attesa di una legge che codifichi i criteri di individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi (426), possono attingere dalle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa (soprattutto in quei settori ove spiegherà l'operatività del meccanismo previsto dalle convenzioni del 19 e del 24 settembre 2019 in attuazione del Testo Unico sulla Rappresentanza sindacale del 2014, sottoscritte, oltre che dalle confederazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil, anche rispettivamente da Confindustria e da Confapi).

⁴²² Sul punto v. P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2014, n. 2, p. 378 e ss. L'Autore ritiene che questa sia «una posizione di equilibrio, rispettosa delle libere dinamiche sindacali» (p. 389). Nello stesso senso, F. LISO, *Brevi note sul Protocollo Confindustria, CGIL, CISL e UIL del maggio 2013*, in *RGL*, 2013, n. 4, p. 837 e ss., spec. p. 848. Favorevole a tale impostazione è anche P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act. Commento sistematico dei decreti legislativi nn. 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015 e delle norme di rilievo lavoristico della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità per il 2016)*, 2016, ed. Giuffrè, p. 332.

⁴²³ Di recente, solo il Tribunale di Roma (sent. 3 luglio 2019, in *Banca Dati De Jure*) sembra aver fatto riferimento al Testo Unico. Diversamente, il Ministero del Lavoro, a seguito della sottoscrizione del Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014, con direttiva ministeriale del 26 settembre 2014, si è limitato ad aggiungere tra gli indici rilevatori della rappresentatività il consenso ottenuto alle elezioni delle RSU. Si tratterebbe di un rilevamento di carattere amministrativo rispetto ad una procedura regolata da norme dell'ordinamento intersindacale.

⁴²⁴ La procedura di certificazione è in corso, con il supporto dell'INPS, a seguito della ratifica della convenzione con l'Istituto siglata il 16 marzo 2015 (cfr. circolare Inps 14 aprile 2015, n. 76). In realtà, come rileva P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, op. cit., p. 332, il sistema di regole del Testo Unico non è pienamente funzionante, è in parte oggetto di contestazione da parte delle stesse organizzazioni che lo hanno sottoscritto ed infine sfuggirebbero comunque alla misurazione e alla certificazione del dato elettorale ed associativo tutte quelle organizzazioni che non hanno voluto sottoporsi alle regole dettate dai soggetti autorevoli della rappresentanza sindacali con i quali spesso operano in piena concorrenza.

⁴²⁵ In questa prospettiva, sia consentito il rinvio a G. PIGLIALARMÌ, *La maggiore rappresentatività comparata del sindacato nel diritto vivente*, in *DPL*, 2019, n. 25, pp. 1577 e ss.

⁴²⁶ Un tentativo, in tal senso, lo si può registrare nel d.d.l. n. 658 in materia di salario minimo legale. Infatti, nella bozza (cfr. art. 3, comma 2) è possibile prendere atto che il legislatore, in caso di contrasto tra più fonti collettive, individua il contratto collettivo richiamando e applicando le regole del Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014, accogliendo così in un provvedimento di legge le regole che spontaneamente l'ordinamento intersindacale si è dato.

Inoltre, l'indagine del consulente, nell'ottica di accertare la reale ed effettiva rappresentatività, non deve fermarsi all'aspetto quantitativo, che potrebbe anche essere in alcuni casi alterato o addirittura «sviare anziché favorire l'individuazione dei sistemi contrattuali costituiti da soggetti in grado di interpretare e rappresentare l'interesse collettivo nelle dinamiche di regolazione e governo del mercato del lavoro» (427). Infatti, in relazione alle organizzazioni sindacali che operano in settori in cui è alto il numero di aziende di piccole dimensioni (e quindi a bassa sindacalizzazione), l'ordinamento intersindacale non ha valorizzato solo il dato quantitativo ma anche quello dei servizi resi alla comunità dei lavoratori (428).

Va allora ripensata la consistenza del criterio sulla base anche della funzione che esso svolge. Il rinvio alla contrattazione, in effetti, è una *norma di organizzazione* della regolazione del mercato del lavoro e attribuisce un potere a tutti quei soggetti sindacali che siano in grado di realizzarne le condizioni per il suo esercizio conformemente ai principi generali dell'ordinamento (primo tra tutti, quello democratico; cfr. Cap. II, Sez. II, § 1). In questa prospettiva, a colorire la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo non dovrebbero concorrere solo «i consueti indici empirici esterni (numero di iscritti, diffusione organizzativa ecc.) ma [anche] i criteri interni ai sistemi di contrattazione collettiva confederale (riconoscimento e distribuzione delle competenze secondo le norme interne e le prassi)» (429). In altre parole, al di là della consistenza organizzativa, va accertato che il contratto collettivo che debba coltivare il rinvio di legge sia riconoscibile e meritevole di tutela dall'ordinamento in quanto espressione di un interesse collettivo di natura sindacale (430). L'art. 39 Cost., infatti, oltre a dover essere accostato alle altre disposizioni di cui al Titolo III dello Statuto dei Lavoratori, va letto e interpretato in relazione ai principi sanciti dagli artt. 1, commi 1 e 2 Cost., art. 2 Cost., art. 3, comma 2, Cost.

Sembrerebbe, allora, alquanto arduo in questa prospettiva di necessario raccordo dell'esperienza di rappresentanza con il principio democratico (cfr. Cap. II, Sez. II, § 1), di solidarietà e di uguaglianza sostanziale (cfr. *infra* Cap. IV, Sez. I) poc'anzi

⁴²⁷ P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, op. cit., p. 332.

⁴²⁸ L'Accordo Interconfederale del 26 novembre 2015 sottoscritto da Confcommercio, Cgil, Cisl e Uil, oltre a valutare gli indici rilevati dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, ha anche valutato come tali la gestione amministrativa delle politiche passive (pratiche per la disoccupazione), il numero di vertenze, la gestione delle crisi (accordi per la CIGO, contratti di solidarietà, conciliazioni per la ITL e gli enti bilaterali, le transazioni etc.).

⁴²⁹ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in G. GHEZZI (a cura di), *M. D'Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, op. cit., p. 217.

⁴³⁰ È questa la dimensione qualitativa che, unita a quella quantitativa, consente all'interprete di identificare in modo chiaro la genuinità del soggetto sindacale trattate; per una riflessione sulla rappresentatività sindacale qualitativa e quantitativa v. G. BAGLIONI, *Democrazia sindacale e contrattazione collettiva*, in AA. VV., *Le regole del gioco. Rappresentatività e pluralismo sindacale*, 2004, Edizioni Lavoro; J. VISSER, *Mutamenti sociali ed organizzativi del sindacato nelle democrazie avanzate*, in *DLRI*, 1994, n. 62. p. 289 e ss.

richiamati, assegnare natura sindacale a un contratto collettivo rispetto al quale non esistono piattaforme rivendicative che individuano le aree tematiche di interesse delle parti, non sono stati proclamati scioperi quali forme di espressione di un determinato conflitto di interessi rispetto a specifici istituti contrattuali (431), non sono state esperite procedure di confronto negoziale in sessione plenaria, ristretta o esecutiva, non sono state istituite commissioni tecniche *ad hoc*.

Per essere rappresentativo, quindi, il contratto collettivo non deve essere frutto di volontà negoziate altrove ma deve essere espressione di un movimento reale, dinamico, frutto di una procedura che segue regole precise (432). L'aspetto che in quest'ottica deve rilevare è «il momento organizzativo degli interessi collettivi» quale condizione preliminare per lo spiegarsi di un autentico sistema di relazioni industriali (433). È in queste dinamiche che alberga l'essenza della rappresentatività, e cioè dell'effettività di un sistema di relazioni industriali (cfr. Cap. I, § 3). Il momento organizzativo, infatti, rileva ai fini della verifica di una «effettiva partecipazione dei lavoratori al sindacato (art. 3, comma 2 Cost.)», facendo emergere la dimensione (democratica) dei «processi di *decision-making* e di discussione collettiva dentro le strutture sindacali» (434).

⁴³¹ È G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, op. cit., pp. 132-139 a ricordare che nell'ordinamento intersindacale è soprattutto la minaccia dello sciopero a costituire il motore della creazione per via contrattuale di nuovo diritto.

⁴³² Osserva sul punto M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, op. cit., pp. 47 che nella prassi accade che «al termine delle trattative per rinnovare un contratto, viene dalle parti stipulanti semplicemente siglata una ipotesi di accordo, perché il contratto collettivo vero e proprio sarà firmato solo se l'ipotesi medesima verrà ratificata con un referendum, cui partecipano tutti i lavoratori della categoria, cui il contratto si riferisce. È, questa, una prassi ben nota, che nessuno contesta (almeno per ora) e che viene seguita finanche per il contratto collettivo con funzione normativa: il quale, una volta approvato dalla maggioranza dei lavoratori, finisce con l'essere applicato, dal datore di lavoro, anche a quanti, tra costoro, al referendum non hanno votato o hanno votato contro la ratifica. Si tratta, è vero, di una procedura convenzionale e non legale. Ciò fa, del contratto collettivo, una fonte dell'ordinamento sindacale, ma impedisce di qualificarlo fonte del diritto oggettivo. Tuttavia, la medesima procedura, benché distante da quella prefigurata dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 Cost., conduce, alla fin dei conti, allo stesso risultato. Anzi, forse lo fa con una più esplicita, ampia e diretta partecipazione democratica (visto che, ai sensi del 4 comma dell'art. 39 – sempre parlando in astratto – il contratto diventerebbe efficace *erga omnes*, se firmato dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze unitarie dei sindacati registrati: quindi, certamente con una più ristretta partecipazione democratica)». L'Autore ha espresso considerazioni simili anche in altri studi, ritenendo che sul piano fattuale l'art. 39 Cost. sarebbe stato attuato; cfr. M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *DLM*, 2013, n. 2, p. 261 e ss., spec. 281, laddove osservare che il sistema sindacale di fatto avrebbe «inconsapevolmente» attuato nella pratica l'art. 39 Cost., «adattandone le prescrizioni» e seguendo «lo schema essenziale contenuto nella norma». Sul punto, v. anche M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, n. 3, p. 553 e ss.

⁴³³ F. SIOTTO, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, in *RIDL*, 2017, n. 1, p. 311 e ss., spec. p. 327.

⁴³⁴ F. SIOTTO, *Il terzo comma dell'art. 39 della Costituzione: la democrazia sindacale possibile*, paper presentato alle giornate di studio AIDLASS di Bari, "I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro", 11-12 novembre 2011, pp. 1-23, spec. p. 2.

Questa dimensione può essere messa in risalto non più facendo (solo) appello agli indicatori di forza storica, organizzativa, geografica e giurisdizionale delle organizzazioni sindacali firmatarie, ma sulla base dell'applicazione del contratto collettivo in termini di copertura effettiva di lavoratori e aziende. In questo senso, i risultati recenti della ricerca condotta dal CNEL e dall'INPS ⁽⁴³⁵⁾ offrono preziosi spunti per orientare i consulenti del lavoro nell'attività di raccordo tra l'ordinamento statale e quello intersindacale.

Da questa analisi congiunta è emerso che nel 2018 il numero di contratti collettivi depositati al CNEL e quelli invece denunciati all'INPS per l'attribuzione del c.d. *codice contratto* da inserire nel modello UniEmens ai fini della denuncia contributiva non è lo stesso: nell'archivio del primo ne risultano 799 vigenti mentre in quello del secondo ve ne sono 375 di cui solo 324 conciliabili con quelli depositati al CNEL.

Grafico n. 1 – Numero di contratti collettivi presenti nell'archivio del CNEL (436)

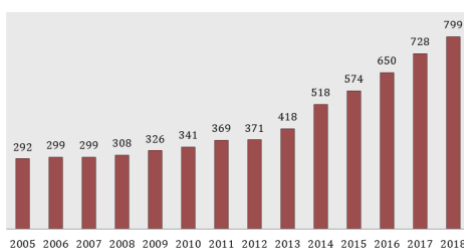
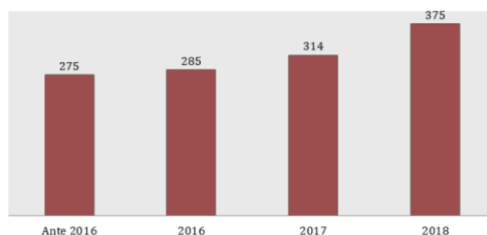


Grafico n. 2 – Numero di contratti collettivi presenti nell'archivio dell'INPS



Dal confronto dei due archivi (*Grafico n. 1* e *Grafico n. 2*), emerge uno scarto di circa 424 contratti che, non essendo censiti dall'INPS, inducono l'interprete a chiedersi se questi siano applicati o meno. A tal proposito, l'INPS ha introdotto nel modello

⁴³⁵ Parte della ricerca è stata pubblicata sul *XII Rapporto Annuale dell'Inps*, pubblicato nel luglio del 2018, consultabile sul sito www.inps.it. Mentre, per una consultazione completa della stessa, è possibile accedere ai documenti pubblicati sul sito del CNEL, www.cnel.it, *Analisi Cnel-Inps su dimensione e qualità dei Ccnl*, pubblicati il 19 luglio 2019.

⁴³⁶ La rielaborazione dei dati emersi dalla ricerca del CNEL è ricavata da R. SCHIAVO, *L'analisi congiunta dei Ccnl tra Cnel e Inps: un segnale d'urgenza di un dato sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali*, in *Bollettino Adapt*, n. 29, 29 luglio 2019.

UniEmens (il modello telematico per la denuncia contributiva inviato o dal datore di lavoro o dal consulente del lavoro), oltre al *codice contatto* – utile a rilevare il contratto collettivo utilizzato dall’impresa per la determinazione della retribuzione ai fini contributivi – la sezione c.d. *contratto diverso*, cioè una casella dove è possibile dichiarare che l’impresa applica un contratto non censito dall’INPS (in questo caso, anziché inserire il codice alfanumerico del contratto, il consulente si limita ad inserire la dicitura “CD”).

Con l’incremento di questa sezione, è emerso che tra le imprese che applicano un contratto diverso solo l’8% di esse lo ha sottoscritto con le organizzazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil (ritenute nei fatti le più rappresentative; trattasi dei contratti collettivi aziendali di gruppo, per la maggior parte dei casi), mentre il restante 92% risulta essere coperto da una contrattazione collettiva che fa riferimento ad organizzazioni sindacali con scarsa rappresentatività.

L’analisi dell’INPS tramite il monitoraggio del modello UniEmens si è poi spinta a calcolare in termini percentuali l’applicazione dei contratti collettivi nazionali ai fini contributivi in alcuni settori, tra i quali quello metalmeccanico ed è emerso quanto riportato nel grafico che segue.

Grafico n. 3 – Applicazione % dei contratti collettivi applicati nel settore metalmeccanico (437)

I CCNL DEL SETTORE METALMECCANICO CENSITI DA INPS (rilevazione a dicembre 2018)						
CCNL	O.O.D.D.	O.O.S.S.	Aziende		Lavoratori	
			Valore		Valore	
			Assoluto	%	Assoluto	%
Industria	Federmeccanica Confindustria	Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil	57.191	27,08%	1.455.510	62,04%
	Confini impresa meccanica	Fim-Cisl, Uilm-Uil	1.438	0,68%	28.593	1,22%
	Unionmeccanica- Confapi	Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil	33.391	15,81%	364.598	15,54%
Piccola-media industria	Unimpresa	Confintesa	29	0,01%	260	0,01%
	Conflavoro PMI ¹	Fesica-Confisal, Fisals-Confisal	29	0,01%	183	0,01%
	Sistema impresa	Fismic-Confisal	33	0,02%	133	0,01%
	Confimpreseitalia, Confimprese Artigianato ²	Fesica-Confisal, Fisals-Confisal	22	0,01%	59	0%
	Confartigianato, Cna Casa, Claai	Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil	118.041	55,89%	482.916	20,59%
Artigianato	Fapi, Cesac	Fesica-Confisal, Fisals-Confisal	24	0,01%	42	0%
Cooperazione	Agci, LegaCoop, Confcooperative	Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil	1.020	0,48%	13.601	0,58%
TOTALI			221.218	100%	2.345.895	100%

Il dato che emerge dal *Grafico n. 3* è significativo nella misura in cui si valorizza la dimensione dell’effettività dell’azione sindacale promossa dalle organizzazioni Cgil, Cisl e Uil. Infatti, dai valori indicati, i contratti da queste sottoscritti sono quelli maggiormente applicati e di conseguenza dotati di un sistema di gestione delle relazioni industriali avanzato.

437 Grafico illustrativo estratto dal *XII Rapporto Annuale dell’Inps*, p. 77.

Questo studio, tuttavia, se da un lato mette chiaramente in luce quali siano i sistemi di relazioni industriali che concretamente contribuiscono a mantenere l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, dall'altro non consente di comprendere cosa accade effettivamente sul piano retributivo. Infatti, non va dimenticato che la giurisprudenza di legittimità ha osservato che «la classificazione delle imprese ai fini previdenziali e assistenziali (nonché, ai fini del godimento di incentivi, della fiscalizzazione degli oneri sociali o dell'ammissione alla cassa integrazione guadagni) deve avvenire, atteso il rilievo pubblicistico delle previsioni in materia, alla stregua di criteri oggettivi e predeterminati che non lascino spazio a scelte discrezionali o a processi di "autodeterminazione normativa", mentre, in relazione al trattamento economico e normativo dei lavoratori, è consentito alle parti sociali – sia pure nei limiti del rispetto dei diritti fondamentali garantiti al lavoratore dall'art. 36 Cost. – scegliere la contrattazione collettiva destinata a meglio regolare il rapporto, stante il principio di libertà sindacale e la non operatività dell'art. 2070 cod. civ. nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune; ne consegue che l'inquadramento ai fini previdenziali o assistenziali non è vincolante per il datore di lavoro nel senso di imporgli l'applicazione di una contrattazione collettiva corrispondente alla stessa attività considerata ai suddetti fini» (438).

Con questa decisione, la Corte di Cassazione ha ribadito il principio del c.d. *doppio binario*, cioè il riconoscimento di una diversificazione tra il piano contributivo del rapporto di lavoro – che segue leggi e regolamenti volti a tutelare l'interesse dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale pubblico – e il piano retributivo, che appartiene all'autonomia privata, vincolata al solo rispetto dei criteri di proporzionalità e sufficienza dettati dall'art. 36 Cost. Dunque, l'azienda nei fatti potrà corrispondere la retribuzione ai dipendenti prevista da un altro contratto collettivo pur calcolando e versando i contributi sulla base della retribuzione prevista dal contratto collettivo più rappresentativo della categoria di riferimento. Conseguentemente, la ricerca condotta dall'INPS mostra un limite, dato dalla mancata verifica di quell'*effettività*, tangibile sul piano contributivo ma dubbia su quello retributivo, in virtù del principio giurisprudenziale qui richiamato.

Peraltro, non va sottaciuto che questa estesa applicazione, almeno sul piano contributivo, è dovuta non tanto al meccanismo di adesione delle imprese e dei lavoratori alle rispettive organizzazioni, quanto alla costante applicazione dei sistemi di relazioni industriali più strutturati da parte dei consulenti del lavoro, che gestiscono un numero notevole di imprese (cfr. Cap. I, § 2.3), molte delle quali non associate e per questo seguite dal professionista.

Inoltre, la ricerca dell'INPS si spinge anche ad analizzare il complicato "sistema" della rappresentanza datoriale, oggi frammentata maggiormente in relazione al requisito dimensionale e organizzativo delle aziende, oltre che a voler conquistare il fruttuoso

⁴³⁸ Cfr. *ex multis* Cass. 5 novembre 1999, n. 12345.

mercato dei servizi all'impresa (439). Anche in questo caso, qualche osservazione va mossa nella direzione in cui si voglia valutare l'indice della rappresentatività attraverso il criterio dell'effettività dei sistemi di relazioni industriali. In quest'ottica, infatti, va constatato che al momento, contrariamente a quanto rilevato da più parti (440), un'indagine sulla rappresentanza datoriale non è poi così determinante ai fini dell'individuazione del contratto collettivo. Ciò che rileva è, invece, la stabilità della compagine sindacale dei lavoratori le quali, infatti, pur negoziando con più associazioni datoriali, riescono a mantenere un equilibrato assetto di interessi tale da non generare dinamiche di *dumping salariale*. E nel diritto delle relazioni industriali, è rintracciabile una vera e propria tecnica normativa per ovviare a questo tipo di effetti. Vi sono clausole, a tal proposito, che hanno lo scopo di condizionare tanto le organizzazioni dei datori di lavoro che quelle dei lavoratori nel momento in cui provano a negoziare con altri soggetti un contratto collettivo coincidente del tutto o in parte con il campo di applicazione del primo (441). Trattasi di clausole che se violate alterano nelle profondità

⁴³⁹ B. CAPONETTI, *La rappresentanza datoriale: questioni e prospettive*, in *LLI*, vol. 2, n. 4, 2018, vol. 2, n. 4, che riporta, oltre che un'analisi dettagliata sulle cause della crisi dell'associazionismo imprenditoriale, anche esempi di rapporti associativi che non implicano la rappresentanza sindacale e, quindi, l'applicazione dei contratti collettivi stipulati dall'associazione, ma solo l'erogazione di servizi. L'Autrice riporta la previsione dei cd. "soci aggregati" negli Statuti di Assolombarda (cfr. artt. 4 e ss.) e Unindustria (artt. 3 e ss.). Trattasi del c.d. *OT membership*, fenomeno che ha interessato primariamente l'ordinamento tedesco, come riporta M. BEHRENS, M. HELFEN, *Small change, big impact? Organisational membership rules and the exit of employers' associations from multiemployer bargaining in Germany*, op. cit. Sul punto, v. anche B. WAAS, *Il ruolo delle organizzazioni datoriali nel sistema di contrattazione collettiva in Germania*, in *DLRI*, 2017, p. 239 e ss.

⁴⁴⁰ M. FORLIVESI, *La rappresentatività datoriale. Funzioni, modelli, indici di accertamento*, in *LD*, 2018, n. 3, p. 521 ss.; A. LASSANDARI, *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, in *DLRI*, 2017, p. 2 e ss.; V. PAPA, *Verso una rappresentatività misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, in *DLRI*, 2017, p. 21 e ss.; G. OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 2016, p. 417 e ss.

⁴⁴¹ Cfr. *ex multis*, CCNL per le aziende esercenti l'industria della carta e cartone, stipulato il 13 settembre 2012, con decorrenza fino al 30 giugno 2015, rinnovato il 30 novembre 2016 con decorrenza fino al 31 dicembre 2019 da Assografici, Assocarta, Slc-Cigl, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil, Ugl Carta e Stampa: «Qualora le Associazioni dei lavoratori contraenti dovessero concordare con altre Associazioni di datori di lavoro o di artigiani condizioni meno onerose di quelle previste dal presente contratto, tali condizioni si intenderanno estese alle aziende, che abbiano le medesime caratteristiche e che siano rappresentate dall'Assografici e dall'Assocarta»; CCNL per i dipendenti della piccola e media impresa della comunicazione, dell'informatica, dei servizi innovativi e della micro-impresa, stipulato il 1° luglio 2015, con decorrenza fino al 31 dicembre 2019 da Unigec Confapi, Unimatica Confapi, Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil: «Qualora le Associazioni dei lavoratori contraenti dovessero concordare con altre Associazioni di datori di lavoro o di artigiani condizioni meno onerose di quelle previste dal presente contratto, tali condizioni si intenderanno estese alle aziende, che abbiano le medesime caratteristiche e che siano rappresentate da Unigec Confapi e Unimatica Confapi»; CCNL Poligrafici e Spettacolo, Fotolaboratori conto terzi siglato nel 2007 da Assofotolabo-Confindustria, Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil: «Qualora le Organizzazioni sindacali dei lavoratori contraenti dovessero concordare con altre associazioni di datori di lavoro o di artigiani condizioni meno onerose di quelle previste dal presente contratto, tali condizioni si intenderanno estese alle aziende che abbiano le medesime caratteristiche e che siano rappresentate dall'Associazione fotolaboratori italiani conto terzi»; CCNL per i dipendenti dalle

i meccanismi che governano i sistemi consolidati di relazioni industriali. In questa prospettiva, dunque, può essere valorizzata diversamente la ricerca portata avanti dall'INPS, concentrando l'analisi dei dati rilevati circa l'applicazione del contratto collettivo relativamente alla «capacità di ogni confederazione sindacale di influire sul numero dei lavoratori sulla base dei CCNL da loro stipulati nel settore» (442). Adottando questa metodologia d'indagine, il risultato è rappresentato dai grafici che seguono (443).

Grafico n. 4 – Numero di lavoratori nel settore
agricolo

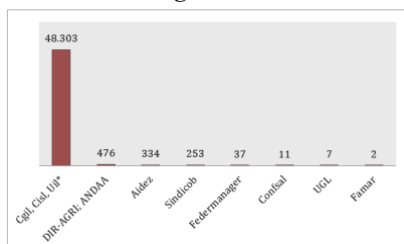
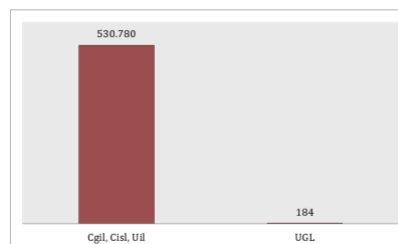


Grafico n. 5 – Numero di lavoratori nel settore
chimico



aziende di panificazione nonché da negozi di vendita al minuto di pane, generi alimentari e vari, siglato nel 2016 da Fiesca Confesercenti, Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil: «Qualora le sottoscritte Organizzazioni dei lavoratori dovessero con altre Associazioni di datori di lavoro di aziende del settore della panificazione, concordare condizioni meno onerose di quelle previste dal presente contratto, tali condizioni, dopo che siano state accertate nella loro sfera di applicazione con verbale redatto fra le Organizzazioni interessate, si intendono estese alle aziende che abbiano le medesime caratteristiche e che siano rappresentate dalle Associazioni firmatarie»; CCNL per i lavoratori dipendenti della piccola e media industria alimentare, siglato nel 2016 da Unionalimentari, Confapi Unione Nazionale della Piccola e Media Industria Alimentare, Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil: «Qualora Fai-Cisl, Flai-Cgil e Uila-Uil dovessero, con altre Associazioni di datori di lavoro per imprese industriali o cooperative di trasformazione, concordare condizioni meno onerose di quelle previste dal presente contratto, tali condizioni, si intendono estese alle aziende che abbiano le medesime caratteristiche e che siano rappresentate dalle Associazioni firmatarie»; CCNL per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti, siglato nel 2016 da Federmeccanica, Assital, Fiom-Cgil, Fim-Cisl, Uilm-Uil: «Qualora le sottoscritte organizzazioni dei lavoratori dovessero, con altre Associazioni di datori di lavoro o di artigiani, concordare condizioni meno onerose di quelle previste dal presente contratto, tali condizioni, dopo che siano state accertate nella loro sfera di applicazione con verbale redatto fra le organizzazioni firmatarie, si intendono estese alle aziende che abbiano le medesime caratteristiche e che siano rappresentate dalla Federmeccanica o dall'Assital».

Queste clausole consentono alle associazioni datoriali di controllare concretamente il costo del lavoro ed evitare che parte del sistema della rappresentanza collettiva negozi condizioni più vantaggiose per altre imprese, tale da generare uno scompenso nella concorrenza attraverso l'alterazione del costo della manodopera. Per certi versi, queste confermano quanto intuito da M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, op. cit., p. 60, ossia che l'interesse di cui si fa portate l'associazione datoriale è pur sempre un interesse a regolare le modalità di conseguimento del profitto, piuttosto che tutelare uno equilibrio contrattuale che nei confronti dei lavoratori nei fatti non c'è.

442 R. SCHIAVO, *L'analisi congiunta dei Ccnl tra Cnel e Inps: un segnale d'urgenza di un dato sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali*, op. cit.

443 I grafici che seguono sono stati estrapolati dallo studio di R. SCHIAVO, *L'analisi congiunta dei Ccnl tra Cnel e Inps: un segnale d'urgenza di un dato sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali*, op. cit., che ha rielaborato i dati forniti dal CNEL e dall'INPS.

Grafico n. 6 – Numero di lavoratori nel settore metalmeccanico

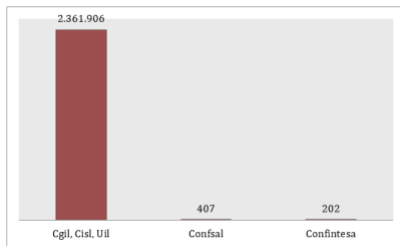


Grafico n. 7 – Numero di lavoratori nel settore tessile

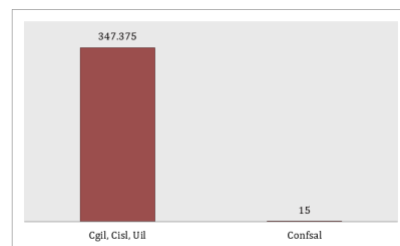


Grafico n. 8 – Numero di lavoratori nel settore alimentare

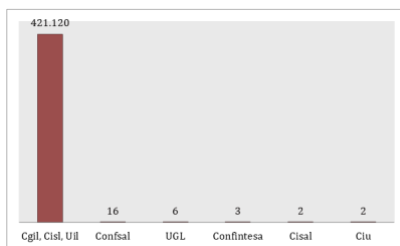


Grafico n. 9 – Numero di lavoratori nel settore edile

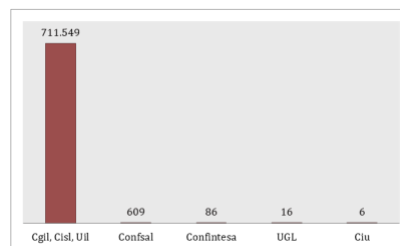


Grafico n. 10 – Numero di lavoratori nel settore poligrafico e dello spettacolo

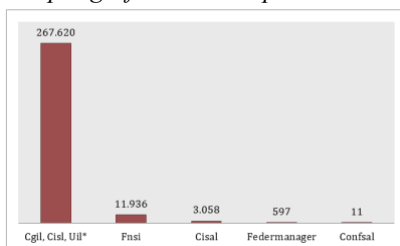


Grafico n. 11 – Numero di lavoratori nel settore del commercio

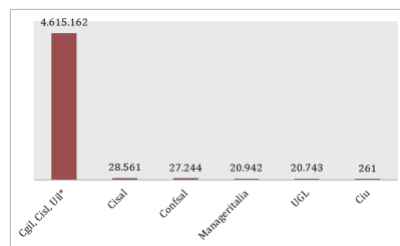


Grafico n. 12 – Numero di lavoratori nel settore del trasporto

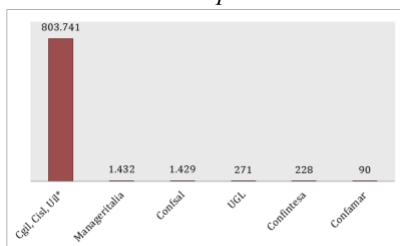


Grafico n. 13 – Numero di lavoratori nel settore del credito e assicurativo

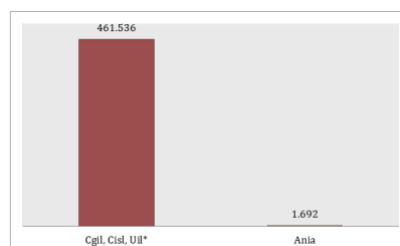


Grafico n. 14 – Numero di lavoratori nel settore dei servizi

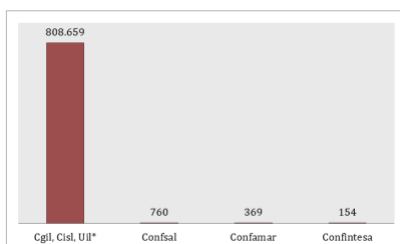
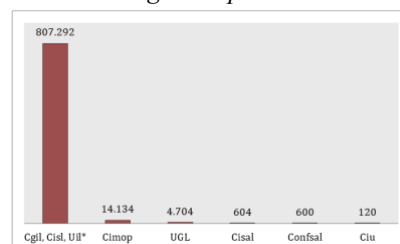


Grafico n. 15 – Numero di lavoratori nel settore degli enti privati



I dati che emergono dai grafici sopra riportati rendono chiaro e indiscutibile il quadro di riferimento sui contratti applicati in Italia. I sistemi di relazioni industriali governati dalle confederazioni unitarie storiche (Cgil, Cisl e Uil) sono quelli che trovano maggiore applicazione. Alcune casistiche, mostrano anche che il sistema di relazioni industriali di settore non è amministrato solo da queste ultime ma è partecipato anche da sindacati minori che però contribuiscono a negoziare un solo contratto collettivo per il medesimo settore (444). Non va infatti sottaciuto che in alcuni sistemi di relazioni industriali, il contratto collettivo detta regole anche per comporre la delegazione trattante per il rinnovo del contratto in modo tale da assicurare la più vasta rappresentanza sindacale del settore al tavolo delle trattative. Il CCNL del settore bancario sottoscritto dall'Abi, Fiba-Cisl, Fisac-Cgil, Uilca-Uil e altre sigle sindacali, ne è un esempio (445). Tant'è che in relazione a questi casi, la dottrina ha osservato che non occorre andare alla ricerca della rappresentatività in quanto sussiste l'unità sindacale nella categoria (446).

I dati così sistematizzati mostrano anzitutto la conclamata inadeguatezza dell'interpretazione del criterio della rappresentatività comparata attraverso l'utilizzo degli indici individuati dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa (447) in quanto, a titolo di esempio, organizzazioni sindacali come la Confsal o federazioni ad essa aderenti sono state considerate talvolta come comparativamente più rappresentative (448), nonostante i sistemi contrattuali presentino una scarsa applicazione (v. grafici che precedono).

Inoltre, la proiezione dei dati è utile al consulente del lavoro su due versanti, l'uno complementare all'altro:

444 In alcuni negoziati, le organizzazioni sindacali più rappresentative sono affiancate anche da organizzazioni minoritarie che tuttavia partecipano alla stipula del medesimo contratto. Ad esempio, nel settore agricolo (*Grafico n. 4*), risultano cofirmatarie Agri-quadri e Confederdia; nel settore dei poligrafi e dello spettacolo (*Grafico n. 10*), risultano cofirmatarie UGL, Confsal, Cisl; nel settore del commercio (*Grafico n. 11*), risultano cofirmatarie Confamar, Federcolf, UGL; nel settore dei trasporti (*Grafico n. 12*), risultano cofirmatarie Cisl, Usclac, Uncdim, Confsal, Orsa, Savt; nel settore del credito (*Grafico n. 13*), risultano cofirmatarie Fabi, UGL, Unisin, Dircredito FD, Sinfub, Fna, Snfia, Falcri, Silcea, Snalec; nel settore dei servizi (*Grafico n. 14*), risulta cofirmataria Fiadel; nel settore degli enti privati (*Grafico n. 15*), risultano cofirmatarie Confsal, Sinasca, UGL.

445 L'art. 28 del CCNL stabilisce le regole procedurali da seguire per comporre la delegazione sindacale trattante in modo da assicurare la più vasta rappresentanza in proporzione al numero di lavoratori iscritti.

446 Cfr. M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, op. cit., p. 113, che sul punto richiama M. PERSIANI, *I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale*, in *DL*, 1958, n. 1, p. 90.

447 T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 396/2019, p. 22, nota 27, evidenzia un acceso contrasto tanto all'interno della giurisprudenza che della prassi amministrativa circa la sussistenza del requisito della rappresentatività comparata in capo ad alcune organizzazioni sindacali.

448 Cfr. Trib. Pavia 26 febbraio 2019, n. 80; Decreto del Ministero del Lavoro 4 luglio 2014, n. 14280-ter.

a) sotto un primo profilo, il professionista riesce a dare una dimensione giuridica al criterio della rappresentatività comparata attraverso la valorizzazione dell'aspetto dell'*effettività* del diritto delle relazioni industriali, cioè applicando quel diritto nato dai corpi intermedi che ha il più vasto riconoscimento da parte della comunità dei lavoratori di riferimento, anche come riflesso di una concreta attuazione del principio democratico qui più volte evocato (cfr. Cap. II, Sez. II, § 1);

b) sotto un secondo profilo ma connesso al primo, questo utilizza i sistemi contrattuali caratterizzati da una maggiore *effettività* in termini applicativi per esercitare tutte le deleghe che la legge dispone in favore della contrattazione (cfr. *Tabella n. 1*).

In questa prospettiva, dunque, non occorre ripensare la tecnica normativa per disciplinare il rinvio, né tantomeno affidarsi ancora al difficile cammino di certificazione del dato associativo ed elettorale ideato dalle organizzazioni sindacali, stante la convenzionalità della procedura e la volontà di sottrarsi ad esso da parte di diversi soggetti coinvolti. Semmai, ciò che le maggiori confederazioni sindacali, stante lo schiacciante dato di *effettività*, dovrebbero fare è rivedere i contenuti dei campi di applicazione dei diversi contratti collettivi: infatti, come denunciato dalle organizzazioni sindacali Fillea-Cgil, Filca-Cisl e Feneal-Uil del settore edile, vi sono contratti collettivi, siglati dalle stesse organizzazioni sindacali, che invadono il campo di applicazione di altri (449), generando sistemi di *dumping* interni al sistema contrattuale gestito dalle tre grandi confederazioni sindacali.

Non convince chi invece propone di comparare, volta per volta, il contenuto dei contratti collettivi insistenti sul medesimo campo di applicazione (450) in quanto è difficile fare un raffronto sul trattamento economico e normativo a causa della diversità strutturale degli accordi. Peraltro, tornerebbe alla ribalta il problema dell'identificazione dell'oggetto della comparazione, che oggi, dovrebbe riguardare tanti istituti, ivi compresa la bilateralità, entrata a pieno titolo nella parte economica del contratto collettivo (451) e il *welfare*, anch'esso dotato di una dimensione di corresponsività ed è

449 Il CCNL Multiservizi ne è un esempio. Nato per le aziende di pulizia e piccole manutenzioni, esso si è esteso alla gestione dei fabbricati, dei condomini, all'amministrazione degli immobili, alla manutenzione edile, idraulica e autostradale, tanto da essere battezzato come CCNL *pacman* o *monster*.

450 È la prospettiva interpretativa praticata dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro nella recente circolare del 6 maggio 2019, n. 6, ai fini del riconoscimento dei benefici normativi e contributivi di cui all'art. 1, comma 1175 della legge n. 296 del 2006, resa anche sulla scorta della recente sentenza della Corte di Cassazione 20 febbraio 2019, n. 4951.

451 Sul punto v. la circolare n. 43 del 2010 emanata dal Ministero del Lavoro, ove si osserva che quando «i contratti collettivi di lavoro, dopo aver definito un sistema bilaterale volto a fornire tutele aggiuntive ai prestatori di lavoro nell'ottica di un innovativo *welfare* negoziale, dispongano l'obbligatorietà non della iscrizione all'ente bilaterale, quanto del riconoscimento al prestatore di lavoro, per quei datori di lavoro che non vogliono aderire al sistema bilaterale, di analoghe forme di tutela (per esempio una assistenza sanitaria o una previdenza integrativa) anche attraverso una loro quantificazione in termini economici [...] l'obbligatorietà della tutela – ovvero del versamento a favore del prestatore di lavoro di una somma forfettaria o anche della erogazione diretta, da parte del datore di lavoro, di prestazioni equivalenti a quelle della bilateralità – va, infatti, correttamente riferita alla parte economico-normativa del contratto collettivo, avendo efficacia sul contenuto delle situazioni di diritto che regolano il

forse la più moderna evoluzione del concetto di retribuzione ⁽⁴⁵²⁾. Sarebbe dunque dispendioso per un consulente del lavoro operare un raffronto di questo tipo tra contratti collettivi. Peraltro, senza neanche giungere a questa profondità di analisi, basta soffermarsi a notare che gli orientamenti giurisprudenziali in materia di trattamento economico conforme all'art. 36 Cost. sono molto eterogenei, non essendo pacifiche le voci da ricomprendere nella nozione ⁽⁴⁵³⁾. Infine, non va dimenticato che attualmente la contrattazione collettiva si avvale delle c.d. *clausole di inscindibilità*, cioè pattuizioni volte a salvaguardare l'unitarietà del contratto ⁽⁴⁵⁴⁾ in quanto frutto di un unico sinallagma costruito dalle parti nel negoziato. In altre parole, ogni pattuizione è negoziata e congeniata in equilibrio con la precedente e la successiva. Questo rende di fatto l'oggetto del contratto indivisibile (cfr. art. 1316 cod. civ.) e quindi non suscettibile di un'applicazione parziale. Di conseguenza, per poter svolgere un'adeguata comparazione, questa deve investire tutto il contratto collettivo e, quindi, valutarlo nella sua complessità ⁽⁴⁵⁵⁾ rispetto all'altro accordo preso in considerazione.

Di conseguenza, occorre convenire che questa operazione, oltre a non essere compatibile con l'attuale criterio selettivo della rappresentatività comparata, rischia di essere largamente infruttuosa come ha dimostrato in passato l'applicazione giurisprudenziale di questa metodologia in relazione al rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e come dimostra anche l'esperienza giurisprudenziale di altri ordinamenti ⁽⁴⁵⁶⁾.

All'esito di questa analisi, tesa a prospettare una interpretazione alternativa del criterio della rappresentatività comparata, orientata alla ricerca dell'indice di *effettività* e democraticità dell'azione sindacale, le ricadute applicative sono notevoli nella prospettiva in cui il consulente del lavoro dovrà necessariamente "fare affidamento" sui sistemi contrattuali amministrati dalle organizzazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil. Inoltre, possiamo anche sgomberare il campo dai dubbi di costituzionalità della tecnica

rapporto individuale di lavoro tra l'impresa – o, più in generale, il datore di lavoro (si pensi agli studi professionali) – e ciascuno dei propri dipendenti. Ciò del resto in coerenza con la funzione social-tipica della parte economico/normativa del contratto collettivo di realizzare – ex articoli 3 e 36 della Costituzione – una disciplina uniforme dei rapporti individuali di lavoro di una determinata categoria o gruppo professionale».

⁴⁵² T. TREU, *Introduzione al Welfare aziendale*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 297/2016, pp. 30-31.

⁴⁵³ Per ricomprendere solo la paga base e la tredicesima mensilità, cfr. *ex multis*, Cass. 5 novembre 2008, n. 26589; Cass. 9 giugno 2008, n. 15148; Cass. 20 giugno 2008, n. 16866, Cass. 26 ottobre 2005, n. 20765; Cass. 28 agosto 2004, n. 17250; Cass. 7 luglio 2004, n. 12250; Cass. 13 maggio 2002, n. 6878. Contra, secondo cui rientrerebbero anche la quattordicesima mensilità, i compensi aggiuntivi, le indennità accessorie, le maggiorazioni per lavoro straordinario superiori a quella legale, la durata delle ferie, i permessi, cfr. *ex multis*, Cass. 24 novembre 1999, n. 13093; Cass. 25 novembre 1994, n. 10029.

⁴⁵⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 201.

⁴⁵⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 208, nota 92.

⁴⁵⁶ Sul punto, facciamo riferimento al tentativo della giurisprudenza australiana di operare un raffronto tra le clausole dei diversi contratti collettivi con la finalità di verificarne la sostanziale pariteticità (c.d. *better off overall test* e *disadvantage test*).

normativa precedentemente accennati (cfr. § 2.2). Infatti, potremmo ritenere che con l'adozione della nozione di "sindacato comparativamente più rappresentativo", l'ordinamento statale sembra aver abbandonato l'idea di voler governare il fenomeno sindacale attraverso il meccanismo di cui all'art. 39 Cost., e cioè attraverso un criterio numerico-proporzionalistico e incentrato prevalentemente sulla dimensione associativa.

Se infatti, riconosciamo che con tale formulazione il legislatore abbia fatto una scelta (politica) di abilitare un modello di relazioni industriali diverso, caratterizzato da soggetti dimostratisi nei fatti idonei «a rappresentare gli interessi [...] che trascendono la sfera di tutela dei soggetti legati al sindacato da un vincolo strettamente associativo» per accostarsi a entità rappresentative di interessi «di un intero gruppo professionale o categoriale ovvero della classe lavoratrice globalmente intesa»⁴⁵⁷, potremmo anche concludere che la tecnica normativa, oramai dilatata lungo tutta la disciplina del mercato del lavoro (cfr. *Tabella n. 1*), possa essere messa al riparo da possibili censure in quanto questa si limiterebbe a riconoscere (e non a conferire) un'efficacia generalizzata che nei fatti è alimentata da un'applicazione costante dei contratti.

⁴⁵⁷ In questo senso G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, op. cit., pp. 42-43. Anche M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, op. cit., p. 127 ritiene che con l'introduzione del criterio della rappresentatività comparata, «la rappresentanza degli interessi del mondo del lavoro e dell'impresa è riconosciuta dallo Stato-pubblico potere su basi del tutto diverse da quelle del modello di pluralismo organico dell'art. 39. Le prassi di concertazione assumono l'esistenza di un sistema di rappresentanza sociale determinante gli equilibri dell'economia e per l'efficacia delle politiche pubbliche, nel quale dominano grandi organizzazioni autonome dallo Stato, capaci di produrre consenso o mobilitare dissenso».

Nella legislazione del lavoro degli ultimi anni il ricorso a soggetti pubblici ed a moduli amministrativi per la regolazione di vicende rilevanti dei rapporti di lavoro appare in crescita.

M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1987, p. 227.

SEZIONE II

IL RAPPORTO TRA CONTRATTO COLLETTIVO E CONTRATTO INDIVIDUALE DI LAVORO

Sommario: 1. L'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale di lavoro tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale. – 2. Il ruolo della giurisprudenza sull'inderogabilità del contratto collettivo. – 3. Le ipotesi di inderogabilità previste dalla legge. – 4. L'inderogabilità presupposta: l'interesse dell'ordinamento statale alla realizzazione dei principi costituzionali. – 5. Il contratto collettivo, il contratto individuale e i costi di transazione.

1. L'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale di lavoro tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale

Nel suo ruolo di intermediario tra lo Stato, il mercato e l'ordinamento intersindacale, il consulente del lavoro assume, nel curare gli adempimenti in materia di lavoro come imposto dall'art. 1, comma 1 della legge 12 del 1979, anche la funzione di redigere il contratto di lavoro individuale. Nell'ambito di questa attività, il professionista deve individuare le fonti di legge che disciplinano i contenuti e gli spazi di autonomia del contratto individuale (tenuto conto della funzione della norma inderogabile nell'ordinamento statale, cfr. Cap. III, Sez. I, § 1) e tenere conto delle diverse questioni interpretative che, ad oggi, risultano in parte pacifiche in dottrina e in giurisprudenza e che qui illustreremo nell'ottica in cui rilevano ai fini della presente ricerca.

L'attività di individuazione ed interpretazione delle fonti normative caratterizza l'attività del consulente del lavoro dalla presa in carico dell'assunzione del lavoratore su indicazione del datore di lavoro fino alla cessazione di questo. Inoltre, questa si manifesta anche nell'attività di denuncia dell'avvenuta assunzione ai pubblici uffici. Lungo questo *iter*, infatti, il consulente è obbligato a compilare una determinata modulistica per denunciare l'avvenuta stipula del contratto di lavoro e a consegnarla alla Pubblica Amministrazione, contenente alcune informazioni di base relative al rapporto instaurato (contratto collettivo applicato, inquadramento contrattuale, tipologia

contrattuale, orario di lavoro, luogo della prestazione, livello retributivo etc.) (458). Già in questa fase, l'attività svolta si presta a fornire delle informazioni rilevanti per l'autorità pubblica in quanto, grazie all'attività del professionista-intermediario, viene a conoscenza delle modalità con le quali il rapporto di lavoro si svolgerà e potrà svolgere attività di controllo mirate con la più volte richiamata finalità di garantire l'*effettività* dei diritti (cfr. Cap. II, Sez. II).

L'obbligo di comunicare per iscritto le condizioni del contratto di lavoro, invece, non è sempre previsto dalla legge per quanto concerne il rapporto con il lavoratore. Infatti, in via generale, il contratto di lavoro non richiede la forma scritta salvo il caso in cui sia espressamente la legge a richiederla (*ad substantiam*) (459). Il rapporto di lavoro, infatti, si instaura per vie di fatto; tant'è che la volontà può essere dichiarata oralmente o si desume per comportamenti concludenti (460). Tuttavia, negli anni il legislatore ha introdotto una serie di disposizioni che indirettamente impegnano il datore di lavoro (e quindi anche il consulente del lavoro) a rendere edotto per iscritto il lavoratore circa le condizioni contrattuali. Infatti, l'art. 1 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 prevede l'obbligo del datore di lavoro di fornire al lavoratore una serie di informazioni (461) riguardanti il rapporto di lavoro entro trenta giorni dalla data di assunzione. Queste informazioni possono essere fornite al lavoratore «nel contratto di lavoro scritto ovvero nella lettera di assunzione o in ogni altro documento scritto, da consegnarsi al lavoratore entro trenta giorni dalla data dell'assunzione», come prescrive l'art. 1, comma 2, lett. a). Inoltre, l'art. 4-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 181 del 2000, modificato dall'art. 40, comma 2 del decreto-legge n. 112 del 2008 e successivamente convertito in legge n. 133 del 2008, ha stabilito che il datore di lavoro è obbligato a consegnare alternativamente al lavoratore o la copia della comunicazione inviata al Centro per l'impiego oppure la

⁴⁵⁸ Trattasi della Comunicazione UniLav, contenente oltre le informazioni relative al lavoratore, anche quelle relative al datore di lavoro (sede legale dell'azienda, tipo di impresa etc.). Questa tipologia di documentazione è disciplinata dall'art. 9-*bis*, comma 2, del decreto-legge n. 510 del 1996, conv. in legge n. 608 del 1996, come sostituito dall'art. 1, comma 1180 della legge n. 296 del 2006; cfr. Cap. I, § 2.

⁴⁵⁹ Spesso, la forma scritta viene imposta dal legislatore in relazione all'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili; v. ad esempio nell'ambito del d.lgs. n. 81 del 2015, l'art. 15, comma 1 che impone la forma scritta per il lavoro intermittente e lo stesso avviene per il contratto di lavoro in somministrazione (art. 33, comma 1), il contratto di apprendistato (art. 42, comma 1), il contratto di lavoro a tempo parziale (art. 5, comma 1), il contratto a tempo determinato (art. 19, comma 4).

⁴⁶⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, 2016, ed. Giappichelli, Torino, p. 228.

⁴⁶¹ L'art. 1, comma 1 indica le seguenti informazioni: «a) l'identità delle parti; b) il luogo di lavoro; in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, nonché la sede o il domicilio del datore di lavoro; c) la data di inizio del rapporto di lavoro; d) la durata del rapporto di lavoro, precisando se si tratta di rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato; e) la durata del periodo di prova se previsto; f) l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro; g) l'importo iniziale della retribuzione e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo di pagamento; h) la durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore o le modalità di determinazione e di fruizione delle ferie; i) l'orario di lavoro; l) i termini del preavviso in caso di recesso».

copia del contratto individuale di lavoro concernente tutte le informazioni relative al rapporto indicate dall'art. 1 del d.lgs. n. 152 del 1997.

Nell'ambito di queste procedure, occorre chiedersi se il consulente del lavoro possa predisporre un contratto individuale di lavoro che preveda delle disposizioni peggiorative rispetto alle previsioni del contratto collettivo in relazione alle materie che deve disciplinare all'interno dell'atto individuale (come richiesto dall'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 152 del 1997). Abbiamo, infatti, sostenuto che nella stipulazione del contratto individuale di lavoro, occorre tenere necessariamente presente i limiti e le condizioni imposte dalla norma inderogabile di legge. In realtà, non basta tener presente la norma inderogabile di legge, ma occorre necessariamente relazionarsi anche con i limiti imposti dalla norma inderogabile dell'ordinamento intersindacale, rappresentata dal contratto collettivo. Le argomentazioni che seguiranno saranno volte a dimostrare i fondamenti teorici di questo assunto.

Il principio di inderogabilità *in peius* del contratto collettivo da parte del contratto individuale di lavoro spiega la sua efficacia, sia pure basandosi su diversi presupposti, tanto nell'ordinamento statale che in quello intersindacale. Tuttavia, gli effetti che ne derivano non sono separati tra loro ma interconnessi. Infatti, l'ordinamento statale, in più disposizioni, ne presuppone l'inderogabilità per raggiungere fini, oltre che di politica economica, anche di tutela della persona. Procederemo, quindi, nell'analizzare le due prospettive con lo scopo di dedurre un principio comune ai due ordinamenti e al quale il consulente del lavoro deve attenersi per svolgere adeguatamente la funzione di raccordo più volte evocata.

Nell'ordinamento statale, l'impossibilità di derogare *in peius* il contratto collettivo per il tramite del contratto individuale viene sovente sostenuta dagli interpreti facendo leva su frammenti normativi. Le prime norme che ne sanciscono espressamente l'inderogabilità sono quelle del Libro V del Codice Civile (in particolare, l'art. 2077 cod. civ., sul quale ci si soffermerà in modo dettagliato successivamente; cfr. § 3). Sennonché, occorre constatare che gran parte di queste sono oggi inutilizzabili poiché concepite per disciplinare un sistema contrattual-collettivo diverso da quello vigente. Tuttavia, il legislatore repubblicano non ha mancato occasione di emanare disposizioni che facessero desumere all'interprete un riconoscimento del principio di inderogabilità *in peius* del contratto collettivo. In particolare, l'art. 2113 cod. civ. è stata la prima disposizione dalla quale la dottrina⁴⁶² ne ha ricavato un elemento di diritto positivo che sancisse l'inderogabilità del contratto collettivo. Ma non è l'unica disposizione che si presta a questa ricostruzione. Infatti, nel tempo, i riferimenti normativi che fonderebbero l'inderogabilità del contratto collettivo sono accresciuti: l'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., l'art. 829, ultimo comma, c.p.c. relativo all'impugnazione del lodo arbitrale «per violazione dei contratti e accordi collettivi», nonché l'art. 420-*bis*, comma 1, c.p.c. concernente la risoluzione «in via pregiudiziale una questione concernente

⁴⁶² Si rinvia sul punto allo studio di G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, op. cit., pp. 291, 303 e 306.

l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale».

Senonché, la dottrina ha alimentato un dibattito circa il tipo di inderogabilità che da queste disposizioni se ne dovrebbe ricavare. Infatti, alcuni interpreti hanno ritenuto che tutte queste disposizioni non fonderebbero un principio di inderogabilità *in peius* del contratto collettivo da parte del contratto individuale nell'ordinamento statale ma si limiterebbero a presupporlo (463). Altri autori, invece, ritengono che l'art. 2113 cod. civ. rappresenti l'espresso riconoscimento da parte dell'ordinamento statale dell'inderogabilità *in peius* del contratto collettivo (464) e ne rappresenterebbe, dunque, la disposizione fondativa di tale attributo.

Sul versante dell'ordinamento intersindacale, invece, ci si limita a rilevare che anche l'autonomia collettiva riconosce indirettamente – con formule linguistiche spesso carenti da un punto di vista tecnico – l'inderogabilità del contratto collettivo. Ad esempio, l'art. 1 del CCNL per le aziende metalmeccaniche industriali sottoscritto da Federmeccanica, Assistal, Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil prevede che «le parti, col presente Contratto, non hanno inteso sostituire le condizioni, anche di fatto, più favorevoli al lavoratore attualmente in servizio non derivanti da accordi nazionali, le quali continueranno ad essere mantenute *ad personam*». Un'analoga previsione la si può riscontrare nel CCNL per le aziende chimiche farmaceutiche industriali, nel CCNL per le imprese edili nel CCNL per le industrie del vetro. Secondo parte della dottrina, queste previsioni che salvaguardano gli effetti migliorativi del contratto individuale rispetto alle condizioni previste dal contratto collettivo assumerebbero implicitamente «un preciso significato negoziale: il divieto della deroga *in peius*» del contratto collettivo. Ci troviamo, quindi, di fronte a «disposizioni collettive che disciplinano direttamente il contratto individuale – su cui operano mutandone il contenuto salvo i limiti posti dallo stesso CCNL – e senza costituire semplici impegni privi di carattere

⁴⁶³ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, op. cit., p. 478; A. CATAUDELLA, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *RTDPC*, 2008, p. 61 e ss., spec. p. 73; V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Le relazioni industriali*, vol. III, 2014, ed. Giappichelli, pp. 207-237, spec. p. 215 osserva che «queste norme non possono essere considerate come fondative dell'effetto inderogabile perché, a differenza di quelle che svolgono espressamente tale funzione (come l'art. 2077 c.c.), non disciplinano direttamente i rapporti tra il contratto collettivo e quello individuale e non stabiliscono ambiti di competenze normativi, gerarchia tra norme, limiti della capacità derogativa». Secondo V. Speziale, quindi, queste disposizioni prendono solo «atto del carattere inderogabile delle disposizioni dell'autonomia collettiva (art. 2113) oppure ne riconoscono implicitamente tale effetto».

⁴⁶⁴ L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva. Crisi e prospettive*, ed. F. Angeli, Milano, 1976, p. 33 e ss.; G. GIUGNI, *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, p. 9; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, ed. Cedam, Padova, 1997, p. 162; dello stesso autore, v. anche *La funzione normativa*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Diritto sindacale*, vol. I, p. 366 e ss.

vincolante», senza le quali verrebbe meno il «carattere “fisiologico” del contratto collettivo» (465).

Alla luce di questa analisi, dobbiamo necessariamente concludere che il consulente del lavoro dovrà rapportarsi al contratto collettivo al pari della norma inderogabile dell'ordinamento statale in quanto tanto in questo che nell'ordinamento intersindacale, vige un principio generale di inderogabilità del contratto collettivo funzionale agli scopi che i due ordinamenti si pongono: da una parte lo Stato, che ha come obiettivo la tutela del lavoro attraverso anche l'esercizio della contrattazione collettiva, che riequilibra il rapporto tra le parti; dall'altra parte, il sistema sindacale che attraverso l'inderogabilità del contratto collettivo riesce a regolare la concorrenza tra i lavoratori, a ridistribuire la ricchezza e salvaguardare la loro dignità (su questi aspetti si rinvia ad ulteriori approfondimenti riportati nel § 4).

2. Il ruolo della giurisprudenza sull'inderogabilità del contratto collettivo

Identificate le direttrici teoriche che governano il principio di inderogabilità del contratto collettivo da parte di quello individuale nei due ordinamenti considerati, occorre mettere ora in luce che vi è un ulteriore elemento da tenere in considerazione: il ruolo della giurisprudenza e quindi del *diritto vivente*. Il consulente del lavoro, infatti, deve rapportarsi necessariamente anche a quelle indicazioni interpretative provenienti dalle sentenze circa l'inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale di lavoro. Ed infatti è noto che la giurisprudenza del lavoro riconosce ancora oggi nell'art. 2077 cod. civ. (466) il fondamento dell'inderogabilità del contratto collettivo (467). Tuttavia, la perdurante applicazione di questa norma non è stata a pieno condivisa dalla dottrina per diverse ragioni. In prima battuta, è da sottolineare come la disposizione si inserisca in un impianto normativo ideato per operare all'interno dell'ordinamento corporativo che, all'indomani della sua caduta, avrebbe dovuto cessare la sua operatività; inoltre, non è stato mai chiarito del tutto se la «politica del diritto [...] perseguita dalla classe dei giudici» era mirata a fornire «un criterio normativo o meramente interpretativo della realtà sociale» o se, in alternativa, argomentando per il tramite dell'art. 2077 cod. civ., questa abbia voluto tutelare la

⁴⁶⁵ V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, op. cit., pp. 209-210.

⁴⁶⁶ L'art. 2077 cod. civ. prevede che «i contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo. Le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro».

⁴⁶⁷ M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, op. cit., p. 7.

«funzione sociale tipica del contratto collettivo» (468), che, appunto, ha come scopo quello di fissare uno *standard* minimo di tutele (cfr. Cap. I, § 2).

La stratificazione delle pronunce giurisprudenziali sulla questione, sebbene caratterizzate da un'«assenza di motivazioni articolate (perché l'uso di questa disposizione è dato per scontato)» (469) lascerebbe spazio all'interprete per ritenere che la giurisprudenza, da un lato, abbia voluto assicurare la sopravvivenza di una norma oramai radicata in modo diffuso nell'ordinamento tale da immaginare solo un intervento del legislatore per poterne bloccare l'operatività di fatto (470); dall'altro, come acutamente osservato da G. Giugni, i giudici si sono preoccupati di assicurare alle parti sociali la «certezza dell'inderogabilità degli effetti» del contratto collettivo di diritto comune «che le parti contraenti neppure rendono palese, come in fondo sarebbe possibile (dato che non è inibito all'autonomia privata esplicitare un effetto di sostituzione automatica), nella convinzione che si tratti di una circostanza già pacificamente scontata» (471). In questa prospettiva, quindi, la giurisprudenza avrebbe continuato a svolgere quel ruolo di raccordo, più volte richiamato, tra i due ordinamenti.

Pertanto, il consulente del lavoro si trova di fronte ad una norma storicamente vivente che trova il suo fondamento in un orientamento giurisprudenziale stabilmente consolidato (472) e – sebbene la costante interpretazione giurisprudenziale non debba essere intesa in senso tecnico come norma giuridica – questa certamente influenza dall'esterno il comportamento delle parti (473); è quindi tenuto a doverne tenere conto (474). Anzi, va tenuto presente che attualmente la giurisprudenza della Corte di Cassazione è orientata – sempre nel tentativo di salvaguardare l'operatività della norma messa nuovamente in discussione dalla dottrina (475) – a valutare, qualora nel contratto

⁴⁶⁸ M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, op. cit., p. 8. La critica di M. Persiani nei confronti della giurisprudenza è severa, imputandogli tra l'altro il mancato sforzo di rintracciare l'inderogabilità attraverso l'analisi di una nuova categoria teorica: l'autonomia privata collettiva (p. 11).

⁴⁶⁹ V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, op. cit., p. 235.

⁴⁷⁰ V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, op. cit., p. 235.

⁴⁷¹ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, 1989, Bologna, ed. Il Mulino, pp. 175-176.

⁴⁷² V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, op. cit., p. 235-236.

⁴⁷³ Di questa opinione è R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, pp. 181 e ss., spec. p. 218.

⁴⁷⁴ M. G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, p. 515 e ss., spec. p. 530 ritiene che questa costante interpretazione della giurisprudenza sia da classificare come consuetudine. Contrario a questa proposta interpretativa è A. PIZZORUSSO, *Fondi del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, 2011, ed. Zanichelli, Bologna – Roma, p. 653 ritenendo che la consuetudine si fondi sull'«opera inconscia un complesso di soggetti determinati e in determinabili (privi pertanto di qualunque qualificazione), fondata sulla diffusa convinzione della giuridicità del comportamento osservato, senza che tale giuridicità sia fatta risalire ad una interpretazione del diritto preesistente».

⁴⁷⁵ V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, op. cit., p. 45 e ss. ma anche 76 e ss. che definisce il contratto collettivo di diritto comune «geneticamente derogabile». Sul punto v. anche R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, op. cit., pp.

individuale manchi un riferimento esplicito o implicito al contratto collettivo, «in concreto il comportamento posto in essere dal datore di lavoro e dal lavoratore», con la finalità di accertare «pur in difetto della iscrizione alle associazioni sindacali stipulanti, se dagli atti siano desumibili elementi tali da indurre a ritenere ugualmente sussistente la vincolatività della contrattazione collettiva» (476). Ci troviamo di fronte ad un'indagine fattuale pervasiva e, per certi versi, rimessa quasi esclusivamente nelle mani dell'organo giudicante.

Sebbene, dunque, possa essere oggetto di critica la posizione della giurisprudenza, bisogna sempre tenere presente – in un'ottica di prevenzione del conflitto – la prospettiva della “scelta conveniente”. Come accennato precedentemente (cfr. Cap. I, § 2), infatti, l'operatore economico è tendenzialmente disincentivato dal precedente giurisprudenziale a discostarsi dalla modalità generalmente praticata, anche a causa dell'elevata «*unconscionability*», cioè l'indeterminatezza degli esiti dell'operazione contrattuale e di un eventuale contenzioso (477).

3. Le ipotesi di inderogabilità previste dalla legge.

Resta da chiedersi, tuttavia, se vi sono dei casi in cui il consulente del lavoro, anziché coordinare il contratto individuale con le disposizioni del contratto collettivo in virtù di un principio di inderogabilità sancito dal diritto giurisprudenziale, debba farlo in virtù di una disposizione di legge. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui il principio di inderogabilità del contratto collettivo opera in quanto «il contenuto dell'atto espresso dall'ordinamento sindacale diventa, per volontà del legislatore, parte integrante della disciplina legale». Nel caso in cui, quindi, il contratto individuale preveda una deroga *in peius* rispetto al contratto collettivo il primo si pone in contrasto con il secondo in quanto la legge ha a quest'ultimo «delegato poteri normativi ed è quindi soggetto alle regole di invalidità proprie delle fonti primarie inderogabili» (478). Tuttavia, per poter individuare il fondamento di diritto positivo che riconosce al contratto collettivo l'inderogabilità *in peius* in relazione al contratto individuale di lavoro, è necessario fare una valutazione caso per caso in quanto «i principi in tema di nullità per contrasto con norme di legge [art. 1418, comma 1 cod. civ.] saranno applicabili quando la legge utilizza il contratto collettivo come regola minima di disciplina del rapporto individuale» (479).

216-217 ove sostiene che il contratto collettivo di diritto comune non è in possesso del requisito dell'inderogabilità, potendo questo essere derogato sia *in peius* che *in meius* dal contratto individuale.

⁴⁷⁶ Così Cass. 29 ottobre 2013, n. 24336.

⁴⁷⁷ Sul punto, v. sempre. R. BOWLES, *Laws and Economy*, op. cit.

⁴⁷⁸ V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, op. cit., p. 221.

⁴⁷⁹ V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, op. cit., p. 222.

Sono diverse le disposizioni di legge che conferiscono al contratto collettivo non solo il “corpo” ma anche l’“anima” di una norma inderogabile (480). A titolo di esempio, elenchiamo alcune delle disposizioni che presentano questa caratteristica:

a) l’art. 36 della legge 300 del 1970 prevede che «nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un’attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all’esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l’obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»;

b) l’art. 1, comma 1 del decreto-legge n. 338 del 1989 così come autenticamente interpretato dall’art. 2, comma 25 della legge n. 549 del 1995 secondo cui «in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria»;

c) l’art. 1, comma 1175 della legge n. 296 del 2006 nella parte in cui prevede che «a decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva, fermi restando gli altri obblighi di legge ed il rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»;

d) l’art. 7, comma 4 del decreto-legge n. 248 del 2007 che impone alle società cooperative «che svolgono attività ricomprese nell’ambito di applicazione» dei contratti collettivi di categoria di applicare «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 di osservare»;

e) l’art. 30, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 laddove prevede che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente».

⁴⁸⁰ La celebre espressione è di F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 1928, Padova.

Sebbene queste norme sembrano simili, in realtà presentano caratteristiche strutturali che le differenziano. Infatti, l'art. 1, comma 1 del decreto-legge n. 338 del 1989 non impone nei fatti l'applicazione di un contratto collettivo ma solo l'onere di calcolare in percentuale la contribuzione sulla base delle retribuzioni previste da un determinato contratto collettivo. In questo caso, la norma utilizza il contratto collettivo come parametro esterno, per quantificare un importo che, in base al principio di uguaglianza, conduca tutti i contribuenti a conferire eguali somme alle casse del sistema previdenziale pubblico.

Su un piano diverso, invece, opera l'art. 1, comma 1175, della legge n. 296 del 2006 che, infatti, invita il datore di lavoro al "rispetto" del contratto collettivo e non a garantire solo il trattamento economico e normativo. Formulazione, quest'ultima, prevista dall'art. 7, comma 4 del decreto-legge n. 248 del 2007 (c.d. *milleproroghe*). Le due locuzioni, essendo radicalmente diverse, si pongono l'obiettivo di disciplinare fattispecie altrettanto diverse tra loro. Da un lato, l'art. 7, comma 4, risponde all'esigenza di contrastare il *dumping contrattuale* tra le società cooperative. Pur lasciando a queste ultime la possibilità di scegliere quale contratto collettivo applicare in virtù dell'art. 39, comma 1 Cost., il legislatore impone in ogni caso di parametrare il trattamento economico e normativo a quello previsto dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. È, dunque, anch'essa una "norma parametro", che impone un preciso obbligo di trattamento al fine di tutelare da una parte la dignità del lavoratore attraverso un'equa retribuzione (cfr. art. 36 Cost.) e dall'altra un regime di concorrenza leale tra le società cooperative.

Di tutt'altro tenore letterale, invece, è la norma che disciplina il diritto (e non l'obbligo) delle imprese ai benefici normativi e contributivi previsti dalla legge. In questo caso, infatti, non essendo l'impresa obbligata ad accedere al regime del beneficio contributivo e fiscale, il legislatore ha potuto condizionare l'esercizio di quel diritto all'applicazione di alcuni dei contratti collettivi vigenti. E tale scelta non si porrebbe nemmeno in contrasto con la libertà sindacale sancita dall'art. 39 Cost. Infatti, l'applicazione integrale di un determinato contratto collettivo previsto dalla legge rappresenterebbe un "dovere libero", ossia «un comportamento a cui il soggetto è tenuto per realizzare un interesse suo proprio; è un evento da realizzare per poter esercitare un diritto»; infatti, «l'inadempimento dell'onere si traduce nell'impossibilità per il titolare di soddisfare il suo interesse» (481). In altri termini, il datore di lavoro non è obbligato ad applicare determinati contratti collettivi; ma se vuole usufruire di misure pubbliche di sostegno all'occupazione – che incidono profondamente sulla concorrenza tra le imprese in quanto ridimensionano il costo del lavoro attraverso il trasferimento di risorse della finanza pubblica alle imprese – è onerato dell'applicazione integrale del

481 N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto Civile*, vol. 1, 1994, ed. Giuffrè, pp. 240-241.

contratto collettivo avente i requisiti disposti dall'art. 1, comma 1175, legge n. 296 del 2006 (482).

Anche autorevole dottrina ebbe modo di osservare la differenza netta che vi è tra le c.d. *clausole sociali*, ossia quelle disposizioni normative che individuano «il trattamento economico-normativo da applicare indirettamente e cioè mediante una comparazione tra le condizioni di trattamento offerte ed effettivamente praticate dall'imprenditore e quelle previste dai contratti collettivi» (483) e le norme che a questa regola fanno eccezione (trattasi delle c.d. *norme incentivo*). Infatti, in alcune norme le formule utilizzate dal legislatore sono mirate a promuovere un'applicazione diretta dei contratti collettivi «anziché riferirsi al contratto come parametro o livello minimo di tutela da rispettare» (a titolo di esempio, ricordiamo l'art. 8 della legge n. 695 del 1956 ove è stabilito che «la concessione dei benefici [...] è subordinata all'osservanza [...] dei vigenti patti di lavoro e degli accordi integrativi regionali e provinciali ed alla regolare corresponsione delle retribuzioni»). Il “rispetto”, al pari dell’“osservanza”, non può che condurre l'interprete a concludere per l'applicazione integrale del contratto. Peraltro, questa tecnica normativa non può dirsi in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto va tenuto in debito conto «che l'applicazione della norma collettiva dipende dalla volontà dell'imprenditore il quale ha la scelta di utilizzare o meno il beneficio» (484).

Per queste ragioni, non può essere dunque accolta la recente opzione interpretativa dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro palesata nelle circolari n. 7 e 9 del 2019, in quanto l'interpretazione delle norme deve seguire necessariamente il significato letterale delle disposizioni, come imposto dall'art. 12 delle preleggi, mettendo in secondo piano qualsiasi altra intenzione, tanto del legislatore che di qualsiasi altro operatore del diritto (485).

Obiettivo ancora diverso è quello perseguito dall'art. 30, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016. Questa norma impone alla Pubblica Amministrazione di inserire nei documenti per l'aggiudicazione dei servizi affidati in appalto ai privati una clausola che obblighi al rispetto del contratto collettivo di settore, nella sua totalità. In altri termini, la norma, in questo caso, impone l'applicazione del contratto collettivo di settore in ogni

⁴⁸² A. BELLAVISTA, *La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 55/2007, p. 24 che a tal proposito osserva: «La formula legislativa è talmente ampia da fare ritenere che l'applicazione dei contratti collettivi ivi menzionati, per ritenere integrata la condizione legale, debba essere integrale, senza alcuna possibilità di distinguere tra le varie parti in cui si articola il contratto collettivo di riferimento. Con tale intervento legislativo dovrebbero essere risolti gli annosi problemi relativi alla discussione di quale fosse la parte del contratto collettivo la cui osservanza effettivamente condizionasse l'accesso ai benefici legali».

⁴⁸³ E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, n. 2, p. 138.

⁴⁸⁴ E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, op. cit., p. 139. Dello stesso parere V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., p. 292; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, ed. Giuffrè, 2012, p. 54.

⁴⁸⁵ L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, vol. I, ed. Centro Studi Diritto Avanzato, 2018, p. 71.

suo punto. L'obiettivo del legislatore non è quello di incentivare l'applicazione della contrattazione collettiva ma piuttosto, attraverso questa, tutelare i lavoratori dai meccanismi concorrenziali derivanti dalla formulazione dell'offerta del prezzo del servizio ai fini dell'ottenimento dell'incarico. Sostanzialmente, si tratta di sottrarre al gioco della concorrenza i diritti economici e normativi dei lavoratori. È possibile ritenere che la disposizione sia frutto di una codificazione della prassi adottata dalla Pubblica Amministrazione, a seguito dell'elevato numero di contenziosi in materia di applicazione del contratto collettivo nell'ambito degli appalti pubblici. Peraltro, non va dimenticato che prima dell'introduzione della norma, le organizzazioni sindacali hanno stipulato protocolli d'intesa che in una certa misura anticipavano quanto poi stabilito successivamente *ex lege* (486).

D'altro canto, è in questa prospettiva che la giurisprudenza amministrativa, sebbene non ignori il principio ormai consolidato «secondo cui l'applicazione di un determinato contratto collettivo rientra nelle prerogative dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti», ha sempre ritenuto che deve essere «rispettata la coerenza del contratto nazionale con l'oggetto dell'appalto posto in gara» (487).

4. L'inderogabilità presupposta: l'interesse dell'ordinamento statale alla realizzazione dei principi costituzionali

Valutati tanto gli elementi del diritto positivo che l'organizzazione dell'ordinamento intersindacale ai fini dell'individuazione delle ragioni giuridiche circa l'inderogabilità del contratto collettivo, nell'economia di questo studio, si vuole spiegare anche la ragione per quale il consulente del lavoro, oltre ad approcciarsi alla valutazione di tale atto come una fonte (cfr. Cap. III, § 2.4), debba in ogni caso considerare il contratto collettivo, in linea di principio e salvo le eccezioni previste dalla legge, come inderogabile. Ed infatti, al di là dei frammenti normativi che fonderebbero l'inderogabilità del contratto collettivo (cfr. § 1 e 3), se si accetta che questo atto, per definizione, è soprattutto strumento per la realizzazione dei «principi generali di tutela del lavoro, come sono resi espliciti dalla Costituzione» (488), dobbiamo necessariamente concludere che l'inderogabilità almeno *in peius* sia legata al raggiungimento di questo obiettivo (489). E nella medesima direzione, è indirizzata dal legislatore la funzione del consulente del lavoro (cfr. Cap. II, Sez. I; Cap. II, Sez. II, § 4).

⁴⁸⁶ Sul punto, a titolo di esempio si cita il *Protocollo d'Intesa per la qualità e tutela del lavoro negli appalti di lavori, servizi e forniture*, in *Bollettino Adapt*, 23 aprile 2018, n. 16, sottoscritto dal Comune di Milano e le organizzazioni sindacali Cgil Cisl e Uil il 19 febbraio 2018, nell'ambito del quale sono richiamati tutti i protocolli sottoscritti a partire dal 2011.

⁴⁸⁷ Cfr. *ex multis* Cons. St. 17 gennaio 2018, n. 276.

⁴⁸⁸ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, op. cit., p. 160.

⁴⁸⁹ Anche nelle fonti sovranazionali, il contratto collettivo viene proiettato nella medesima dimensione; infatti esso è considerato sia come strumento di diretta produzione di fonti normative di livello europeo (cfr. artt. 154 e 155 TFUE), sia come mezzo di implementazione, nei sistemi nazionali,

L'inderogabilità del contratto collettivo, quindi, sarebbe presupposta e giustificata da una tendenza della Carta costituzionale a valorizzare i processi di autoregolazione spontanea dei corpi intermedi ai fini della tutela del lavoro (cfr. Cap. II, Sez. II, § 4). Se si dovesse optare per quell'interpretazione secondo cui nell'art. 39 Cost. non risiederebbe l'inderogabilità del contratto collettivo (490), si finirebbe per lasciare alla piena disponibilità delle parti individuali la negoziazione delle condizioni di lavoro e quindi riemergerebbe quello squilibrio insito nella relazione tra datore di lavoro e lavoratore. Squilibrio che la contrattazione collettiva contribuisce ad eliminare rendendo concreto il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost. Tant'è che ogni volta che l'azione di negoziazione non mira a riequilibrare, sul piano collettivo, il rapporto tra le parti, vi è il fondato sospetto che ci troviamo di fronte a sistemi contrattuali non genuini (come nel caso dei c.d. *contratti pirata*).

Peraltro, anche una "super" norma come l'art. 8 del decreto-legge n. 138 del 2011 deve fare i conti con i limiti imposti dalla Costituzione. In effetti, non si può dubitare del fatto che, al di là della capacità derogatoria, se i contenuti dell'intesa di prossimità dovessero ledere i principi sanciti dalla Carta costituzionale, questa andrebbe incontro ad una nullità nella parte in cui contrasta con la legge fondamentale dell'ordinamento.

5. Il contratto collettivo, il contratto individuale e i costi di transazione.

Lungo la trattazione, si è fatto spesso riferimento (cfr. Cap. III, Sez. I, § 2.4; Cap. III, Sez. II, § 3) all'indeterminatezza degli esiti dell'operazione contrattuale qualora l'operatore economico si discosti dalle pratiche generalmente diffuse (491). In realtà, il richiamo del contratto collettivo nel contratto individuale di lavoro non è solo funzionale a prevenire un conflitto volto ad accertarne le condizioni di applicabilità della fonte collettiva o a tutelare esclusivamente quelle posizioni di squilibrio nella relazione tra datore di lavoro e lavoratore precedentemente accennate.

Infatti, vi è una ragione ulteriore per il consulente del lavoro di instaurare una relazione tra la fonte collettiva e il contratto individuale ed essa risiede nel fatto che negoziare sul piano individuale un sistema di tutele volto a disciplinare un rapporto durevole nel tempo, richiede un enorme sforzo, in particolare per il lavoratore che spesso difetta di competenze utili ai fini della negoziazione e soggiace a gravi asimmetrie informative in quanto è privo della conoscenza delle condizioni

delle direttive (art. 153, comma 3), oltre a svolgere funzioni ulteriori nell'ambito delle politiche sociali. Sul punto, v. B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 87/2011, p. 34.

⁴⁹⁰ Di questo parere è V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, op. cit., p. 77 e R. ROMEL, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, op. cit., p. 199.

⁴⁹¹ R. BOWLES, *Laws and Economy*, op. cit.

congiunturali dell'azienda e del settore a cui essa appartiene (492). Aspetti questi che, invece, il contratto collettivo ha ben presente in quanto le regole in esso contenute sono geneticamente legate al settore in cui esso spiega i suoi effetti.

È in questa prospettiva, dunque, che il contratto individuale, richiamando il contratto collettivo, eliminerebbe nella negoziazione i c.d. *costi di transazione*, cioè quei costi legati alla determinazione dei contenuti del contratto di lavoro per adeguarlo ai principi fondamentali dell'ordinamento. L'adesione al contratto collettivo tramite la clausola di rinvio, invece, in un certo senso semplifica i passaggi del negoziato; anzi, questa prassi agevolerebbe il datore di lavoro in quanto gli consentirebbe di accedere anche ad agevolazioni e incentivi provenienti dalla finanza pubblica.

⁴⁹² La teoria economica dei c.d. *costi di transazione* applicata al diritto del lavoro è frutto di un'intuizione di P. Ichino, recentemente riproposta; v. da ultimo, P. ICHINO, *Il problema della semplificazione del Diritto del Lavoro*, in *LDE*, 2018, n. 1.

CAPITOLO IV

IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO NELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

[...] *La Conferenza riafferma i principi fondamentali sui quali l'Organizzazione è basata, e cioè che: (a) il lavoro non è una merce.*

Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, parte I, Filadelfia, 10 maggio 1944.

SEZIONE I

IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO NELLA PROMOZIONE DEL *DUMPING* CONTRATTUALE E NELLA FRAMMENTAZIONE DELLA RAPPRESENTANZA SINDACALE

Sommario: **1.** Una premessa necessaria sul fenomeno sindacale. – **2.** *Segue:* il fragile limite tra la rappresentatività sindacale e la natura “pirata” dell’accordo collettivo. – **3.** I contratti collettivi per le “imprese minori” e il ruolo di sostegno del consulente del lavoro. – **3.1.** Analisi delle clausole del contratto collettivo del settore turistico-alberghiero. – **3.2.** Analisi delle clausole del contratto collettivo applicato alle aziende esercenti lavorazioni a *façon*. – **3.3.** L’attuale vigenza dei contratti collettivi “pirata” e i limiti della funzione della giurisprudenza. – **4.** Struttura del contratto pirata e analisi giuridica. – **5.** Il consulente del lavoro nell’esperienza contrattuale: tecnico o parte contrattuale?

1. Una premessa necessaria sul fenomeno sindacale.

In relazione alla questione della proliferazione di contratti collettivi già accennata (cfr. Cap. I, § 2.1), conviene ora affrontare il primo nodo cruciale relativo al ruolo che il consulente del lavoro ha avuto nella scaturigine del fenomeno in quanto si connette sul piano funzionale alla problematica relativa alla contrattazione collettiva “pirata”.

Davanti al processo di frammentazione della rappresentanza (in particolare quella datoriale), al quale oggi continuiamo ad assistere, definire con accurata certezza quale contratto collettivo possa essere definito “pirata” è operazione molto ardua, soprattutto alla luce di un complesso dibattito ritornato *in auge* da qualche tempo, a seguito

dell'accresciuto numero di contratti collettivi vigenti nel nostro ordinamento (493). Le incertezze sono tante, come è abnorme l'utilizzo che se ne fa dell'aggettivo "pirata" per classificare tutti quei sistemi di relazioni industriali non ritenuti "comparativamente" più rappresentativi. Per comprendere quanto sia corretto l'utilizzo del termine ai fini della legittimità di un contratto collettivo, è necessario tenere distinta l'organizzazione sindacale in sé dall'organizzazione sindacale "pirata" e da quella, ancora, comparativamente più rappresentativa (rispetto ad altre).

In questo senso, è doveroso richiamare la riflessione di M. Napoli in tema di sindacato, perché ci consente di fare luce sul fatto che «il diritto costruisce i rapporti sindacali dando per scontata la configurazione sostanziale del soggetto che, costruendo la trama di tali rapporti, esplica la funzione di tutela degli interessi dei lavoratori, che è la sua ragion d'essere» (494). In effetti, secondo quanto sostenuto dall'autore della scuola di Milano, pare inopportuno configurare il sindacato in termini di organizzazione; occorre invece configurare il fenomeno in relazione alle finalità che deve perseguire, stante la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. Peraltro, questa disposizione si limita a sancire la libertà di "organizzazione" per la realizzazione dell'autotutela degli interessi collettivi; non si cura quindi della "forma" ma della "sostanza" (495). L'organizzazione è, allora, sindacale in funzione dell'attività che svolge (496) e non della veste giuridica che assume ai fini organizzativi. In questa prospettiva, abbiamo ravvisato nel consulente del lavoro, quale professionista che opera costantemente nel mercato del lavoro e delle relazioni industriali, il soggetto istituzionale che è in grado di verificare l'affidabilità (e quindi la genuinità del soggetto collettivo) (497) con il quale il datore di lavoro può negoziare l'accordo collettivo.

493 Cfr. *Notiziario dell'archivio dei contratti* del CNEL, marzo 2018, n. 29.

494 M. NAPOLI, *Sindacato (voce)*, in *Digesto*, 1997, p. 509 e ss., spec. pp. 509-510.

495 Cfr. P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, 1998, ed. Cedam, Padova, p. 17 e spec. p. 20 sostiene che «quella sindacale è fondamentalmente attività qualificata dal fine cui essa si dirige, e quindi (prima ancora che dal risultato realizzato) dallo scopo perseguito: l'autotutela degli interessi di lavoro». V. anche G. PERA, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, 1974, vol. XXIV, p. 512; M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO, G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, 1980, ed. Cedam, Padova, p. 13, secondo cui «non potendo l'organizzazione dirsi "libera", anzi esistente come tale, se non quando lo sia nella sua azione esterna, che ne realizza il ciclo vitale, la norma che tale la dichiara non può non investire anche quest'ultima». Su questi aspetti, più di recente, v. A. GABRIELE, *I diritti sindacali in azienda*, 2017, ed. Giappichelli, Torino, spec. cfr. cap. I.

496 R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. Autotutela degli interessi di lavoro*, 1963, ed. Giuffrè, Milano; G.F. MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *PD*, 1970, pp. 192 e 193 che definisce il sindacato come «una *species* formale dell'ampio *genus* "autotutela degli interessi di lavoro"».

497 Sul concetto di "affidabilità" del sindacato, v. A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 289; V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, op. cit., p. 295.

Un contributo certamente di rilievo, per fare chiarezza relativamente a questo profilo, è lo studio di U. Prosperetti (498). A parere dell'insigne dottrina, il sindacato non è tale nella forma quanto negli obiettivi che persegue e negli strumenti scelti per ottenerli, avendo come scopo la tutela dell'interesse professionale mediante l'azione collettiva degli interessati nei confronti dell'altra parte del rapporto di lavoro: il datore di lavoro (499). La qualificazione di un'organizzazione come sindacale, dunque, può concretamente rinvenirsi dalla tipologia di interesse tutelato e perseguito, dalle finalità statutarie e da una loro concreta applicazione, dal contenuto dei contratti collettivi negoziati, dalle forme di azione sindacale – talvolta a carattere rivendicativo attraverso l'esercizio del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*, talvolta a carattere partecipativo (cfr. art. 46 Cost.) – purché idonea a riequilibrare i rapporti di forza tra datore di lavoro e lavoratori, determinando così la rimozione di quegli ostacoli che ostano ad un'effettiva uguaglianza tra le parti (500). È un accertamento che, senza ombra di dubbio, deve – come rilevato da autorevole dottrina (501) – essere condotto alla luce di una partecipazione effettiva dell'organizzazione al sistema delle relazioni industriali, indagando concretamente sulle azioni e sul metodo posto in essere dai sindacati.

Il fatto che il legislatore si disinteressi della forma non autorizza l'interprete a ricondurre nella fattispecie “sindacale” qualsiasi fenomeno aggregativo. Un grossolano errore, questo, nel quale il consulente del lavoro è incorso diverse volte, promuovendo anche sistemi di relazioni industriali di dubbia legittimità, in quanto non riconducibili a sistemi contrattuali espressione di interessi sindacali. Come precisa M. Napoli, «la rappresentanza degli interessi proprio perché è espressione di autogoverno sociale può esprimersi soltanto se vengono create delle istituzioni, le organizzazioni sindacali, che si assumono il compito di promuovere e difendere gli interessi dei lavoratori o dei datori di lavoro. In tal senso rappresentanza degli interessi esprime a livello funzionale ciò che il concetto di organizzazione esprime a livello strutturale, nella consapevolezza che senza l'organizzazione non vi può essere rappresentanza» (502). Conseguentemente, il sindacato, nel rispetto della sua libertà organizzativa, dovrà pur concretizzarsi in istituzioni stabili, capaci di esprimere oltre che un interesse, anche un'organizzazione capace di coordinare le azioni collettive.

Tutto ciò è rilevante per la tesi che si intende sostenere in questo scritto poiché il consulente del lavoro, come emerso dalla ricostruzione proposta nel Capitolo II, agisce in funzione di determinare la operatività dei contratti collettivi sottoscritti da

498 U. PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, ed. Giuffrè, Milano, 1958.

499 U. PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, op. cit., p. 149.

500 Su questi aspetti, v. P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *VTDL*, 2018, n. 3, spec. pp. 730-731. V. anche G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, in *VTDL*, 2018, n. 2, spec. p. 483.

501 G. PERA, *Note sui contratti collettivi «pirata»*, op. cit., spec. p. 383; v. anche R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, op. cit.; M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 1990, p. 355 e ss.

502 M. NAPOLI, *Sindacato (voce)*, op. cit., p. 517.

organizzazioni sindacali concretamente rappresentative, capaci di guidare un processo negoziale che medi il conflitto tra capitale e lavoro.

Facendo leva sulla connessione di fatto che intercorre tra le funzioni che la legge affida al consulente del lavoro (cfr. art. 1, legge n. 12 del 1979) in materia previdenziale e retributiva e un sistema normativo che devolve alla contrattazione collettiva qualificata la determinazione dei parametri economici, nonché la disciplina di alcuni istituti e tipologie contrattuali, ne consegue che il consulente potrà riuscire a garantire sul piano fattuale la tutela della concorrenza tra le imprese e i lavoratori attraverso l'applicazione generalizzata delle disposizioni dei contratti collettivi espressi da organizzazioni prettamente sindacali e non strumentali alla creazione di sistemi contrattuali paralleli.

2. *Segue: il fragile limite tra la rappresentatività sindacale e la natura “pirata” dell’accordo collettivo.*

Un differente profilo, invece, attiene alla rappresentatività comparata dell'organizzazione sindacale. Pare opportuno ricordare che l'introduzione di questo criterio “selettivo” perseguiva un duplice interesse: uno, attinente al diritto pubblico dell'economia, per poter garantire un equo finanziamento del sistema previdenziale da parte di tutti i contribuenti; l'altro, invece, si concretizzava nella volontà di avviare un processo di delegificazione in favore di sistemi di autoregolazione sociale (503). Con questa tecnica, il legislatore non ha escluso le altre organizzazioni sindacali dalla possibilità di negoziare accordi collettivi ma ha riconosciuto solo ad alcune di esse una prerogativa di carattere funzionale rispetto agli interessi perseguiti. Questo non può condurre l'interprete a ritenere che un sindacato meno rappresentativo di un altro sia un sindacato “pirata”. Laddove il legislatore utilizza il criterio del sindacato comparativamente più rappresentativo per affidare a soggetti terzi il completamento o la previsione di una disciplina alternativa a quella legale non sta attribuendo implicitamente ai sindacati privi di quel requisito la mancanza di un interesse sindacale. Fatte queste brevi precisazioni, resta ora da comprendere come il consulente del lavoro possa identificare un'organizzazione sindacale “pirata” e quindi individuare quegli elementi costitutivi certi per etichettare un accordo come tale.

Come osservato da una parte della dottrina, un criterio per comprendere tale realtà potrebbe essere quello di verificare, caso per caso, se il sindacato in questione si ponga «agli antipodi rispetto al ruolo che la Costituzione attribuisce» alla sua funzione, attraverso la conduzione di un negoziato orientato ad una manifesta ed eccessiva complicità tra le parti, la sistematica contrattazione al ribasso del trattamento

⁵⁰³ D. GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, n. 4, p. 889; sulle tipologie di rinvio, M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in M. D'ANTONA, *Contrattazione, rappresentatività, conflitto*, op. cit., p. 189 e ss.

economico-normativo, nonché il continuo ricorso ad una legislazione di carattere promozionale che riconosce incentivi di carattere economico spettanti solo a determinati sistemi di relazioni industriali (504).

Ma questa argomentazione risulta sfuggente e si espone a delle debolezze se si tiene conto del fatto che la negoziazione sindacale è subordinata ai cicli economici, talvolta anche di crisi e quindi imponenti il contenimento della rivendicazione attraverso dei compromessi; inoltre, pure se in giudizio si riuscisse a dimostrare che il sindacato che ha negoziato l'accordo è "pirata", non essendo vigente una legge sindacale nell'ordinamento, sarebbe difficile imporre al datore di lavoro – salvo i casi in cui la legge fa espresso rinvio alla contrattazione collettiva – l'applicazione di un atto di autonomia privata (505), che può avere efficacia solo tra le parti sottoscrittenti.

Bisognerà quindi convenire che, coerentemente con le problematiche esposte in apertura di questo studio (cfr. Cap. I), per scongiurare l'accrescere del contenzioso giudiziario anche su questo aspetto, il consulente del lavoro, quale professionista del mercato del lavoro che prima dell'organo giudicante, individua e applica le fonti dell'ordinamento intersindacale, potrebbe svolgere una funzione di accertamento sulla qualificazione o meno di una determinata organizzazione come sindacale, indagando sul suo "metodo" e sulla sua "azione", che dovrà certamente essere indirizzata ad aggregare interessi per la formazione di un soggetto che, a prescindere dalla sua struttura organizzativa, sia controparte in un rapporto caratterizzato da una costante tensione per la possibilità di ricorrere a strumenti di pressione (lo sciopero) (506). La funzione di accertamento, inoltre, non deve focalizzarsi solo sul potenziale esercizio di autotutela, tipica del sindacato, ma anche dalla strutturazione, dai contenuti e dalla procedimentalizzazione che un determinato sindacato segue nel dare vita a norme pattizie per la regolazione dei rapporti di lavoro. In questa prospettiva, va ampliata nella concretezza dell'indagine quell'elaborazione teorica che rilevò nella *contrattazione pirata* l'assenza di una alterità tra le parti e di una complessa trattativa, non caratterizzata anche da un'ampia partecipazione dei rappresentanti sindacali (507). In questo senso, se assumiamo che nei settori produttivi si sono sviluppati sistemi di relazioni industriali ben strutturati ed interconnessi tra loro tali da formare un ordinamento politico-giuridico (l'ordinamento intersindacale, appunto), l'emergere di sistemi paralleli, che si sovrappongono al campo di applicazione dei primi, configura – metaforicamente – un'*azione di pirateria*, ossia un'incursione ostile «perpetrat(a) da

504 G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, op. cit., p. 483.

505 Manifesta queste perplessità G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, op. cit., p. 484, richiamando sulla natura di diritto privato del contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano, L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. MENGONI, *Diritto e valori*, ed. Il Mulino, Bologna, 1985, p. 247 ss.; M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, op. cit., p. 1 e ss.

506 G. PERA, *Note sui contratti collettivi «pirata»*, op. cit., spec. p. 383; G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, op. cit., p. 484.

507 A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 270.

gruppi estemporanei o, talvolta, più organizzati, capaci, in ogni caso, di mettere a repentaglio la sicurezza dei traffici commerciali» e dei confini giuridici di un ordinamento costituito (508). Da qui, la creazione dell'epiteto *contratti collettivi pirata*. Con quali strumenti il consulente del lavoro può (e deve) difendere i confini dell'ordinamento intersindacale?

Va certamente considerato che, spesso, la prassi mostra come accordi di dubbio interesse sindacale siano direttamente sottoscritti dalle parti senza che vi sia traccia di un avvenuta negoziazione o conflitto. Infatti, come emerge dall'esperienza, il sistema di relazioni industriali poggia su alcune regole procedimentali ben sedimentate nella pratica: la relazione e il confronto trovano un primo approdo nel *verbale d'incontro*, che non sempre può trovare sbocco nell'*ipotesi di accordo* (e quindi in un accordo collettivo definitivo), in quanto vi è spesso la necessità di ratificare gli impegni contrattati presso l'assemblea dei lavoratori o altri organismi di rappresentanza interni al sindacato (e ciò varia a seconda della metodologia interna dell'organizzazione) (509) (sugli aspetti procedurali, v. anche quanto detto al Cap. III, § 4).

Alla luce di questa breve premessa, è necessario ora valutare, attraverso una ricostruzione storico-documentale, come la funzione del consulente del lavoro si sia intrecciata con il fenomeno della contrattazione collettiva "pirata" e come egli abbia dato impulso ad essa.

3. I contratti collettivi per le "imprese minori" e il ruolo di sostegno del consulente del lavoro.

In relazione alla tematica del *dumping contrattuale* evidenziata nel Capitolo I (cfr. § 2.1), è opportuno ora affrontare il nodo cruciale, ovvero il contributo del consulente del lavoro alla nascita di sistemi *contrattuali pirata*. Ciò in quanto l'ipotesi delineata presuppone che il professionista, come emerso dalla ricostruzione proposta nei capitoli II e III, agisca in funzione di determinare l'operatività dei contratti collettivi sotto i molteplici aspetti considerati (in particolare, quello retributivo e quello previdenziale). Ed è proprio dalla funzione che egli svolge che è emersa, all'inizio degli anni Novanta, l'idea di percorrere strade alternative a quelle del sindacalismo consolidato. In una prima fase, ci si limiterà a ricostruire la vicenda fattuale, mentre in seconda battuta saranno rilevati gli aspetti critici da un punto di vista giuridico.

Nel 1996, sulla rivista dell'ANCL (510), sindacato dei Consulenti del Lavoro che per oltre un ventennio si era adoperata per la nascita della professione, appare un articolo

508 G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, op. cit., p. 476.

509 Su questi aspetti si rinvia al contributo di A. TESTONI, *Manuale di tecnica delle relazioni industriali*, 2014, ed. Giuffrè, p. 219.

510 Trattasi de *Il Consulente Milleottantuno*, la nuova rivista dell'Associazione dopo l'entrata in vigore della legge n. 1081 del 1964; in particolare si tratta dell'articolo di F. LONGOBARDI, *Nuovi ccnl per le imprese minori*, pubblicato sul n. 38 del 1996, pp. 582-583.

che dà notizia della sottoscrizione di due contratti collettivi nazionali di lavoro uno per le aziende commerciali minori (fino ad 8 dipendenti) tra cui aziende turistiche, pubblici esercizi, aziende alberghiere, complessi ricettivi all'aria aperta, stabilimenti balneari, imprese di viaggi e turismo; l'altro, invece, applicabile alle c.d. imprese "façoniste", ritenute realtà aziendali operanti all'ombra dell'industria manifatturiera (511). I contratti – il primo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali Cisl, Fenasalc e le associazioni Salc, Ucict e Unapi e il secondo dalle organizzazioni sindacali Cisl, Failts, Feder calzaturieri-Cisl e le associazioni Anilf, Ucict e Unapi – rispondono, come riporta l'organo di stampa dell'ANCL, ad una nuova visione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali caratterizzata da un'assoluta "pariteticità" delle parti e dell'equa distribuzione del profitto conseguito. I due accordi sono stati stipulati con il sostegno e l'assistenza dei Consulenti del lavoro – precisamente i rappresentanti del Centro Studi ANCL (512) – che ne hanno rimarcato l'assoluta specialità poiché le imprese ricadenti nell'ambito di applicazione dei contratti non sono «ricoducibili a nessuna delle categorie richiamate dalla vigente contrattazione nazionale» e peraltro, l'esigua disciplina dei contratti collettivi sottoscritti da altre organizzazioni sindacali a loro applicabile è penalizzante poiché le condizioni di mercato nelle quali sono chiamati ad operare sono di gran lunga sfavorevoli rispetto al costo del lavoro da sostenere (513).

In realtà, il CCNL a cui fa riferimento la rivista dell'ANCL è un rinnovo contrattuale di un contratto collettivo sottoscritto per la prima volta nel maggio del 1992, «frutto dell'inventiva di un consulente del lavoro del territorio riminese» (514): trattasi del CCNL per i dipendenti delle aziende del settore turismo stipulato il 28 maggio 1992 dalle organizzazioni sindacali Cisl, Fenasalc e l'associazione datoriale Ucict, con decorrenza fino al 31 maggio 1995 (515). Tra il 1992 e il 2000, infatti, queste

511 Il contratto collettivo, peraltro, contemplava nel campo di applicazione i seguenti settori merceologici, anche di carattere artigianale: abbigliamento, tessile, calzaturiero, alimentari, barbieri e parrucchieri, estetica, ceramica, porcellana, terracotta e gres, grafica e affini, imprese di pulizia e lapidei, marmo ed alabastro, lavanderie e stirerie, legno e fibre, arredamento, strumenti musicali, metalmeccanico e installazione di impianti, odontotecnica, oreficeria e argenteria, panificazione, prodotti chimici e vetro, trasporti.

512 Di questo aspetto ne dà notizia A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 263, nota 4; v. anche D. GOTTARDI, *Significato e anomalia di un contratto*, in *LI*, 1997, n. 5, pp. 21-27, spec. p. 22.

513 F. LONGOBARDI, *Nuovi ccnl per le imprese minori*, cit., definisce tali imprenditori "parte debole" del rapporto contrattuale con l'impresa committente.

514 A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 263.

515 Per un'analisi descrittiva dell'accordo, cfr. G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, in *DRI*, 1997, n. 3, pp. 177-186, spec. p. 178, nota 3. L'Autrice riporta che di questo primo contratto ne è stata sottoscritta una seconda edizione nel corso del 1994 in virtù di alcuni accordi integrativi che hanno riguardato l'ampliamento del numero dei dipendenti, i rapporti di lavoro stagionali e l'orario di lavoro. L'intervento di "manutenzione" (o di modifica) del contratto si rendeva necessario anche a causa della promozione di ricorsi presso le preture locali per la verifica di legittimità di detti contratti, come meglio vedremo.

due entità sindacali hanno siglato – tra prima stipula e rinnovo – otto contratti collettivi nazionali di lavoro, anche con l’assistenza del consulente del lavoro (516). Seguirà l’elencazione dei contratti collettivi stipulati ma l’analisi dei contenuti contrattuali sarà focalizzata soltanto su due di essi, per le seguenti ragioni.

Il contratto collettivo per le imprese turistiche minori è il primo accordo che “apre la strada” alla c.d. contrattazione pirata ed è la prima negoziazione nella quale viene coinvolto il consulente del lavoro come assistenza tecnica e come parte sociale del contratto. Da questo contratto, sono generate una serie di clausole che sono state riprodotte negli altri accordi, essendo il lavoro di stesura seguito dalle medesime parti sottoscrittenti. Di volta in volta, quindi, saranno richiamati anche altri contratti simili per contenuto.

Il contratto collettivo per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, invece, sarà analizzato in quanto, oltre ad essere nato anche grazie ad un movimento “di protesta” e a contenere alcune clausole diverse dagli altri contratti richiamati, trova attualmente ancora concreta applicazione su una buona parte del territorio italiano (517).

Tabella n. 3 – Elenco dei contratti collettivi stipulati con l’intervento dei Consulenti del Lavoro dell’ANCL (518).

Tipologia di contratto	Stipula e vigenza	Campo di applicazione	Sigle sindacali sottoscrittenti (associazioni datoriali/organizzazioni sindacali)
CCNL	28/5/1992 – 31/5/1995	Aziende del settore turismo fino a 5 dipendenti	UCICT/CISAL, FENASALC
CCNL	28/5/1992 – 31/5/1995 (II edizione 1994)	Aziende del settore turismo fino a 5 dipendenti	UCICT/CISAL, FENASALC
CCNL	6/4/1995 – 30/3/1999	Aziende del settore	UCICT, ANCL/CISAL,

⁵¹⁶ L’elencazione precisa dei contratti e dei soggetti sottoscrittenti sono riportati nello studio analitico di G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., pp. 177-178.

⁵¹⁷ Cfr. C. CASADEI, *I terzisti dallo stipendio dimezzato*, op. cit. Cfr. G. PIGLIALARM, *I contratti pirata, i contratti collettivi nazionali, il salario minimo*, in *Bollettino Adapt*, n. 11, 19 marzo 2018. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro, il patto sulla fabbrica, contratti collettivi pirata, l’esito elettorale e i temi dell’occupazione, del 4.0, delle politiche attive*, in *Bollettino Adapt*, n. 10, 12 marzo 2018. V. anche G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, 2019, ed. Edizioni Lavoro.

⁵¹⁸ L’elenco, contenente le date di stipulazione, il campo di applicazione e le sigle sottoscrittenti è stato realizzato attraverso le informazioni fornite dagli studi condotti in materia da D. GOTTARDI, *Significato e anomalia di un contratto*, op. cit. e G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit.

		turismo (imprese minori)	FENASALC
CCNL	2/6/1995 – 28/2/1999	Aziende commerciali (imprese minori)	UCICT, ANCL, UNCI/CISAL, FENASALC
CCNL	2/6/1995 – 31/5/1999	Radio e televisioni private	UCICT, ANCL, UNCI, ANTI/CISAL, FENASALC
CCNL	2/6/1995 – 31/5/1999	Aziende del settore terziario – servizi	UCICT, ANCL, UNCI/CISAL, FENASALC
CCNL	2/6/1995 – 31/5/1999	Aziende di panificazione	UCICT, ANCL, UNCI/CISAL, FENASALC
CCNL	1/8/1996 – 31/7/2000	Aziende esercenti lavorazioni a <i>façon</i>	ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL/CISAL, FAILTS, FEDERCALZATURIERI
CCNL	1/8/2001 – 31/7/2005	Piccole e medie imprese, cooperative e consorzi esercenti l'attività nel settore dell'artigianato ai sensi della legge 8 agosto 1985, n. 448 (barbieri, parrucchieri, estetiste, lavanderie e stirerie, arredamento e boschive, strumenti musicali, odontotecnica, oreficeria e argenteria, panificazione)	CANI, UNAPI-CNAI, MCM-CNAI, ANCL/CISAL, FENASALC

3.1. Analisi delle clausole del contratto collettivo del settore turistico-alberghiero.

Dall'analisi delle disposizioni contrattuali risalenti al 1992 emergono alcune clausole – che saranno illustrate e successivamente analizzate – il cui contenuto è stato vagliato rispetto al quadro normativo per dedurne la legittimità o meno delle stesse. Il campo di applicazione del contratto si riferisce ad alcune delle imprese operanti nel settore del turismo e specificamente alle imprese alberghiere che occupino fino a cinque

dipendenti, con contratto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato. In materia di orario di lavoro, sono previste 40 ore settimanali ad eccezione dei lavoratori con mansioni discontinue o di “semplice attesa” il cui orario di lavoro è pari a 45 ore settimanali (519) e il tempo di interruzione della prestazione per la consumazione dei pasti è «compresa tra un minimo di mezz’ora e un massimo di un’ora» (520). In materia di lavoro straordinario, che è considerato tale quello oltre l’orario normale giornaliero e oltre le 48 ore settimanali, è previsto un sistema di maggiorazioni a scaglioni tra il 15% e il 20%, a seconda se l’ora di lavoro straordinario va oltre l’orario contrattuale giornaliero ma nel limite delle 48 ore settimanali o se supera anche queste; sono previste maggiorazioni retributive pari al 3% e 5% rispettivamente per il lavoro domenicale e il lavoro notturno (521).

Nel contratto è prevista anche la costituzione di una cassa di assistenza e previdenza autonoma, finanziata da un contributo calcolato sul minimo tabellare previsto dal CCNL o sull’utile di cottimo, sui premi o sulla percentuale di servizio. Inoltre, sono tenuti alla contribuzione, oltre ai lavoratori con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche gli apprendisti e i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro (522). Il contributo di finanziamento è pari al 10% di cui i due terzi a carico del datore di lavoro (523). Per quanto concerne le relazioni sindacali, viene invece pattuito che sia i lavoratori che i datori di lavoro devono corrispondere una somma pari al 2% della paga base nazionale alle organizzazioni firmatarie del contratto, a titolo di quota di assistenza contrattuale, da ripartire al 50% tra le organizzazioni datoriali e dei lavoratori (524). In materia di periodo di prova, è prevista l’esclusione del diritto a ricevere il trattamento di fine rapporto in caso della mancata conferma in servizio; inoltre, il periodo di prova va conteggiato in relazione ai giorni di calendario.

Il contratto collettivo contiene anche una parte dedicata al lavoro stagionale. In questa sezione, vengono definite come «aziende di stagione» quelle «che abbiano comunque un periodo di chiusura durante l’anno» e una «durata massima consecutiva di apertura dell’attività» pari ad otto mesi (525).

In materia di sicurezza e ambiente di lavoro, il contratto prevede che le parti firmatarie si pongono come obiettivo quello di «promuovere la ricerca, l’elaborazione e

⁵¹⁹ Clausola poi eliminata in occasione della modifica del contratto avvenuta nel 1994, come riporta G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 179, nota 4, e adattata alle leggi vigenti in materia di orario di lavoro.

⁵²⁰ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 180.

⁵²¹ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 180, che osserva l’assenza, invece, di una maggiorazione per il lavoro festivo.

⁵²² G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 182.

⁵²³ Questa specifica, come riporta G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 182, nota 9, fu fatta solo nella seconda edizione del contratto in questione.

⁵²⁴ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 182, nota 10.

⁵²⁵ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 185. Restano escluse dal campo di applicazione di questa disposizione le aziende alberghiere superiori a quattro stelle e quelle classificate come di lusso (cfr. nota 13).

l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori» conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale e comunitaria; inoltre, viene previsto che «ciascun lavoratore deve prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui possono ricadere gli effetti delle sue azioni od omissioni» (526).

Nel 1994, le parti hanno negoziato un contratto integrativo a quello nazionale dedicato in modo specifico al lavoro a tempo determinato, prevedendo che la tipologia contrattuale possa essere utilizzata nelle sole aziende stagionali, che la durata del contratto debba essere di pari durata alla stagione (cioè fino ad otto mesi) e potrà essere prorogato una sola volta pari alla durata iniziale del contratto. L'orario di lavoro stabilito è di otto ore giornaliere e la prestazione deve essere resa per sei giorni alla settimana. Tuttavia, la distribuzione delle ore e dei giorni di lavoro viene determinata in base alle esigenze dell'impresa in relazione all'incremento di attività. Nei limiti e secondo le facoltà dell'azienda è possibile erogare misure di vitto e alloggio ai lavoratori a termine, ai quali tuttavia non viene riconosciuto il congedo matrimoniale.

Nel testo contrattuale rinnovato nel 1995, le parti apportano alcune modifiche. In particolare, si segnala che in relazione al campo di applicazione, il contratto interessa tutte le aziende turistiche che occupino fino a otto dipendenti ed a quelle che superano tale soglia per un periodo massimo di sei mesi. Viene, inoltre, specificato il criterio di computo del personale per determinare il campo di applicazione: negli otto dipendenti, non devono essere conteggiati i lavoratori a tempo determinato, i lavoratori inabili, i lavoratori tossicodipendenti, i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro (in caso di conferma dopo il periodo di formazione, non devono essere conteggiati per altri due anni) e gli apprendisti (ed anche in questo caso, se confermati, non potranno essere conteggiati per altri due anni dalla data di raggiungimento della qualifica); mentre, i lavoratori part-time dovranno essere conteggiati «proporzionalmente all'orario di lavoro effettivamente svolto» (527). Viene inoltre previsto che il contratto troverà applicazione anche per le «imprese interinali costituite secondo le normative di legge» (528). Sul

⁵²⁶ Di questa singolare disposizione, ne tratta anche D. GOTTARDI, *Significato e anomalia di un contratto*, op. cit., p. 26, mentre G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 183, elenca alcune delle prescrizioni attuative della disposizione contenute nel contratto, tra le quali: «l'osservazione delle istruzioni dei datori di lavoro ai fini della protezione collettiva e individuale; il corretto utilizzo dei macchinari, mezzi di trasporto, utensili e sostanze; l'utilizzo dei dispositivi di protezione personale; la pronta e immediata segnalazione di situazioni di pericolo o di deperimento di mezzi e dispositivi; il divieto di compiere operazioni o manovre che esulano dalla loro competenza; l'obbligo di sottoporsi a controlli sanitari». Si precisa, inoltre, che la disposizione è comune alla maggior parte dei contratti elencati nella tabella che precede.

⁵²⁷ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 179. Questa disposizione viene replicata anche nel contratto collettivo per le aziende commerciali (imprese minori), mentre negli altri contratti indicati in tabella non si trovano disposizioni di tale portata.

⁵²⁸ Cfr. art. 1, lett. f) del CCNL per le aziende del settore turismo (imprese minori) sottoscritto il 6 aprile 1995 da UCICT, ANCL, CISAL e FENASALC.

versante dell'inquadramento del personale, invece, il contratto continua a presentare una suddivisione scarna, articolata, in cinque livelli recanti una descrizione generale (529).

In materia di orario di lavoro, invece, il contratto collettivo continua a prevedere il limite settimanale massimo di 40 ore ma chiarisce che, ai sensi dell'art. 3 del Regio Decreto Legislativo 15 marzo 1923, n. 692, è da considerarsi lavoro effettivo prestato l'attività che richiede un'applicazione assidua e continuativa, escludendo così tutte le attività di lavoro che richiedono per loro fisiologia una modalità discontinua della prestazione, di semplice attesa o custodia. Vengono anche escluse del computo dell'orario del lavoro effettivo anche le soste superiori a quindici minuti (530). In materia di maggiorazioni retributive, viene introdotta un'indennità del 15% per il lavoro prestato nei giorni festivi mentre la maggiorazione prevista per il lavoro notturno viene innalzata dall'8% al 10%. Nel contratto viene precisato che dette maggiorazioni non si applicano alle prestazioni di lavoro discontinue, di attesa o di semplice custodia.

Per quanto concerne la cumulabilità delle diverse maggiorazioni, ricorrenti in caso di lavoro straordinario diurno festivo (531), straordinario notturno (532) e straordinario notturno festivo (533), il contratto prevede che le indennità «non sono cumulabili nel senso che la maggiore assorbe la minore» (534). Restando nell'ambito retributivo, il lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato ma privo di «specifica esperienza lavorativa nel comparto» avrà diritto ad una retribuzione pari all'85% del salario previsto per il livello di inquadramento per il primo anno di lavoro; questa sarà aumentata al 90% al secondo anno di lavoro.

In materia di lavoro a tempo determinato, nell'accordo di rinnovo del contratto vengono stabilite nuove ipotesi di ricorso al contratto a termine, tra le quali:

a) «intensificazione temporanea dell'attività derivante da situazione straordinaria e non prevedibile»;

b) «sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro»;

c) «esecuzione di servizi definiti e predeterminati nel tempo cui non sia possibile far fronte con la propria normale forza lavoro».

Nella prima e terza ipotesi, il contratto prevede delle clausole di contingentamento: se l'azienda occupa fino a quattro dipendenti, potrà assumere un numero massimo di tre lavoratori a tempo determinato; se l'azienda occupa fino a sei dipendenti, potrà assumerne in eguale misura.

⁵²⁹ È questa una costante che si registra in tutti i contratti collettivi elencati nella tabella che precede.

⁵³⁰ Anche questa disposizione è stata inserita in tutti i contratti stipulati tra il 1995 e il 2000, sopra elencati.

⁵³¹ La maggiorazione prevista per questa ipotesi viene portata dal 20% della retribuzione oraria, prevista dal CCNL del 1992, al 35%.

⁵³² La maggiorazione prevista per questa ipotesi viene portata dal 20% della retribuzione oraria, prevista dal CCNL del 1992, al 35%.

⁵³³ La maggiorazione in questione, fissata al 40% nel contratto collettivo del 1992, viene portata al 45%.

⁵³⁴ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 180.

In materia di diritti sindacali, il contratto collettivo prevede che esso trovi applicazione in tutte le imprese iscritte alle associazioni stipulanti e non riporta la normativa prevista per l'esercizio dei diritti sindacali ma si limita a prevedere dieci ore di permesso sindacale retribuite per agevolare la partecipazione dei lavoratori alla vita sindacale. Inoltre, è prevista una clausola in base alla quale il prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, deve sottoscrivere una dichiarazione con la quale accetta integralmente il contenuto del contratto collettivo. La dichiarazione di accettazione è valida ai fini del conferimento della delega sindacale all'organizzazione stipulante l'accordo collettivo. In caso di mancata accettazione, il contratto prevede che il lavoratore debba dimettersi (535).

3.2. Analisi delle clausole del contratto collettivo applicato alle aziende esercenti lavorazioni a *façon*.

Il contratto collettivo delle aziende esercenti lavorazioni a *façon*, a differenza degli altri contratti, non individua il campo di applicazione in base al numero di lavoratori occupati; infatti, esso si applica a tutte le «piccole e medie imprese, società cooperative e loro consorzi» (536) dirette da imprenditori impegnati in attività di lavorazioni a *façon*, «non essendo riconducibili a nessuna delle categorie richiamate nella vigente contrattazione nazionale» (537). Per quanto concerne l'inquadramento del personale, nel contratto, oltre ai cinque livelli, è prevista anche la figura del quadro, istituita dalla legge 13 maggio 1985, n. 190 (538); tuttavia, le tabelle retributive indicate nella parte economia del contratto si articolano solo in cinque livelli. Da notare, inoltre, che dal contratto si evincono due tipologie di quadri: di tipo "A" e di tipo "B" ma dal dato letterale non ne è dato cogliere la differenza di funzioni (539).

È previsto, inoltre, che al momento dell'assunzione, il datore di lavoro possa chiedere «altri documenti e certificati che l'azienda richiederà per le proprie esigenze»

⁵³⁵ Di questo aspetto, ne tratta A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., p. 265.

⁵³⁶ Cfr. art. 1 del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CISAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

⁵³⁷ Cfr. D. GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, op. cit., p. 23. Nella premessa, si riporta anche che il CCNL «applicabile alle sole imprese associate all'Ucict, è il risultato di una lunga ed attenta mediazione tra le esigenze peculiari di una categoria continuamente a rischio, e l'esigenza di non pregiudicare la tutela dei lavoratori dipendenti. A fronte di una normativa contrattuale innovativa e di estremo interesse per la categoria dei *façonisti*, viene realizzata la effettiva tutela dei lavoratori dipendenti attraverso meccanismi che garantiscono la effettività della retribuzione e rendono obbligatoria e ineludibile l'applicazione della normativa contrattuale».

⁵³⁸ Questa figura professionale è prevista anche nel contratto collettivo del terziario-servizi e delle radio e televisioni private.

⁵³⁹ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 179.

(540). In materia di orario di lavoro, invece, è previsto che possa intervenire la contrattazione integrativa provinciale per una diversa modulazione rispetto a quella prevista dal CCNL anche se «la distribuzione dell'orario di lavoro viene determinata dal datore di lavoro» (541).

Sotto l'aspetto retributivo, il contratto prevede delle maggiorazioni ridotte del 5% rispetto agli altri contratti, per quanto concerne il lavoro straordinario diurno festivo e il lavoro straordinario notturno festivo (542), mentre per il lavoro domenicale è prevista una maggiorazione del 3% della paga base. Il contratto prevede anche che nel caso di «sospensione determinata da pubbliche calamità, eventi atmosferici straordinari, casi di forza maggiore o da scioperi, il lavoratore non ha diritto alla retribuzione»; inoltre, sempre in caso di mancanza di necessità di lavoro, «il datore di lavoro può accordarsi con i propri dipendenti per una sospensione dal servizio a rotazione per periodi non superiori a dieci giorni» (543).

In relazione al contratto di inserimento, invece, il lavoratore percepirà per i primi 12 mesi di lavoro, una paga pari al 75% della retribuzione minima e, nei successivi 12 mesi, una paga pari all'80% della retribuzione minima rispetto al livello in cui è inquadrato. Percepirà una retribuzione pari al minimo tabellare stabilito per la mansione affidatagli a partire dall'inizio del terzo anno di attività lavorativa (544).

Il contratto delle aziende *façon* è l'unico a disciplinare il telelavoro: «compatibilmente con l'attività svolta [...] e rispettando il vincolo della segretezza e le disposizioni aziendali» è previsto che «il dipendente a propria richiesta può instaurare un rapporto di lavoro a domicilio denominato *telelavoro*» (545). Il contratto deve essere redatto per iscritto e consente al lavoratore di svolgere la prestazione presso la propria abitazione «con attrezzature del datore di lavoro» cedute in comodato che in nessun caso potranno essere trattenute a titolo di pagamento di spettanze di lavoro (546). Aderendo a questa particolare modalità di rendere la prestazione di lavoro, il dipendente si vedrà corrispondere una retribuzione diminuita del 30% poiché, come indicato nel contratto, «poiché non si sostengono spese per la produzione del reddito, non recandosi [il lavoratore] presso l'azienda per rendere la prestazione lavorativa» (547).

⁵⁴⁰ Cfr. art. 4 del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CISAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

⁵⁴¹ Cfr. art. 7 del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CISAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

⁵⁴² Questa riduzione si registra anche nel contratto collettivo del settore radio e televisioni private indicato nella tabella che precede.

⁵⁴³ Cfr. Titolo XII del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CISAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

⁵⁴⁴ Negli altri contratti elencati, la retribuzione prevista per i lavoratori assunti con contratti di inserimento è aumentata all'85% per i primi 12 mesi e al 90% per i successivi 12 mesi.

⁵⁴⁵ Cfr. art. 47 del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CISAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

⁵⁴⁶ G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, op. cit., p. 187.

⁵⁴⁷ Cfr. art. 47 del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CISAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

Per quanto concerne, invece, il trattamento di malattia è previsto che i primi tre giorni di assenza vengono retribuiti nella percentuale del 60% nel caso in cui la malattia si protragga oltre ai venti giorni (548).

3.3. L'attuale vigenza dei contratti collettivi "pirata" e i limiti della funzione della giurisprudenza.

Tra i contratti "ideati" dai consulenti del lavoro precedentemente analizzati (cfr. § 3, 3.1 e 3.2), solo uno ha avuto e continua ad avere una discreta agibilità all'interno dell'ordinamento. Infatti, il CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon* risulta ancora oggi applicato, in particolar modo in diverse regioni del Sud Italia (549). Tuttavia, tanto nei negoziati che nella sottoscrizione non vi è più una partecipazione ufficiale dei Consulenti del Lavoro.

Tuttavia, le restanti associazioni sindacali stipulanti, nel tentativo di continuare a difendere la legittimità giuridica del contratto collettivo, ribadiscono all'interno di esso che "*i façonisti ed i subfornitori in genere*" sarebbero "*operatori sconosciuti al sistema*" in quanto "*non hanno recuperato alcuna precisa identità*" poiché "*non sono riconducibili a nessuna delle categorie richiamate dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro ed hanno a disposizione solo strumenti contrattuali pensati ed attuati per i settori della produzione diretta, a dir poco penalizzanti considerata la loro posizione di anello debole del rapporto commerciale con i loro committenti*" (550).

In questa prospettiva, la premessa sembra chiarire che il contratto collettivo tutelerebbe l'organizzazione e i costi del lavoro e della produzione nell'interesse esclusivo dei piccoli imprenditori. Infatti, in essa si fa espresso riferimento alla "*manca di potere contrattuale [...] della media e piccola imprenditoria operante nell'intero sistema economico, ancora oggi utilizzata e sfruttata da quella grossa imprenditoria della produzione, della distribuzione e dei servizi a cui viene attribuito, forse impropriamente, il ruolo trainante dell'economia italiana*". Ma in questo discorso, le parti stipulanti sembrano aver dimenticato l'altra parte del rapporto: il lavoratore. Preoccupante, infatti, è che le parti ritengono questo contratto l'unica via praticabile, pena la condanna del contoterzismo all'economia sommersa. È con queste premesse che il CCNL, oggi siglato dalle organizzazioni Anpit, Laif e Cisl, regola il sistema retributivo con uno scarto medio del 30% in meno rispetto alle retribuzioni praticate dal CCNL siglato dalle organizzazioni sindacali Smi, Femca-Cisl, Filctem-Cigl e Uiltec-Uil. Peraltro, quest'ultimo CCNL prevede l'applicazione anche ai "*dipendenti addetti*

548 Cfr. art. 20 del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da ANILF, UCICT, UNAPI, ANCL, CICAL, FAILTS e FEDERCALZATURIERI.

549 Cfr. C. CASADEI, *I terzisti dallo stipendio dimezzato*, op. cit. V. anche G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, op. cit.

550 Cfr. Premessa del CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon* sottoscritto da Anpit, Laif e Cisl del 5 febbraio 2018.

all'industria della tintoria, stamperia e finitura tessile per conto proprio e per conto terzi". Siamo di fronte, quindi, ad una palese sovrapposizione del campo di applicazione dei due contratti, oltreché davanti ad una lesione dei diritti economici dei lavoratori. Diritti che rischiano di essere compressi anche attraverso l'espansione del contratto in altri settori. Infatti, all'art. 1, il CCNL siglato dall'Anpit ha ampliato il campo di applicazione dell'accordo, prevedendo che oltre ad applicarsi ai lavoratori del settore tessile "*impiegati anche organizzate in forma cooperativa, operanti in regime di subfornitura*", questo si applicherebbe anche ai settori dell'"*abbigliamento, calzaturiero, fabbricazione articoli in pelle e cuoio, metalmeccanici, autotrasporto conto terzi, oreficeria, alimentari*". La situazione, dunque, sembra realmente critica.

A ciò va aggiunto che questo contratto non viene adeguatamente "esplorato" nel merito dalla giurisprudenza, che invece preferisce fermarsi ad un'analisi superficiale dei livelli retributivi. Va, infatti, messo in evidenza che di recente, il Tribunale di Teramo ha rigettato la domanda di un lavoratore volta a farsi riconoscere l'adeguamento del proprio salario ai parametri retributivi stabiliti dal contratto collettivo per il settore dell'abbigliamento sottoscritto dalle organizzazioni Smi, Femca-Cisl, Filctem-Cgil e Uiltec-Uil poiché la domanda giudiziale, oltreché carente sul versante probatorio circa «gli elementi dai quali dovrebbe desumersi la violazione del minimo costituzionale», il giudice ha osservato che l'impresa applicava «una contrattazione collettiva non già del tutto innaturale rispetto alle oggettive caratteristiche dell'impresa, ma relativa ad attività quantomeno affine a quella svolta, con applicazione documentata di istituti aggiuntivi rispetto a quelli che compongono il cd. "minimo costituzionale"» (551).

In una pronuncia del Tribunale di Pescara, invece, a proposito di una domanda presentata dal lavoratore volta al riconoscimento del diritto alla retribuzione stabilita dal contratto collettivo del settore turismo e pubblici esercizi, sottoscritto da Federalberghi, Confcommercio, Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil, in luogo di applicato dall'impresa, sottoscritto da Cnai e Ucict, con Fenascal e Cisl, il giudice ha affermato che «il Ccnl applicato prevede una retribuzione mensile lorda ordinaria inferiore solo del 15% (Euro 1.100,00 circa a fronte di Euro 1.300,00 circa) rispetto a quello invocato, e di ammontare per nulla infimo» (552).

Alla luce di quanto detto, come correttamente osservato (553), la giurisprudenza civile concentra la propria indagine solo sulla comparazione dei minimi e non anche sulla natura sindacale delle associazioni sottoscriventi il contratto collettivo e sulla loro concreta rappresentatività. Infatti, le organizzazioni sottoscriventi i contratti collettivi applicati dalle imprese coinvolte nei contenziosi qui citati sono state protagoniste nella promozione dei c.d. *contratti pirata* (554). Pronunce che indagano su questo profilo sono

551 Trib. Teramo 9 maggio 2013, n. 322, in *DeJure*.

552 Trib. Pescara, 7 ottobre 2016, in *Pluris*.

553 G. CENTAMORE, *La giusta retribuzione nell'art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice*, in *RGL*, 2019, n. 2, p. 283.

554 In particolare, l'Ucict e la Cisl, come riporta A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit., pp. 263-264.

quasi inesistenti, nonostante il continuo sollecito della dottrina ad indagare sulla natura sindacale o meno di dette organizzazioni (555). Eppure, solo alcune rarissime pronunce riescono a fornire le giuste coordinate teoriche al consulente del lavoro per una risoluzione delle problematiche connesse al sistema di relazioni industriali italiano. A tal proposito il Tribunale di Trieste (556), proprio con riferimento all'Ucict e alla Cisl, ha osservato che i contratti collettivi siglati da queste organizzazioni presentano sovente «un contenuto fortemente al ribasso rispetto al contratto stipulato per la categoria dai sindacati maggiormente rappresentativi, tanto che, in ipotesi, ci si potrebbe anche chiedere, seguendo una tesi espressa in dottrina, se questi contratti siano o meno veri contratti, in quanto stipulati con autentiche organizzazioni sindacali dei lavoratori». Il giudice, quindi, sembra cogliere nel segno il cuore del problema, ossia l' idoneità, in base all'attività svolta, di alcune organizzazioni a tutelare in modo “affidabile” l'interesse collettivo della categoria di riferimento. Tant'è che prosegue nella sua argomentazione osservando che «se la rappresentatività ha – come certamente ha – un senso nel dare garanzia di equilibrato confronto e raccordo di interessi contrapposti, là dove vi sia una pluralità di contratti collettivi la rappresentatività comparativamente maggiore sarà verosimilmente garanzia di un più attendibile indice dell'equa retribuzione». Di conseguenza, «così come il legislatore ha fatto per il minimale contributivo, sembra ragionevole dare rilievo anche sul piano della ricerca dell'equa retribuzione ai fini dell'applicazione dell'art. 36 Cost. alla maggiore affidabilità offerta dalle associazioni sindacali “comparativamente più rappresentative”».

Una aperta critica va mossa, infine, anche a quella giurisprudenza che cerca di salvaguardare l'operatività di detti contratti attraverso elementi di carattere organizzativo relativo all'impresa e di carattere geografico (557). Anzitutto, seguendo questa strada, si finirebbe per privare i prestatori delle medesime condizioni di vita (558), abbandonandoli alla *mercé* del territorio che gli ha “concesso” un posto di lavoro, non importa a che condizioni (559). Peraltro, chi ritiene legittimo un abbassamento della retribuzione in relazione al minor costo della vita, in particolare nel Mezzogiorno italiano, non tiene conto che in esso vi è anche una notevole carenza di servizi (anche

⁵⁵⁵ E. GRAGNOLI, *Retribuzione e Occupazione*, op. cit., p. 41 ritiene che mancando le caratteristiche tipiche dell'azione sindacale, questi accordi non sarebbero qualificabili come contratti collettivi e di conseguenza devono essere disapplicati in fase di giudizio, in quanto irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 36, comma 1 Cost.

⁵⁵⁶ Trib. Trieste 19 gennaio 2009, n. 48, in *DeJure*.

⁵⁵⁷ Si fa qui riferimento a Cass. 20 settembre 2007, n. 19467. Per una ricostruzione della giurisprudenza in tal senso, v. M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, 2019, ed. Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 39-44.

⁵⁵⁸ E. GRAGNOLI, *L'impresa illecita*, in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 341 e ss., spec. p. 358.

⁵⁵⁹ G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, op. cit., p. 31, ma anche p. 47.

pubblici) che comportano per il prestatore maggiori oneri per poter vivere dignitosamente (560).

È in queste poco convincenti argomentazioni della giurisprudenza che si annida la mercificazione del lavoro, frutto anche di un “ruolo” di cui essa si è appropriata, ossia di salvaguardare la continuità occupazionale di fronte al – mai provato – perenne stato di crisi di alcune aziende del Paese, sacrificando sull’altare l’universalità dell’art. 36 Cost. e la concreta attuazione che l’autonomia collettiva è riuscita a dargli nel tempo. Non va infatti dimenticato che nella negoziazione, l’autonomia collettiva tendenzialmente è in grado di contenere e – per definizione degli interessi collettivi di cui è portatrice – fare sintesi tra essi. Aspetto questo che la giurisprudenza sembra aver smarrito.

4. Struttura del *contratto pirata* e analisi giuridica

Alla luce di quanto emerso dall’analisi del contenuto delle clausole contrattuali, possiamo notare che la *contrattazione pirata* ha delle precise caratteristiche strutturali, che potremmo definire “punti cardine” della strategia dei negoziatori, guidati, come è emerso, talvolta anche dai Consulenti del Lavoro.

La prima caratteristica di questa pratica contrattuale è quella di definire una nuova categoria contrattuale, in alcuni casi individuata attraverso un procedimento “per sottrazione”, cioè identificando una specifica categoria di attività di impresa all’interno del più ampio campo di applicazione di un contratto collettivo già vigente, consolidato e applicato (561); oppure, al contrario, la categoria contrattuale e quindi il campo di applicazione del contratto viene definito in virtù di una mancata individuazione della stessa all’interno di altri contratti collettivi potenzialmente applicabili e già vigenti (562). Un’operazione contrattuale di questo tipo, se non gestita da un complesso sindacale unitario, potrebbe essere ritenuta indicativa di una volontà di generare *dumping* contrattuale in quanto la frammentazione della “categoria” contrattuale non contribuisce ad eliminare la concorrenza al ribasso tra i lavoratori ma, al contrario, ne indebolisce la forza negoziale (563).

Di rilievo è anche la regolazione dell’orario di lavoro. Tendenzialmente, l’obiettivo è quello di rendere strutturale e quindi ordinario una quantità di ore di lavoro che superano il limite di legge (40 ore settimanali). Inoltre, scopo del contratto è anche quello di riconoscere maggiori poteri datoriali nella determinazione dell’orario di lavoro o della sua variazione quantitativa, a prescindere da percorsi di contrattazione

560 G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, op. cit., p. 48.

561 È il caso del CCNL per le aziende del settore turismo (imprese minori) sottoscritto il 6 aprile 1995 da Uicet, Ancl, Cisl e Fenasalc.

562 Su queste basi nasce il CCNL per le aziende esercenti lavorazioni a *façon*, sottoscritto il 1° agosto 1996 da Anilf, Uicet, Unapi, Ancl, Cisl, Fails e Feder calzaturieri.

563 In tal senso, v. G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, op. cit., p. 20.

integrativa, anche in deroga. Connesso all'orario di lavoro, vi è poi una diversa modulazione delle maggiorazioni salariali per lavoro straordinario, notturno, festivo o domenicale.

Ulteriori margini di intervento si registrano in materia di periodo di prova. La regolazione, in questo caso, oltre ad ampliare i margini di durata, prevede anche la caducazione di alcuni diritti in materia retributiva (il mancato riconoscimento della quota del trattamento di fine rapporto maturato). Infine, altri spazi d'intervento riguardano la regolazione della retribuzione per alcune tipologie contrattuali speciali (contratto di inserimento, contratto di formazione e lavoro, contratto a tempo determinato), delle ipotesi della sua sospensione e il riconoscimento di alcuni diritti, come il congedo matrimoniale (564).

Dalla sistematizzazione e riconduzione a macro-aree delle materie trattate da questa contrattazione, possiamo ricavarne un'analisi giuridica volta a mettere in luce le criticità delle pattuizioni qui descritte.

Procedendo con ordine, la scelta di individuare un campo di applicazione del contratto collettivo che sia alternativo a quello dei contratti collettivi di fatto applicati dalla maggior parte delle imprese si spiega in relazione a quanto la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre sostenuto, ossia che il contratto collettivo spiega i suoi effetti in base alla libera autodeterminazione dei contraenti nel definirne il campo di applicazione (565). Infatti, come si evince dall'osservazione dei campi di applicazione dei primi *contratti pirata*, all'inizio degli anni Novanta, l'ordinamento intersindacale va incontro ad una crisi dettata da una rappresentanza concorrenziale, che depotenzia la struttura della contrattazione di categoria governata dalle maggiori centrali confederali (Cgil, Cisl e Uil) per spostare il baricentro dei negoziati dalla comunità professionale di riferimento alle esigenze della piccola azienda. E, in una certa misura, non va trascurato un elemento – al di là delle criticità qui esposte e degli interessi sottesi a questo tipo di negoziazione – che caratterizza, in un certo senso, la *contrattazione pirata*: la costante e crescente tensione, in particolar modo nei periodi di crisi, tra piccola, media e grande impresa.

⁵⁶⁴ Il CCNL sottoscritto dalle organizzazioni Cni, Unapi-Cnai, Mcm-Cnai, Ancl, Cisl e Fenasalc per le piccole e medie imprese, cooperative e consorzi esercenti l'attività nel settore dell'artigianato ai sensi della legge 8 agosto 1985, n. 448 (barbieri, parrucchieri, estetiste, lavanderie e stirerie, arredamento e boschive, strumenti musicali, odontotecnica, oreficeria e argenteria, panificazione) riconosce tale diritto ai lavoratori con contratto di lavoro a tempo indeterminato e non anche a quelli a tempo determinato, in palese violazione della normativa comunitaria che sancisce un principio di non discriminazione tra i due *status* contrattuali.

⁵⁶⁵ Come osservato da F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *RTDPC*, 1963, p. 582, è il sindacato che delimita il ramo dell'economia entro cui si organizza e negozia. Ed è per questa ragione che secondo l'illustre giurista bolognese l'art. 39 Cost. conterrebbe una insanabile contraddizione al suo interno. Mentre, infatti, al comma 1 viene riconosciuta una libertà del sindacato nel determinare l'ambito di applicazione del contratto all'interno del negoziato, nei successivi commi se ne condiziona l'esercizio. Di recente è tornato sul tema P. ICHINO, *Rappresentanza sindacale: il nodo difficile da sciogliere*, in *lavoce.info*, 24 settembre 2019.

Intuiva marginalmente il problema U. Prosperetti quando osservava che la libertà sindacale doveva essere «garantita e perseguita, con misure atte a promuovere o facilitare l'organizzazione degli interessati quando, ad esempio, in qualche settore produttivo la forza delle grandi imprese tendenzialmente monopolistiche sia tale da imporre normazioni collettive uniformi a situazioni economiche diverse» (566). Per certi versi, quindi, questo modello contrattuale – che resta illegittimo – rispecchia anche la debolezza del sistema della rappresentanza datoriale che non è riuscita a contenere le spinte centrifughe da parte di quelle imprese che, per ragioni legate al loro posizionamento nella filiera produttiva, non riuscivano a rispettare i parametri dettati dai contratti collettivi del settore di riferimento. Il contoterzismo e la subfornitura, in particolar modo, si caratterizzano per un'intensa attività di manodopera e per un'eccessiva concorrenza sul piano commerciale – in quanto l'imprenditore vuole accaparrarsi quante più lavorazioni possibili – con evidenti ricadute sul prezzo di lavorazione (cioè il costo della manodopera) (567). Ed è proprio in questa esigenza di mercato che si è innestato il ruolo del consulente del lavoro, che ha saputo generare un sistema formalmente legittimo in quanto l'ordinamento ha lasciato che la regolazione del mercato del lavoro potesse reggersi sulla base di regole maggiormente di carattere convenzionale, ivi compreso il valore della retribuzione.

In definitiva, dunque, sembrerebbe che questi contratti rappresentino la reale aziendalizzazione della contrattazione collettiva in quanto meri simulacri di accordi collettivi nazionali (568), negoziati senza una reale rivendicazione salariale, finalizzati da un lato a consegnare all'impresa un corpo di regole creato “ad immagine e somiglianza” delle esigenze imprenditoriali; dall'altra, a superare lo scoglio della normativa statale, che impone l'applicazione del contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, generando soggetti “unici” nella categoria di riferimento, anch'essa creata *ad hoc*.

Non è mancata l'opinione secondo cui a favorire la nascita di questi soggetti di dubbia natura sindacale e “ad uso e consumo” del datore di lavoro sia stato, in senso opposto, proprio il legislatore. Infatti, è stato osservato che sul finire degli anni Novanta, con l'obiettivo di contrastare il lavoro sommerso, in particolare nel Sud del Paese, il legislatore ha introdotto i c.d. *contratti di riallineamento* (o *accordi di gradualità*), cioè patti volti a far riemergere e a condurre gradualmente le imprese ad una condizione di regolarità retributiva e contributiva, in cambio del riconoscimento di vantaggi fiscali (569). L'art. 6 della legge n. 389 del 1989 legittimava solo le

⁵⁶⁶ U. PROSPERETTI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, 1962, ed. Giuffrè, p. 4.

⁵⁶⁷ G. GENTILE, *Il lavoro sommerso*, op. cit., p. 18; G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, op. cit., p. 53.

⁵⁶⁸ E. GRAGNOLI, *L'impresa illecita*, op. cit., p. 357. Nello stesso senso, v. P. TOMASSETTI, *Settorializzazione e territorializzazione delle relazioni industriali: la via italiana al decentramento contrattuale*, op. cit., p. 134.

⁵⁶⁹ Sono interventi di carattere localistico come spiega G. GENTILE, *Il lavoro sommerso*, op. cit., p. 49. Per un'analisi strutturale e degli effetti che hanno comportato, v. M. TIRABOSCHI, L. BALDINI, *I*

organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale a stipulare detti accordi. Sennonché, con l'entrata in vigore della legge n. 608 del 1996, il legislatore, con l'obiettivo di ampliare l'adesione delle imprese al programma di emersione, ha riconosciuto la facoltà di stipulare detti accordi anche alle associazioni imprenditoriali ed organizzazioni sindacali aderenti o comunque organizzativamente collegate con le associazioni o organizzazioni nazionali di categoria firmatarie del contratto collettivo nazionale di riferimento (cfr. art. 5). Come osservato in merito, «la precisazione finì per generare problematiche interpretative di natura opposta, forse ancor più gravi rispetto a quelle causate dalla rigida normativa pregressa. Il rischio, infatti, era che nascessero dei sindacati c.d. *di comodo* che, nonostante non risultassero fra le sigle stipulanti il contratto collettivo nazionale, con la semplice *firma per adesione* venivano legittimati alla costituzione degli accordi provinciali. Questi sindacati venivano costituiti con lo scopo di tutelare le piccole imprese che necessitavano di un contratto collettivo autonomo; tuttavia queste finalità sovente non venivano perseguite e queste associazioni nascevano con il fine reale di applicare norme derogative *in peius* dei dettati contrattuali» (570).

Sul piano delle relazioni sindacali, peraltro, affiorano almeno tre elementi di criticità:

a) il sindacato dei datori di lavoro Ucict sottoscrivente i diversi CCNL «è stato fondato da consulenti del lavoro» e non ha avuto «inizialmente, tra i soggetti associati, nessun imprenditore» (571);

b) i CCNL sono stati sottoscritti anche dalla confederazione sindacale alla quale aderiscono le singole organizzazioni sindacali sottoscriventi. Una prassi inusuale nei sistemi di relazioni industriali in quanto la confederazione non assiste le singole federazioni di categoria. È quindi evidente lo scopo di insabbiare lo scarso grado di rappresentatività della singola associazione sindacale stipulate attraverso l'affiancamento della confederazione sindacale;

c) il contributo sindacale versato dai lavoratori in parte è mirato a finanziare anche l'associazione datoriale.

Questi tre aspetti si prestano a rilievi critici che sono di fondamentale importanza per la riconduzione del contratto nell'ambito dell'art. 39, comma 1 Cost. Primariamente, occorre rilevare che l'associazione datoriale in questione non nasce dalla comune volontà di alcune imprese di dar vita ad un nuovo sistema di rappresentanza di carattere

contratti di gradualità: dalle prime esperienze applicative alla Legge 28 novembre 1996 n. 608, in DRI, 1997, n. 1, p. 131 e ss.

⁵⁷⁰ Così G. GENTILE, *Il lavoro sommerso*, op. cit., p. 56, che inoltre osserva: «L'effetto immediato della legge fu la nascita di contratti collettivi c.d. "pirata", cioè stipulati in svariate zone da parte di organizzazioni datoriali e di lavoratori di dubbia rappresentatività e con un contenuto fortemente a ribasso rispetto al contratto collettivo stipulato per la categoria dai sindacati aderenti alla triplice confederale».

⁵⁷¹ Questo dettaglio emerge dall'interrogazione parlamentare del 14 dicembre 1994, nell'ambito della XII legislatura, in *Atti parlamentari. Senato della Repubblica. XII legislatura. 7° resoconto stenografico. Seduta di mercoledì 14 dicembre 1994*, p. 8.

sindacale (572), ma dall'idea di un consulente del lavoro il cui scopo primario era quello di sottrarre all'applicazione del contratto collettivo più rappresentativo della categoria le imprese clienti, con la mera finalità di abbattere il costo del lavoro e gestire con un elevato grado di flessibilità la prestazione di lavoro. Non essendo qualificabile come datore di lavoro delle imprese rappresentante il consulente del lavoro, ossia colui che si è manifestato essere il portatore d'interesse per la costituzione dell'associazione, questa azione di rappresentanza non può che risolversi in una mera attività associativa che persegue «interessi professionali di natura extra-sindacale, la cui copertura costituzionale dovrebbe essere ricercata nella generica libertà di associazione sancita all'art. 18 Cost.» e non nell'art. 39, comma 1, Cost. (573). Di conseguenza, dobbiamo concludere che il CCNL in questione non sarebbe un contratto collettivo in quanto non compone interessi collettivi in conflitto tra loro.

Una seconda questione rilevante riguarda invece la rappresentatività delle organizzazioni sindacali sottoscrittrici i CCNL analizzati. Sotto questo profilo, se, come detto (Cap. IV, § 1), l'organizzazione sindacale è tale per l'attività che svolge e non per la "veste giuridica" che assume, dobbiamo concludere, come ribadito dalla recente dottrina, che «la finalizzazione dell'azione di rappresentanza all'autotutela dell'interesse collettivo attraverso il coordinamento degli interessi individuali» deve essere mirata a riequilibrare il «deficit di forza contrattuale che limita di fatto la libertà e l'eguaglianza delle e tra le parti del rapporto (art. 3, comma 2 Cost.)» (574). Più precisamente, scopo dell'azione sindacale deve essere quello di dare concreta attuazione anche al principio di solidarietà tra lavoratori (art. 2 Cost.) e ad orientare l'attività economica privata (art. 41, comma 1, Cost.) nella dimensione dell'utilità sociale (art. 41, comma 2, Cost.) cioè concretamente concorrente allo sviluppo della persona e al progresso materiale o spirituale della società (575).

Per quanto concerne, invece, le clausole che mirano ad ampliare la flessibilità dell'utilizzo della manodopera (attraverso il prolungamento del periodo di prova soprattutto su mansioni elementari e ripetitive, la sospensione della retribuzione in alcune fasi del rapporto, il mancato riconoscimento dei congedi ai lavoratori a termine, la riduzione delle maggiorazioni salariali rispetto a quelle normalmente praticate) rappresentano un ulteriore elemento che fortifica l'obiettivo dell'accordo: abbattere il costo del lavoro. Elementi questi però, che si pongono in netto contrasto con alcuni principi giurisprudenziali che da sempre tutelano la posizione di debolezza del lavoratore. Sotto il profilo del mancato riconoscimento dei congedi al lavoratore a

⁵⁷² La natura dell'interesse di cui si rende portatrice l'associazione datoriale, come più volte qui ricordato (cfr. Cap. II, § 5.1; Cap. III, Sez. I, § 4) è controversa in dottrina, almeno quando questo interesse viene manifestato nell'ambito della negoziazione collettiva.

⁵⁷³ P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, op. cit., p. 733.

⁵⁷⁴ P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, op. cit., p. 731.

⁵⁷⁵ P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, op. cit., p. 734. Sulla funzione dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, cfr. L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, ed. Giappichelli, Torino, 1966, spec. pp. 259-260.

termine, si violerebbe il principio di parità di trattamento dei lavoratori che oggi tanto la normativa comunitaria che nazionale impone al datore di lavoro. Per quanto concerne la retribuzione, invece, il principio giurisprudenziale consolidato è quello secondo cui l'imprenditore non può sospendere la retribuzione se non interviene l'impossibilità assoluta della cooperazione (ad esempio, eventi esterni che paralizzano in tutto o in parte l'attività produttiva come le calamità naturali, la mancanza di energia elettrica, il *factum principis*, etc.). Di fronte, invece, alle sopravvenienze sfavorevoli che sono collocate nell'ambito delle ordinarie dinamiche imprenditoriali (crisi di mercato, ritardi burocratici, investimenti finanziari infruttuosi etc.), il relativo rischio è posto e resta in capo al datore di lavoro (576). Conseguentemente, tutte le clausole volte a sottrarre dalla paga oraria quote della retribuzione per delle ragioni che non sono ricollegabili a quelle evidenziate, sono da ritenersi illegittime.

5. Il consulente del lavoro nell'esperienza contrattuale: tecnico o parte contrattuale?

Tracciato il quadro storico del fenomeno della *contrattazione pirata* e analizzate con metodologia giuridica le caratteristiche salienti di questa, occorre riflettere sul ruolo che il consulente del lavoro ha avuto in quanto sebbene risultasse formalmente parte stipulante, non si comprendere la ragione per la quale dovesse essere "parte" di accordi applicabili a settori che poco avevano a che fare con l'attività di uno studio professionale. Infatti, la regolazione dei rapporti di lavoro nell'ambito degli studi professionali dei consulenti del lavoro è affidata al contratto collettivo per gli studi professionali.

Questo aspetto contribuisce allora a ritenere che anzitutto la presenza del consulente del lavoro nei primi negoziati era finalizzata ad un supporto tecnico, inteso come funzione di tradurre in clausole negoziali le esigenze che proponevano determinate imprese. Obiettivo della partecipazione di questo professionista era quello di tradurre in chiave giuridica le esigenze manifestate dal proprio cliente. È con questo approccio che si perviene alla formazione di quei contratti negoziati senza una reale rivendicazione salariale, perché finalizzati a consegnare all'impresa un corpo di regole creato "ad immagine e somiglianza" delle proprie esigenze (577).

Inoltre, l'impegno di farsi carico, anche formalmente, della sottoscrizione di un contratto collettivo "alternativo" a quello della categoria nella quale di fatto appartenerebbero le imprese coinvolte, potrebbe aver assunto un significato politico da non sottovalutare.

Non va, infatti, dimenticato che sebbene l'intenzione del legislatore era quella di creare una figura professionale volta a frenare gli abusi nell'applicazione della

⁵⁷⁶ Così P. PIZZUTI, *Interesse dell'impresa e prestazione lavorativa*, op. cit., pp. 99-100.

⁵⁷⁷ V. sempre E. GRAGNOLI, *L'impresa illecita*, op. cit., p. 357.

legislazione sociale, il consulente del lavoro, lungo l'evoluzione della sua funzione, si è proposto anche come “aziendalista” (Cap. II, Sez. I, § 3), ossia una figura di supporto alle esigenze datoriali. E' possibile, quindi – in virtù anche di quanto sostenuto da questi ultimi, ossia della presenza nel mercato di imprese che, al pari dei lavoratori, rappresentavano un anello debole della catena produttiva (cfr. § 3) – che il consulente del lavoro abbia voluto affermare, oltre i servizi resi, anche una funzione di rappresentanza in nome e per conto di quelle imprese che non riuscivano a competere sul mercato secondo le regole stabilite dalla negoziazione collettiva, delegittimando così il ruolo dell'associazionismo datoriale, *competitor* permanente di questa professione (cfr. Cap. II, Sez. I).

SEZIONE II

L'ATTUALE RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO NEL SISTEMA DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** L'attività di “validazione” dei contratti collettivi di lavoro. – **3.** Ancora sul consulente del lavoro come “parte” del contratto collettivo. Un caso peculiare. – **4.** Il consulente del lavoro come “tecnico” nella contrattazione collettiva. – **4.1.** Il ruolo del consulente del lavoro nella contrattazione di prossimità: un'indagine empirica. – **5.** I Protocolli d'Intesa per l'effettività delle tutele e il rapporto con le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali.

1. Introduzione.

Nello sviluppare questa indagine, abbiamo potuto riscontrare le ragioni più intime circa l'istituzione della figura professionale del consulente del lavoro (cfr. Cap. II) ma anche lo sconfinamento della professione in aree che hanno messo in difficoltà il precario sistema di relazioni industriali italiano (cfr. Cap. IV). Tuttavia, obiettivo di questo studio è anche quello di decostruire l'assunto dottrinale secondo cui il consulente sarebbe il solo artefice delle cause del *dumping contrattuale* in Italia (cfr. Cap. I, § 2.1).

Sebbene questa percezione sia ancora oggi diffusa (578), vi sono tante casistiche e modelli virtuosi che depongono, al contrario, per una valorizzazione della professione ai fini del consolidamento dei sistemi di relazioni industriali, facendo così emergere la terzietà di questa figura rispetto alla rappresentanza.

Di seguito, saranno quindi analizzate le suddette casistiche con la finalità di tracciare una nuova prospettiva per il ruolo che questa figura professionale svolge nel mercato del lavoro.

2. L'attività di “validazione” dei contratti collettivi di lavoro

La tendenza della categoria professionale dei consulenti del lavoro a conquistare spazi e ruoli nelle relazioni industriali si registra ancora oggi, diramandosi lungo diversi percorsi alternativi tra loro: maggiormente, come ruolo di soggetto terzo o in qualità di tecnico; residuale è la sua funzione di promotore di sistemi contrattuali alternativi a

⁵⁷⁸ G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, op. cit., p. 45 secondo cui alcuni sistemi contrattuali di dubbia legittimità nel settore della moda continuano a trovare spazi grazie ad «una rete bene organizzata di consulenti del lavoro che, prevalentemente nel Mezzogiorno [italiano], inizia a promuovere in modo sistematico l'applicazione di contratti collettivi a basso costo».

quelli esistenti (579) mentre è crescente il suo ruolo come parte di un consolidato sistema di relazioni industriali, ed infine, come soggetto professionale deputato a rendere effettive alcune tutele di carattere economico, la cui applicazione richiede necessariamente un confronto con le parti sottoscriventi il contratto collettivo.

In relazione alla prima prospettiva, la Fondazione Studi dell'Ordine Nazionale dei consulenti del lavoro ha promosso di recente un percorso di certificazione "di fatto" dei contratti collettivi sottoscritti da diverse organizzazioni sindacali e associazioni datoriali: trattasi della c.d. "validazione" (580). Non è una certificazione in senso tecnico, che ha rilevanza giuridica ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 276 del 2003, ma rivestirebbe l'accordo collettivo di un certo grado di autorevolezza poiché la Fondazione Studi si occupa di verificare la sua compatibilità rispetto al quadro normativo di riferimento.

Restano, tuttavia, alcune perplessità su questa prassi giacché alcuni dei contratti collettivi validati presentano delle incompatibilità con il quadro normativo di riferimento. Più precisamente, si dubita sul fatto che alcune organizzazioni sindacali non abbiano il requisito della rappresentatività comparata di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 per poter esercitare le deleghe e le deroghe disposte dal medesimo decreto in favore della contrattazione collettiva (581). Ma questi dubbi possono essere superati se si tiene in debita considerazione il fatto che l'Ordine Nazionale dei consulenti del lavoro ha da sempre richiesto l'intervento del legislatore per definire per via legislativa i requisiti della rappresentatività (582), in difetto del quale, sarebbe consentito assumere o

⁵⁷⁹ Tra i più recenti *contratti pirata* – tali in quanto sottoscritti da organizzazioni con una scarsa consistenza organizzativa e quindi poco rappresentativi – se ne registrano alcuni ideati da un consulente del lavoro che ne guida la confederazione sindacale di parte datoriale: in particolare, il CCNL per i dipendenti del settore terziario, commercio, distribuzione e servizi anche in forma cooperativa, sottoscritto da Confedia, Unimpresa, Ascop, Fesica-Confsal e Confsal-Fisals; il CCNL per i dipendenti da strutture laboratoristiche e ambulatoriali private organizzate anche in forma cooperativistica, sottoscritto da Ascop, Federlab Italia, Confedia, Fesica-Confsal e Confsal-Fisals.

⁵⁸⁰ Dal sito dell'Ordine Nazionale dei Consulenti del Lavoro dedicato proprio alla "validazione dei contratti collettivi" e dall'articolo *Ccnl call center col bollino blu. Dai consulenti del lavoro la validazione del contratto*, in *ItaliaOggi* del 23 luglio 2013, p. 31, risultano ad oggi validati i seguenti CCNL: l'Accordo Nazionale per i Collaboratori dei Call Center sottoscritto da AssoCall e Ugl Terziario; il CCNL per Colf e Badanti sottoscritto da Federproprietà, l'Uppi, Confappi, Federcasa-Confsal, Fesica-Confsal e Confsal-Fisals; il CCNL per i dipendenti delle aziende del settore del commercio, dei servizi, del terziario e del comparto artigiano sottoscritto da Acai, Conapi, Aem Italia e Ugl Terziario; il CCNL per il settore dell'alimentazione della panificazione, sottoscritto da Acai, Conapi e Ugl Alimentari; il CCNL del settore commercio, terziario, distribuzione, servizi, pubblici esercizi e turismo sottoscritto da Cifa, Fedarcom e Confsal; il CCPL di Genova per i dipendenti del settore edile del 23 luglio 2008, sottoscritto dal Cna, Fillea-Cgil, Filca-Cisl e Feneal-Uil.

⁵⁸¹ Su questi rilievi critici con riferimento al CCNL sottoscritto da Cifa e Confsal, v. M. TIRABOSCHI, F. D'ADDIO, *Part-time senza vincolo di orario minimo e sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *DRI*, 2017, n. 3, pp. 882-890; M. TIRABOSCHI, *La proliferazione dei Ccnl e un decentramento ancora insufficiente*, in *C&C*, 2017, n. 7, p. 1 e ss.; G. PIGLIALARMÌ, *La maggiore rappresentatività comparata del sindacato nel diritto vivente*, op. cit., p. 1577 e ss.

⁵⁸² Timidi tentativi si registrano in questo senso nel il d.d.l. n. 788.

una presunzione di pariteticità tra i sindacati o in alternativa, l'impossibilità di poterne provare la consistenza ai fini della comparazione.

3. Ancora sul consulente del lavoro come “parte” del contratto collettivo. Un caso peculiare.

Del tutto innovativa è invece l'attività del consulente del lavoro come “parte” del contratto collettivo in un sistema di relazioni industriali che ha come interlocutori le federazioni collegate alle confederazioni sindacali più rappresentative del Paese. A tal proposito, vi è un caso che rileva questa funzione, non privo tuttavia di alcune criticità tipiche del sistema di relazioni industriali italiano.

Il 19 novembre 2018, è stato siglato un accordo territoriale in Val D'Aosta tra la Confcommercio, l'ANCL regionale e le organizzazioni sindacali Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil e Savt Commercio e Turismo. L'accordo prevede alcune misure d'adattamento al mercato del lavoro territoriale attraverso la modifica di alcune disposizioni riguardanti il lavoro intermittente e il lavoro a tempo determinato stagionale.

La presenza dell'organizzazione sindacale dei Consulenti del Lavoro all'interno di questo sistema di relazioni industriali territoriale dimostra, da un lato, che quanto premesso in termini problematici (cfr. Cap. I, § 2.4.), troverebbe un concreto riscontro nella realtà, laddove il consulente del lavoro si pone non esclusivamente come soggetto terzo ma come parte contrattuale all'interno dei sistemi di relazioni industriali; sotto altri aspetti, l'aver siglato questo accordo anche con i Consulenti del Lavoro, indurrebbe a pensare che in quel territorio gli studi professionali della consulenza del lavoro avrebbero un concreto interesse a regolare diversamente alcune delle disposizioni del CCNL del settore terziario in quanto lo applicano per regolare i rapporti di lavoro nei propri studi.

Se così fosse, si registrerebbe un'incongruenza sia giuridica che sindacale, poiché il contratto collettivo applicato non corrisponde esattamente al settore merceologico; inoltre, è paradossale come l'ANCL a livello nazionale aderisca a Confprofessioni per la negoziazione del contratto collettivo per gli studi professionali mentre a livello locale, alcune articolazioni di essa intrattengano rapporti di politica sindacale con confederazioni estranee a quella alla quale l'ANCL formalmente aderisce (cioè Confprofessioni). Tuttavia, questa incongruenza non rileva sul piano degli effetti del contratto territoriale, che resta valido. Il problema, semmai, resta confinato sul piano endosindacale.

4. Il consulente del lavoro come “tecnico” nella contrattazione collettiva.

Accanto alle attività di analisi svolte dalla Fondazione Studi dell'Ordine Nazionale dei consulenti del lavoro, vi sono delle casistiche in cui il professionista partecipa

formalmente al negoziato del contratto collettivo in qualità di “tecnico”, o meglio di esperto in legislazione sociale e del lavoro.

Sebbene questa sia una tendenza che caratterizza in particolar modo la contrattazione collettiva aziendale (nell’ambito della quale il supporto tecnico e la funzione di rappresentanza si fondono al punto tale da non distinguerle), anche nella contrattazione collettiva nazionale vi è questa prassi.

In particolare, come risulta dall’Accordo Collettivo Nazionale per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative nel settore della cooperazione internazionale (ONG) (583), le associazioni rappresentanti le ONG si sono avvalse ai fini del negoziato dell’“*assistenza tecnica*” di due Consulenti del Lavoro.

Ulteriore supporto tecnico è stato offerto da un consulente del lavoro per la sottoscrizione del CCNL per i dipendenti degli studi odontoiatrici e medico dentistici (584).

4.1. Il ruolo del consulente del lavoro nella contrattazione di prossimità: un’indagine empirica

Nel 2018, l’Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro, il sindacato unitario che rappresenta i professionisti, ha promosso un percorso di certificazione volto ad attribuire delle competenze professionali adeguate al consulente del lavoro in materia di contrattazione collettiva decentrata (585). Questo percorso ha consentito ad alcuni Consulenti di sviluppare competenze avanzate per assistere le imprese nella fase di negoziazione di un contratto aziendale o di prossimità.

A seguito della conclusione della formazione che ha condotto alla certificazione di 13 Consulenti, l’ANCL ha istituito un archivio volto a raccogliere tutti gli accordi di secondo livello stipulati con il supporto tecnico dei Consulenti dell’ANCL. Segue una tabella descrittiva degli accordi, estratta dalla consultazione dell’archivio.

⁵⁸³ L’Accordo è stato sottoscritto il 1° maggio 2013, con valenza fino al 31 dicembre 2016 dalle organizzazioni sindacali Aoi, Link 2007, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp-Uil.

⁵⁸⁴ Il CCNL è stato sottoscritto dalle organizzazioni Cifa, Aio, Fials e Confsal il 1° marzo 2017, con decorrenza fino al 29 febbraio 2020.

⁵⁸⁵ Notizie di questa iniziativa, sono visibili sul sito www.anclsu.com. Inoltre, sullo stesso è possibile consultare l’elenco dei Consulenti del Lavoro certificati dall’ANCL ad assistere le imprese nella negoziazione degli accordi decentrati, ivi compresi quelli per la detassazione del premio di produttività e per l’istituzione di misure di *welfare*.

Tabella n. 4 – Elenco dei contratti collettivi stipulati con l'assistenza tecnica dei Consulenti del Lavoro dell'ANCL (586).

Tipologia di contratto	Stipula e vigenza	Ruolo del consulente del lavoro	Sigle sindacali sottoscrittenti (associazioni datoriali/organizzazioni sindacali)	Materie oggetto del negoziato
Intesa di prossimità ex art. 8 d.l. n. 138/2011	1/7/2019 – 30/6/2022	Assistente tecnico del datore di lavoro	Cna della Provincia di Frosinone, Fit-Cisl della Provincia di Frosinone, Uil-Trasporti della Provincia di Frosinone	Contratto a tempo determinato (proroghe, rinnovi, causali, diritto di precedenza, straordinario)
Intesa di prossimità ex art. 8 d.l. n. 138/2011	21/1/2019 – in corso di validità	Assistente tecnico del datore di lavoro	Fisascat-Cisl della Provincia di Lecce	Installazione di impianti di videosorveglianza
Contratto collettivo aziendale ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 e ai sensi dell'art. 21, comma 3 del CCNL Anaste	1/2/2017 – 31/12/2017 Prorogato successivamente fino al 31/12/2018	Assistente tecnico del datore di lavoro	Fisascat-Cisl di Vasto	Variazione dei limiti quantitativi per l'utilizzo dei lavoratori assunti con contratto a termine
Contratto collettivo aziendale ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015	17/12/2018 – in corso di validità	Assistente tecnico del datore di lavoro	Fisascat-Cisl di San Salvo	Lavoro stagionale
Intesa di prossimità ex art. 8 d.l. n. 138/2011	30/12/2018 – 30/6/2020	Assistente tecnico del datore di lavoro	Fisascat-Cisl della Provincia di Taranto-Brindisi	Contratto a tempo determinato (proroghe, rinnovi, causali) e diritto alla stabilizzazione

⁵⁸⁶ L'elenco, contenente le date di stipulazione, il campo di applicazione, le materie oggetto del negoziato e le sigle sottoscrittenti è stato realizzato consultando l'archivio della contrattazione decentrata dell'ANCL, in www.anclsu.com.

Contratto collettivo aziendale ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015	9/4/2019 – 9/4/2022	Assistente tecnico del datore di lavoro	Fim-Cisl	Lavoro stagionale, orario di lavoro (multiperiodale), rimborso spese per vitto, indennità di trasferta
Intesa di prossimità ex art. 8 d.l. n. 138/2011	4/6/2019 – 31/12/2021	Assistente tecnico del datore di lavoro	RSU assistite da Fistel-Cisl della Provincia di Bergamo e Slc-Cgil della Provincia di Bergamo	Contratto a tempo determinato (limiti quantitativi, <i>Stop & go</i> , stabilizzazione del personale)
Intesa di prossimità ex art. 8 d.l. n. 138/2011	4/6/2019 – 31/12/2021	Assistente tecnico del datore di lavoro	Cna della Provincia di Frosinone, Filt-Cgil della Provincia di Frosinone, Fit-Cisl della Provincia di Frosinone, Uil-Trasporti della Provincia di Frosinone	Contratto a tempo determinato (proroghe, rinnovi, causali, limiti quantitativi, diritto di precedenza, straordinario)

Gli accordi contenuti nell'archivio dell'ANCL risultano stipulati in un arco temporale che val dall'anno 2017 all'anno 2019, gran parte dei quali intervenuti per flessibilizzare l'utilizzo della manodopera a termine, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 87 del 2018 convertito in legge n. 96 del 2018.

I contratti di prossimità sono quelli più diffusi, mentre gli accordi ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 sono minori ed è unico il caso di un accordo sottoscritto in virtù di una delega che il CCNL dispone in favore della contrattazione aziendale.

In questi accordi, il consulente del lavoro ha affiancato il datore di lavoro con la finalità di assicurare la legittimità dell'atto e la sua conformità al quadro normativo. Si è trattata, quindi, nei fatti di una vera assistenza tecnico-giuridica. In realtà, alcune delle aziende sottoscriventi, non è associata ad un sistema di rappresentanza; di conseguenza ha conferito mandato al consulente del lavoro anche di negoziare un accordo nel suo interesse (a seconda delle esigenze organizzative manifestate). In quest'ottica, il consulente ha agito anche da negoziatore-rappresentate degli interessi dell'impresa.

Particolare attenzione deve essere prestata poi agli interlocutori sindacali. Le organizzazioni sindacali sottoscriventi, infatti, appartengono alle confederazioni Cgil, Cisl e Uil che, come qui più volte detto, sono ritenute nella prassi e in diritto, le più rappresentative nel Paese (cfr. Cap. III, § 4). Sarebbe, dunque, che il consulente del Lavoro sia riuscito a flessibilizzare l'utilizzo di manodopera senza ricorrere a strumenti di dubbia legittimità (cfr. Cap. IV, Sez. I, § 3 e ss.) ma a costruire una piattaforma negoziale capace di intercettare le concrete esigenze dell'impresa senza compromettere i diritti dei lavoratori.

5. I Protocolli d'Intesa per l'effettività delle tutele e il rapporto con le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali.

Accanto all'attività di promozione di sistemi contrattuali alternativi, che spesso trovavano nel consulente del lavoro "l'impulso" necessario ai fini della loro applicazione nell'impresa, è stata coltivata una strada di rilievo che vede il professionista, rappresentato dal sindacato di categoria – l'ANCL – impegnarsi con le storiche organizzazioni sindacali per perseguire l'obiettivo della certezza e dell'effettività delle disposizioni contenute nei contratti collettivi. È importante notare che nella prassi delle relazioni industriali, diverse volte l'ANCL si è posta come interlocutore dei sindacati, proprio per dare effettività alle tutele, di cui oggi tanto "soffre" il sistema della contrattazione collettiva (587). Il rapporto con i sindacati confederali, infatti, ha una storia consolidata nel tempo e lo dimostra la sottoscrizione di diversi protocolli d'intesa per favorire lo sviluppo della reciproca collaborazione ai fini della salvaguardia dell'ordinamento giuridico del mercato del lavoro.

Tra questi, va ricordato Protocollo d'Intesa sottoscritto dall'ANCL e dalla CISL l'8 settembre 2004 per la costituzione di "*un osservatorio per lo studio, la ricerca e l'elaborazione delle modalità di reciproca interazione tra il mondo associativo sindacale e le associazioni dei consulenti professionali*". In particolare, questo protocollo prevedeva che nelle occasioni in cui la CISL sarebbe stata impegnata e coinvolta in attività consultive in materia di diritto del lavoro, questa si sarebbe servita del supporto tecnico dei Consulenti del Lavoro dell'ANCL. Particolare menzione poi merita l'Accordo Quadro sottoscritto dall'ANCL e dalla Confcommercio il 10 marzo 2005, finalizzato a promuovere la bilateralità di settore, a garantire l'applicazione del contratto collettivo ai fini di una "*corretta concorrenza fra imprese*" del medesimo settore produttivo e a garantire ai Consulenti del Lavoro l'esclusività in materia di consulenza del lavoro e sugli adempimenti di carattere previdenziale previsti dall'art. 1 della legge n. 12 del 1979 (588).

Inoltre, di rilievo è anche il Protocollo d'Intesa siglato il 12 dicembre 2011 tra l'ANCL e l'organizzazione Fisascat Cisl di Messina, finalizzato a costituire un gruppo di lavoro per individuare buone prassi di contrattazione, agevolare l'applicazione dei contratti collettivi territoriali di settore e promuovere la bilateralità di settore attraverso i

⁵⁸⁷ Sulle problematiche collegate all'effettività della contrattazione collettiva, v. E. GRAGNOLI, *L'impresa illecita*, op. cit.; M. FERRARESI, *L'adempimento datoriale degli obblighi giuslavoristici: strumenti volontari e incentivanti tra diritto e responsabilità sociale d'impresa*, in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 443 e ss.

⁵⁸⁸ Un tale riconoscimento non è di poco conto, essendo nota l'avversità tra le due realtà in materia di consulenza del lavoro e servizi legati alla contabilità del lavoro (elaborazione di buste paga, adempimenti contributivi etc.). Su questi aspetti, v. C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, op. cit., p. 72.

Consulenti del Lavoro iscritti all'ANCL. Il medesimo protocollo è stato sottoscritto il 18 settembre 2014 anche a Perugia, tra l'ANCL e la Fisascat Cisl Umbria.

Le medesime relazioni sono state costruite anche all'interno del settore edile, con la sottoscrizione del Protocollo d'Intesa del 25 luglio 2013 tra la Commissione Nazionale Paritetica per le Casse Edili e l'ANCL, per agevolare la risoluzione di particolari problematiche inerenti l'adempimento contributivo, dato che le suddette casse *“hanno acquisito una rilevante funzione pubblicistica connessa al rilascio del Durc unitamente ad INPS e INAIL”* e che quindi *“il positivo adempimento agli obblighi contributivi nei confronti delle Casse Edili, indispensabile per l'ottenimento del Durc, rischia di essere compromesso a causa della complessa regolamentazione della normativa lavoristica”*. Una complessità che i Consulenti del Lavoro hanno cercato di appianare attraverso incontri periodici con il Direttore dell'ente, per discutere delle criticità (589).

Di recente infatti, l'ANCL ha sottoscritto un Protocollo d'Intesa con le organizzazioni sindacali rappresentanti i lavoratori metalmeccanici Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil. Scopo principale della sottoscrizione del documento è quello di contribuire a diffondere tra i lavoratori e quindi a rendere effettiva l'applicazione delle disposizioni in materia di sanità integrativa e *welfare* previste dall'accordo di rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro del settore metalmeccanico.

Nelle premesse del Protocollo, si prende atto che le organizzazioni sindacali Fiom, Fim e Uilm e le associazioni datoriali Federmeccanica-Assistal, Associazioni Cooperative, Federorafi, Unionmeccanica, Cna-Confartigianato-Casartigiani-CLAAI nel rinnovo del contratto collettivo hanno assunto *“il metodo della sperimentality e del monitoraggio dell'applicazione delle innovazioni definite e articolate nei diversi CCNL”* avendo riscontrato problematiche inerenti alla gestione delle prestazioni erogate dai diversi enti bilaterali. Inoltre, viene riconosciuto che la bilateralità *“è un sistema che coinvolge tutte le imprese aderenti e non aderenti alle associazioni di categoria in quanto eroga prestazioni di welfare contrattuale che sono indispensabili ad integrare la retribuzione globale di fatto e la normativa a tutela del lavoratore prevista all'interno dei contratti collettivi di categoria”*. Alla luce di questa constatazione, le organizzazioni sindacali si sono impegnate con l'ANCL a confrontarsi sui problemi applicativi, di funzionamento e di gestione sia nella fase di adempimento che di richiesta delle prestazioni, fermo restando *“la esclusiva titolarità contrattuale delle parti stipulanti”* il CCNL.

Una simile previsione è di rilevante importanza poiché la sussistenza di un'obbligatorietà del versamento della contribuzione ai diversi fondi bilaterali non è stata sempre pacifica. In un primo momento, infatti, il Ministero aveva ritenuto non obbligatoria l'iscrizione agli enti bilaterali (590) in quanto la disciplina non ricadeva nella parte economica del contratto collettivo e quindi obbligava solo le parti aderenti

⁵⁸⁹ Tutti i protocolli menzionati in questo articolo, sono disponibili sul sito dell'ANCL, www.anclsu.com.

⁵⁹⁰ Cfr. circolari del Ministero del Lavoro n. 4/2004, n. 40/2004 e n. 30/2005; v. anche risposta all'interpello del 21 dicembre 2006, n. prot. 25/SEGR/0007573.

alle associazioni e organizzazioni sindacali stipulanti, per “coerenza con i principi e le disposizioni previste dalla Carta costituzionale in materia di libertà associativa e, segnatamente, di libertà sindacale negativa, nonché con i principi e le regole del diritto comunitario della concorrenza” (591). Queste posizioni trovavano riscontro in una parte della dottrina giuslavoristica che in merito alle previsioni di legge che imponevano l’integrale applicazione del contratto collettivo per poter accedere ai benefici contributivi riteneva che queste norme dovevano essere interpretate nel senso di «integrale applicazione della sola parte economica e normativa degli accordi collettivi, e non anche della parte obbligatoria di questi ultimi, pena il contrasto con il principio costituzionale di libertà sindacale negativa» (592). Questa interpretazione aveva fatto poi il suo ingresso anche nella giurisprudenza (593) e nella prassi amministrativa dell’Inps (594).

Senonché, sin dalle prime posizioni assunte dalla giurisprudenza e poi dal Ministero del Lavoro, fu messa subito in discussione la riconduzione della bilateralità alla parte obbligatoria del contratto collettivo. Si prospettava, infatti, l’ipotesi di ricondurre questa alla parte normativa del contratto (595) poiché «a prescindere dalla natura retributiva o previdenziale e assistenziale delle prestazioni erogate dalle forme della bilateralità [...] si tratta pur sempre di trattamenti che vengono ad incidere sul contenuto delle situazioni di diritto che regolano il rapporto di lavoro (rientrando dunque nella parte normativa in senso ampio)» (596).

Nel mentre cresceva il dibattito sul tema della qualificazione della bilateralità, le parti negozianti il contratto collettivo scelsero di risolvere la questione spostando la disciplina dell’istituto nella parte economica e normativa del contratto collettivo, determinando la c.d. *contrattualizzazione* delle prestazioni della bilateralità (597). E a fronte di questa tendenza che il Ministero ha parzialmente mutato le proprie posizioni in merito, osservando che nella prassi contrattuale vi è una diversa ipotesi in cui la bilateralità va ricondotta alla parte economica del contratto e quindi anche nel caso di

591 Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circolare n. 43 del 15 dicembre 2010, che richiama i precedenti orientamenti ministeriali per poi determinarne il superamento.

592 M. LAI, *Appunti sulla bilateralità*, in *DRI*, 2006, n. 4, pp. 1020 e ss. Secondo l’Autore, si fece ampio ricorso alla distinzione tra “parte economica” e “parte obbligatoria” del contratto collettivo (così come descritta da G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, ed. Cacucci, Bari, 2001, p. 143 e ss.) per ricondurre la bilateralità nella seconda, così da riuscire ad escluderne l’effetto di generale applicazione, a prescindere dall’adesione ai soggetti collettivi costituenti un dato sistema di relazioni industriali.

593 Cfr. Pretura di Verona, sentenza del 10 settembre 1997, pubblicata in *RIDL*, 1998, II, p. 476 e ss., con nota di A. BELLAVISTA, *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*.

594 Cfr. circolare Inps del 7 giugno 2005, n. 74.

595 Le perplessità in merito a tale questione furono espresse da A. BELLAVISTA, *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*, op. cit.

596 M. LAI, *Appunti sulla bilateralità*, op. cit., p. 1037. V. anche M. MISCIONE, *Le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazioni*, in *DPL*, 1997, p. 3347 e ss.

597 Sul punto v. le osservazioni di F. LISO, *Legge, autonomia collettiva e bilateralità: un caso problematico. “Eccesso di potere” del contratto collettivo?*, in *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, ed. Cacucci, Bari, 2012, p. 183 e ss.

applicazione implicita del CCNL, il datore di lavoro è tenuto al versamento dei contributi ai diversi fondi. Infatti, precisa il Ministero che è diversa l'ipotesi in cui i contratti collettivi di lavoro “*dispongano l'obbligatorietà non della iscrizione all'ente bilaterale, quanto il riconoscimento al prestatore di lavoro, per quei datori di lavoro che non vogliano aderire al sistema bilaterale, di analoghe forme di tutela (per esempio una assistenza sanitaria o una previdenza integrativa) anche attraverso una loro quantificazione in termini economici (...) In questa diversa ipotesi, l'obbligatorietà della tutela (...) va, infatti, correttamente riferita alla parte economico-normativa del contratto collettivo, avendo efficacia sul contenuto delle situazioni di diritto che regolano il rapporto individuale di lavoro tra l'impresa (...) e ciascuno dei propri dipendenti. Ciò del resto in coerenza con la funzione social-tipica della parte economico/normativa del contratto collettivo di realizzare ex artt. 3 e 36 Cost. – una disciplina uniforme dei rapporti individuali di lavoro di una determinata categoria o gruppo professionale*” (598). Secondo il Ministero, quindi, in questi casi, il lavoratore matura un diritto di natura retributiva; di conseguenza, anche se il datore di lavoro non appartiene al sistema di rappresentanza che ha sottoscritto il contratto, deve comunque garantire le prestazioni dei fondi al lavoratore o elargire una somma sostitutiva.

La sottoscrizione di questo protocollo segna quindi la conclusione di una “storica avversità” dei Consulenti del Lavoro alla bilateralità e il superamento del dibattito sorto attorno al suo inquadramento nel contratto collettivo. Infatti, con le organizzazioni sindacali, l'ANCL si è impegnata ad approfondire, attraverso la costituzione di un gruppo di studio, il tema della bilateralità per poter generare un confronto costruttivo con le organizzazioni sindacali, al fine di supportare i professionisti che quotidianamente sono chiamati ad applicare le disposizioni dei contratti collettivi. L'ANCL provvederà inoltre a coinvolgere tutte le Unioni Provinciali per raccogliere informazioni circa le problematiche inerenti allo sviluppo della bilateralità nelle aziende assistite dai Consulenti iscritti all'Associazione, in modo da poterle sottoporre all'attenzione delle organizzazioni sindacali per poterne risolvere le criticità.

Infine, un comune intento delle parti sottoscriventi il protocollo lo si registra anche in materia di contrasto al *dumping* contrattuale. L'ANCL, infatti, si è impegnata con Fiom, Fim e Uilm a portare avanti le iniziative di contrasto ad articolati sistemi di intermediazione di manodopera – presenti in diverse aree del paese – facenti ricorso ai c.d. *contratti pirata*, mirati a realizzare un abbattimento del costo del lavoro pari al 40% e a generare così una sorta di terzizzazione del personale in diversi settori produttivi.

L'impegno ultradecennale dell'ANCL ad aprire il confronto con le organizzazioni sindacali sui molteplici istituti della contrattazione collettiva potrebbe quindi rappresentare il superamento definitivo di un “pregiudizio” che ha colpito la professione agli inizi degli anni Novanta, quando, con il proliferare di sistemi contrattuali paralleli, tanto i commenti della stampa che quelli della più autorevole dottrina, individuavano

598 Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circolare n. 43 del 15 dicembre 2010.

nel consulente del lavoro la “mente” ideatrice dei c.d. *contratti pirata* (599). Superamento dovuto anche grazie ad una chiara posizione presa dall’ANCL rispetto al problema, attraverso una pubblica denuncia alle autorità competenti (Ministero del Lavoro e Ispettorato Nazionale del Lavoro) della persistenza ancora oggi nel mercato del lavoro di sofisticati sistemi di intermediazione di manodopera che fanno ricorso – per abbattere il costo del lavoro e alterare la concorrenza – alla contrattazione pirata (600).

⁵⁹⁹ Di questo approccio se ne trova traccia nei contributi di A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, op. cit.; G. PERA, *Note sui contratti collettivi “pirata”*, op. cit.

⁶⁰⁰ Di tale denuncia, se ne può prendere visione sul sito *web* dell’ANCL, www.anclsu.com.

CAPITOLO V

PROSPETTIVE PER UN RINNOVATO COLLEGAMENTO TRA ORDINAMENTO STATUALE E ORDINAMENTO INTERSINDACALE PER LA TUTELA DELLA PERSONA CHE LAVORA

La nuova impostazione metodologica si esprime anzitutto nel rifiuto di considerare il giurista come un esegeta della legislazione statale esistente, e nella proposta di considerarlo, al contrario, un inventore di strumenti concettuali adatti alle esigenze della materia da disciplinare.

G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milano, 1972, ed. Comunità, p. 84.

Sommario: 1. Conclusioni ed esiti della ricerca. La funzione della consulenza come raccordo tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale alla luce dell'attuale sistema normativo. – 2. *Segue:* la funzione della consulenza come rappresentanza degli interessi delle imprese. Critica. – 3. *Segue:* la funzione della consulenza nell'odierno mercato del lavoro.

1. Conclusioni ed esiti della ricerca. La funzione della consulenza come raccordo tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale alla luce dell'attuale sistema normativo.

All'esito di questa articolata indagine, è necessario giungere a delle conclusioni che ci consentano di tracciare un quadro sistematico ed unitario rispetto alla problematica che abbiamo messo in luce in apertura di questo studio. Obiettivo di questa ricerca era quello di individuare nel consulente del lavoro un nuovo "canale di collegamento", o meglio, un raccordo sul piano sostanziale e applicativo tra l'ordinamento statale e l'ordinamento intersindacale, entrato in crisi a seguito dell'ampia diffusione della *contrattazione pirata*.

È stato evidenziato come questo canale, costantemente aperto ed esplorato dalla funzione svolta dalla giurisprudenza, sia entrato ampiamente in crisi, tanto per ragioni di carattere pragmatico, tanto per ragioni di carattere giuridico. Infatti, le diverse pronunce

contrastanti della giurisprudenza sulla vincolatività dei contratti collettivi ritenuti legittimi ai fini della loro applicazione e ai fini dell'attuazione delle deleghe e delle deroghe disposte dalla legge, hanno complicato notevolmente il quadro a tal punto da consentire ad organizzazioni con scarsa rappresentatività (intesa come scarsa *effettività* dell'attività di contrattazione) di autolegittimarsi ai diversi operatori del mercato del lavoro.

In questa crisi, quindi, abbiamo compiuto lo sforzo anzitutto di immaginare che l'*effettività* del diritto non debba trovare necessariamente la sua massima espansione nel conflitto giudiziario; inoltre, abbiamo cercato di individuare all'interno dell'ordinamento un soggetto istituzionale che, da una diversa prospettiva, anche in termini di prevenzione, potesse assicurare la corretta applicazione delle fonti di legge che presidiano e governano i diritti delle imprese e dei prestatori di lavoro, creando una rete di connessioni tra l'autonomia individuale e quella collettiva non attraverso l'impostazione metodologica (limitata) del diritto privato, prediletta dalla giurisprudenza – che vede nella teoria della rappresentanza l'unico mezzo in grado di garantire la salvezza dell'attuale sistema rispetto all'art. 39 Cost. – ma attraverso il recupero del principio maggioritario, insito nel criterio della rappresentatività sindacale comparata, che oramai governa in modo cospicuo il rapporto tra legge e contratto collettivo (601). L'applicazione del principio maggioritario, infatti, risulterebbe essere in sintonia con la ricostruzione del fenomeno della contrattazione collettiva in un'ottica costituzionalmente orientata, cioè quale espressione dell'esercizio democratico della sovranità popolare (cfr. Cap. II, Sez. II, § 1).

Sul punto, senza incorrere in un eccesso di zelo, è opportuno anche fare presente che potrebbero essere ritenuti (forse) superati quei dubbi circa la assoluta incertezza e vulnerabilità della nozione di rappresentatività comparata (602) poiché gli sforzi di diversi soggetti pubblici (INPS, INL) e privati (le confederazioni sindacali) sembrano indirizzati a dare attuazione al principio maggioritario e democratico più volte richiamato, pur senza intaccare il nucleo originario dell'autonomia collettiva attraverso l'attuazione dell'art. 39 Cost. In altre parole, a dare attuazione, “corpo” e “forma” al criterio della rappresentatività comparata non sarebbe stato lo Stato-legislatore ma lo Stato-amministrazione, quale soggetto sempre più attivo nelle attività di tutela della legislazione sociale, nel caso specifico attraverso il supporto all'attuazione del Testo Unico della Rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014 (cfr. Cap. III, Sez. I, § 4).

Il consulente del lavoro si è così rivelato essere l'unico soggetto istituzionale che per ragioni giuridiche legate al compito che la legge gli affida (cfr. art. 1 della legge n. 12 del 1979) possa contribuire ad una corretta applicazione dei contratti collettivi, in particolar modo in quelle dimensioni produttive a bassa sindacalizzazione, ove l'ordinamento intersindacale non può mostrare tutta la sua autosufficienza.

⁶⁰¹ Su questi aspetti, si rinvia all'ampio studio di P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, op. cit., spec. p. 262 e 279.

⁶⁰² Sul punto, v. sempre P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, op. cit., spec. p. 279.

L'individuazione di questo nuovo soggetto istituzionale che possa realizzare un raccordo tra i due ordinamenti non è frutto di una teoria funzionalizzata all'esigenza di dare risalto alla prassi; piuttosto, è una ricostruzione che trova il suo fondamento giuridico nell'art. 1 della legge n. 12 del 1979 in quanto è in essa che il legislatore impone l'obbligo di rintracciare i giusti criteri ermeneutici per applicare le fonti che presidiano la regolazione del mercato del lavoro. Torna ad essere ancora attuale (e per certi versi illuminante rispetto ai tempi) l'intuizione di A. Supiot quando, in un celebre studio, mise in evidenza lo scarso successo degli arbitrati e la crescente tendenza dei lavoratori e dei datori di lavoro a rivolgersi al sapere dei consulenti (*expertise*) per risolvere i problemi "irritanti" del diritto del lavoro – e cioè l'applicazione e la continua adattabilità delle regole al contesto – così da evitare l'intervento del giudice ⁽⁶⁰³⁾. Come rilevava il giuslavorista francese, scopo del consulente sarebbe stato quello di «definire il bene comune in un modo sufficientemente obiettivo da ottenere l'adesione di tutte le parti», diventando così una figura a presidio della legittimità delle decisioni prese all'interno dell'impresa.

Peraltro, è emerso che lo svolgimento di questa funzione, in coerenza con i principi costituzionali (Cap. II, Sez. II) e con l'accettazione di quella che è la realtà di fatto, ossia che vi è un ordinamento intersindacale che di fatto riesce ad imporre le sue regole al 90% della forza lavoro (cfr. Cap. III, Sez. I, § 4), consente all'ordinamento di contrastare e di ridurre il più possibile il fenomeno del *dumping contrattuale*.

2. *Segue*: la funzione della consulenza come rappresentanza degli interessi delle imprese. Critica.

In dissonanza con quanto preliminarmente rilevato (cfr. Cap. I, § 4) circa l'assenza di una terzietà nell'esercizio della professione di consulente del lavoro, l'indagine, muovendosi lungo la direttrice di capire se questa figura professionale aspirasse a rappresentare parte del mondo produttivo o al contrario mirasse a rivestire un ruolo diverso all'interno del mercato del lavoro, ha in realtà svelato che, sebbene in un tempo passato il consulente del lavoro abbia aspirato ad assumere un ruolo di rappresentanza, oggi sembra essere decisamente proiettato verso un ruolo di terzietà, di garante della regolarità dei rapporti di lavoro da un punto di vista giuridico. E questa proiezione, in realtà, non è solo frutto di un dato di fatto ma è anche espressione della *voluntas legis* in quanto in più disposizioni di legge il consulente del lavoro è chiamato a tutelare gli interessi di entrambe le parti e non solo quelle del datore di lavoro (cfr. Cap. I, § 2). La traccia più significativa di questa tendenza è stata rilevata in relazione all'attuale normativa che disciplina la presentazione delle dimissioni (cfr. Cap. I, § 2) laddove l'art. 26 comma 4 del d.lgs. n. 151 del 2015 prevede che la trasmissione delle stesse «può avvenire», oltretutto tramite una serie di soggetti ritenuti terzi rispetto alle parti del

⁶⁰³ A. SUPIOT, *Critica del diritto del lavoro*, 1996, ed. Teleconsul, p. 281.

rapporto o comunque a tutela del lavoratore (patronati, organizzazioni sindacali, sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro, enti bilaterali, commissioni di certificazione), anche tramite i «consulenti del lavoro». L'accostamento della professione ai soggetti istituzionali elencati dalla norma manifesterebbe l'idea del legislatore circa la professione di consulente del lavoro; non un professionista qualsiasi, non un mero rappresentante del datore di lavoro ma una professione posta a presidio della corretta applicazione della normativa e di supporto alla Pubblica Amministrazione. Peraltro, questa prospettiva risulterebbe rafforzata anche dalla *ratio* della riforma della procedura per la presentazione delle dimissioni.

La “via telematica” è stata scelta proprio per fermare la tragica espansione delle c.d. dimissioni in bianco (cioè di dimissioni firmate, anche in fase di assunzione, senza alcuna indicazione della data e utilizzate successivamente dal datore di lavoro al momento “opportuno”). Deve essere ritenuta significativa, allora, la scelta del legislatore di affidare al consulente del lavoro un presidio di tale portata, proprio in relazione al suo ruolo di soggetto terzo rispetto alle parti del rapporto. La scelta è parsa così decisa e sicura che, come ricordato, il Ministero del Lavoro ha escluso che laddove la norma (art. 26, comma 4 del d.lgs. n. 151 del 2015) faccia riferimento al consulente del lavoro, possano essere ricomprese tutte le figure professionali simili (commercialisti e avvocati) (604). Come ricordato, infatti, tutti i protocolli sottoscritti tra organizzazioni sindacali e professionisti che non siano consulenti del lavoro sono da ritenersi inefficaci (cfr. Cap. II, Sez. I, § 6.2. e 7). È, dunque, da ritenersi contestabile l'assunto in base al quale il consulente del lavoro rappresenterebbe esclusivamente gli interessi del datore di lavoro cliente.

Ulteriori argomentazioni a sostegno della decostruzione di questo assunto possono essere sviluppate per contestare l'idea che il consulente del lavoro non svolgerebbe in esclusiva la propria professione, come invece dovrebbe essere se svolgesse un ruolo istituzionale e terzo, in quanto lo stesso ruolo sarebbe svolto da altri professionisti e anche dai dipendenti delle associazioni datoriali ai quali non viene riconosciuta terzietà. In realtà, lo svolgimento della consulenza del lavoro non è così immediato: non basta, infatti, essere abilitato alla professione di avvocato o di commercialista per poter esercitare anche l'attività di consulenza, essendo necessario denunciare l'esercizio di questa attività specifica all'Ispettorato del Lavoro. Denuncia che invece non è necessario formulare per i consulenti del lavoro abilitati ai sensi dell'art. 9 della legge n. 12 del 1979 (605).

La necessità di palesarsi, per gli altri professionisti, all'autorità rende l'idea di come sia considerato importante l'esercizio di questa professione e quale funzione sociale svolge nel mercato del lavoro. In questa prospettiva, può essere spiegata anche l'interesse della giurisprudenza a specificare i contorni della riserva posta dalla legge n.

⁶⁰⁴ In tal senso, si è pronunciato il Ministero del Lavoro con l'interpello n. 24 del 30 dicembre 2016 proposto da Confimi in materia di dimissioni.

⁶⁰⁵ Cfr. Nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 32 del 15 febbraio 2018.

12 del 1979, sanzionando diversi casi di abusivismo professionale (cfr. Cap. II, Sez. I, § 6.1.).

Semmai, la compromissione della terzietà del consulente del lavoro è la diretta conseguenza di una volontà politica del legislatore di non aver voluto riservare fino in fondo l'attività di consulenza esclusivamente a questo professionista, esponendolo al feroce mercato dei servizi alle imprese, conteso oltretutto con ulteriori figure professionali (commercialisti e avvocati), anche con le associazioni di categoria (cfr. Cap. II, Sez. § 4).

Inquadrando la funzione professionale in un più ampio contesto, è possibile rilevare che anche se nella maggior parte dei casi il consulente del lavoro venga compensato dal datore di lavoro, ciò non toglie che il suo operato debba essere conforme a dei principi di diritto espressi dall'ordinamento; come è da negare l'idea che il rapporto con la clientela si sostanzi in una vera e propria subordinazione all'interesse da questa espresso.

Sebbene, come rilevato da W. Tousijn (606), sia in atto un processo di allentamento della tradizionale "dominanza" dei professionisti (definiti anche "padroni della conoscenza") sul committente, come conseguenza della perdita di credibilità e di autorevolezza delle procedure e delle decisioni istituzionali, accentuata anche dalla tendenza all'attrazione del professionista nella sfera delle attività organizzate dal committente stesso, ciò non toglie che il consulente del lavoro risponda ad una specifica funzione individuata dal legislatore, anche nel rispetto degli interessi pubblici che intende tutelare.

Per far emergere questo aspetto, adottando la classificazione di W. Tousijn (607) delle libere professioni, quella del consulente del lavoro andrebbe ascritta tra le *professioni burocratiche semi-private* in quanto il luogo di lavoro è privato (cioè il proprio studio professionale) ma la clientela è assicurata dallo Stato in misura sostanziale perché, conformemente a quanto previsto dalla legge n. 12 del 1979, il datore di lavoro sarebbe obbligato a scegliere tra la libertà di curare da sé (o attraverso i propri dipendenti) gli adempimenti in materia di lavoro o, in alternativa, affidarli ad un intermediario qualificato e abilitato secondo la legge (cfr. art. 9 della legge n. 12 del 1979).

In questa prospettiva, la professione del consulente svolgerebbe una funzione "riflessiva", laddove lo Stato non potendo assicurare supporto al datore di lavoro nel corretto adempimento individua, attraverso un esame di stato e il conseguimento di un'abilitazione, un professionista che può intervenire a supporto dell'adempimento (608).

606 W. TOUSIJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, op. cit.

607 W. TOUSIJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, op. cit.

608 Per l'esercizio di certe professioni intellettuali, lo Stato richiede la verifica di determinati requisiti (il praticantato, l'esame di stato, l'iscrizione ad un albo). Questi assolvono ad una funzione di garanzia sociale e di tutela dell'interesse pubblico. Realizzerebbero quindi interessi privati ma in collegamento e nel rispetto degli interessi dello Stato. In questa prospettiva, v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, op. cit.

In un certo senso è lo Stato stesso che proietta il ruolo dei consulenti del lavoro nell'esercizio di un'attività professionale di sussidio alla Pubblica Amministrazione, non solo nell'interesse del cliente ma anche nell'interesse dello Stato stesso, consapevole del bisogno di effettività e certezza del funzionamento del sistema giuridico del lavoro. Pertanto, la sovrapposizione di elementi pubblicistici e privatistici inerenti alla funzione dell'attività è costante. La natura delle libere professioni, infatti, si è sempre divisa tra una prospettiva "professionale" e una "istituzionale", di cui la prima è utile a rispondere in modo qualificato alla domanda del servizio richiesto; mentre nella seconda, si mostra e si atteggia quale organo integrativo della funzione pubblica.

La prospettiva che vede il professionista agire anche nell'interesse di una tutela più ampia di quella connessa al singolo rapporto con il cliente emerge nella riflessione giuridica anche in relazione ad altre professioni. Alcune di queste, infatti, anche se riconducibili nell'ambito delle professioni intellettuali, devono nell'esecuzione della prestazione bilanciare gli interessi propri (cioè al guadagno) con quelli espressi dalla collettività, nonché dall'ordinamento.

Un esempio di quanto appena detto è rappresentato dalla professione del farmacista, che deve gestire «la farmacia non sulla scorta di obiettivi meramente economici e lucrativi, ma anche in un'ottica professionale, ispirata dall'intento di assicurare modalità di vendita coerenti con la funzione dei prodotti e con la protezione della salute, evitando che l'acquisto dei medicinali possa essere influenzato da ragioni diverse da quelle della loro necessità ai fini terapeutici». Pertanto, «l'interesse privato, collegato alla finalità di lucro dell'imprenditore, viene, dunque, temperato dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità che egli assume, considerato che una violazione eventuale delle disposizioni di legge e deontologiche comprometterebbe, oltre al valore dell'investimento, la vita professionale» (609).

Il farmacista, dunque, nella sua qualità di operatore sanitario è comunque tenuto al rispetto «del dovere di collaborazione con autorità ed enti sanitari» per il raggiungimento di determinati obiettivi istituzionali, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e più in generale la garanzia di un maggiore livello di efficacia del Sistema Sanitario Nazionale (610). In questa prospettiva, la natura professionale e commerciale dell'attività finisce per assumere un rilievo del tutto marginale.

In una logica simile, viene inquadrata dal legislatore anche la professione di revisione legale, volta a tutelare interessi anche di rilevanza pubblica, non risolvendosi il suo incarico nel soddisfare gli obiettivi che si esauriscono nella compagine sociale (611). Il revisore legale infatti viene istituito per tutelare gli interessi non della società gli

609 G. MUSOLINO, *La responsabilità del farmacista fra professione e impresa*, in *RCP*, 2019, n. 5, p. 1506 e ss., spec. 1509. Anche la giurisprudenza, nazionale e comunitaria, pronunciatisi in materia si pone in quest'ottica: Corte Giust. Ue, Grande Sez., 19 maggio 2009, n. 531; TAR Calabria, Reggio Calabria, 9 maggio 2012, n. 333; TAR Lombardia, Sez. III, 22 marzo 2012, n. 887.

610 G. MUSOLINO, *La responsabilità del farmacista fra professione e impresa*, op. cit., p. 1513.

611 L. MIOTTO, *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, in *RS*, 2018, n. 2, p. 433 e ss.

conferisce l'incarico ma a garanzia dei soggetti terzi che operano nel mercato e dello Stato, che ha interesse allo sviluppo di un mercato concorrenziale genuino. Il giudizio sul bilancio della società non deve essere reso solo in ottemperanza ai principi della revisione ma tenendo anche presente che questo potrà essere fruito da soci o da terzi per assumere determinate decisioni. Si è in presenza dunque di una professione che si muove lungo l'intreccio di «interessi interni ed esterni, fra dimensione privata e pubblica» (612).

A fronte, allora, di questa impostazione, è possibile ritenere che non si deve rinunciare all'assioma che vede il consulente del lavoro quale figura istituzionale terza ma, al contrario, se ne dovrebbe rimarcare ancora di più il ruolo alla luce degli obiettivi costituzionali che questo è chiamato a raggiungere: la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.); la tutela del lavoro in tutte le sue forme e la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori (art. 35 Cost.); i diritti di natura economica (art. 36 Cost.); la garanzia dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale pubblico con la finalità di garantire ai cittadini mezzi adeguati per il sostentamento (art. 38 Cost.); la tutela della libertà sindacale intesa come mezzo di autotutela nel conflitto tra capitale e lavoro (art. 39 Cost.); la libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) (cfr. Cap. II, Sez. II, § 4).

Di non secondaria importanza, tuttavia, è la presenza del professionista nei processi di negoziazione degli accordi collettivi ai diversi livelli (cfr. Cap. IV, Sez. II). In particolare, risalta la funzione che egli svolge come assistente tecnico che, anche se incaricato professionalmente dal datore di lavoro, spiega comunque il suo agire nell'interesse di entrambe le parti. La prova di quanto asserito risiede negli accordi di prossimità analizzati (cfr. Cap. IV, Sez. II, § 4.1), nella misura in cui il consulente del lavoro si è confrontato con le organizzazioni sindacali concretamente portatrici di interessi collettivi del settore, scongiurando quindi il ricorso ad accordi di flessibilità negoziati con organizzazioni compiacenti o di scarsa rappresentatività, che non avrebbero difeso e rappresentato adeguatamente gli interessi dei lavoratori. In molti di questi accordi, infatti, vi sono delle concessioni temporanee di flessibilità a fronte di un riconoscimento futuro di stabilizzazione delle maestranze occupate con contratti di lavoro c.d. atipici.

È (forse) anche un maggior accrescimento della diffusione della contrattazione collettiva aziendale ad aver spinto il consulente del lavoro ad abbandonare il "bisogno" di creare e promuovere contratti collettivi "paralleli" a quelli già vigenti poiché attraverso il negoziato aziendale è possibile operare quegli aggiustamenti e rispondere a precisi bisogni di regolazione, non emersi in fase di negoziazione del contratto

⁶¹² L. MIOTTO, *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, op. cit., p. 480.

nazionale dove la tensione tra le diverse realtà produttive, per dimensione, per mercato e caratteristiche, è permanente (613).

3. *Segue: la funzione della consulenza nell'odierno mercato del lavoro.*

La funzione del consulente del lavoro, valutata nel suo complesso ed anche alla luce dell'attuale situazione in cui versa il sistema della rappresentanza sindacale italiana (cfr. Cap. III, Sez. I, § 4), ci induce a ritenere che questi – nelle more che il parlamento decida di intervenire con una legge sindacale a regolare la rappresentanza sindacale – può garantire la tenuta di un modello regolativo la cui matrice non è solo statalista ma è anche frutto di autoregolamentazione spontanea. E la necessità che esso continui ad operare in questo senso è ancora più rilevante se si tiene in debita considerazione che attualmente la tecnica regolativa che vede legge e contratto collettivo combinarsi in base al criterio della rappresentatività (effettiva) sta invadendo anche il campo del lavoro autonomo (614).

Alla prospettiva di contrastare il *dumping* rivalorizzando la figura professionale che più di tutti ha contribuito ad originare il problema, potrebbe essere in una certa misura prospettata la soluzione di una legge in materia sindacale. Chi propone però questo tipo di soluzione non tiene conto di alcuni aspetti critici che un intervento così marcato potrebbe comportare. Tra i primi, come evidenziato dalla recente dottrina, è stata annoverata la parvenza di una deriva oligarchica del sistema di relazioni industriali qualora il legislatore decida di certificare per legge quali siano i sindacati più rappresentativi. Non vi sarebbe dubbio che chi ne uscirebbe vincitore sarebbe la colazione sindacale che oggi ha il più alto tasso di copertura nel mercato del lavoro; ma, per l'appunto, questo potrebbe condurre a ritenere che il processo di autolegittimazione si sia indebolito e che l'ordinamento intersindacale si sia "rifugiato" nella legittimazione della legge per poter sopravvivere. Questa tendenza, in realtà, è sempre rimasta sullo sfondo dell'agire "politico" di alcune organizzazioni in Italia, riaffiorando, spesso, nelle fasi di crisi dell'unità sindacali. In altri termini, accanto al conflitto "storico" tra gli antagonisti "tipici" del processo di regolazione del lavoro (associazioni datoriali e sindacali), è stato sempre riscontrato, sia pure con le sue variabili storiche, un altro tipo di conflitto: quello della concorrenza tra organizzazioni sindacali per l'egemonia e il monopolio rappresentativo dei lavoratori (615).

Secondariamente, andrebbero compresi i perimetri entro i quali andare a misurare la rappresentatività, e cioè i settori merceologici. Ma anche in questo caso l'operazione sembrerebbe tutt'altro che semplice. Nell'epoca in cui il lavoro di produzione dei beni e dei servizi è caratterizzato da una forte dinamica innovatrice che porta ad una variazione

613 V. sempre U. PROSPERETTI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, op. cit., p. 4.

614 V. di recente, P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, op. cit.

615 P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, op. cit., spec. p. 216.

costante sia delle tecniche di produzione sia, soprattutto, dei prodotti, il concetto di “settore merceologico” inizia a diventare uno strumento obsoleto, maggiormente se imposto per legge. Ed è concreto il rischio che si proietti in un dato normativo qualcosa che non corrisponde alla realtà.

Pertanto, agire ancora una volta attraverso lo strumento pervasivo della legge, potrebbe essere comunque insufficiente ai fini dell’effettività delle tutele, in particolare in quei territori dove la vera debolezza del lavoratore non risiede nella relazione con il datore di lavoro ma nel territorio, per mancanze di alternative lavorative che gli consentano di sopravvivere (616).

Sostanzialmente, dunque, questo compito non può che essere lasciato liberamente alle parti che effettivamente agiscono quotidianamente nelle dinamiche del mercato del lavoro. Ciò che invece ci si può limitare a fare sul piano normativo, è quanto proposto recentemente dal CNEL ai sensi dell’art. 99, comma 3 Cost. Infatti, il d.d.l. n. 1232 mira a “codificare” quanto già nella prassi è stato fatto in accordo con l’INPS, ossia attraverso un confronto degli archivi e attraverso un incrocio dei codici alfanumerici ai quali corrispondono i contratti collettivi stipulati, rilevare quali sistemi di relazioni industriali godono di una effettività intesa quale copertura effettiva di lavoratori e aziende (cfr. Cap. III, Sez. I, § 4) (617). In questa prospettiva, gli enti si limiterebbero a catalogare ciò che i consolidati sistemi di relazioni industriali negoziano.

Un’alternativa, invece, potrebbe essere quella di utilizzare i codici ATECO 2007 per poter stabilire i perimetri entro cui misurare la rappresentatività, onde evitare la pervasività della legge nel sistema endosindacale (618). Così il consulente potrebbe agevolmente individuare il contratto collettivo qualificato in quanto i *software* utilizzati dal professionista per gestire la regolarità retributiva e contributiva delle imprese contengono dei meccanismi “intelligenti” in grado abbinare al codice alfanumerico l’intero quadro normativo di riferimento.

Peraltro, tenuto conto dell’avvio del processo di certificazione convenzionale che le parti sociali stanno sostenendo per poter stabilire con criteri e dati certi la rappresentatività delle organizzazioni sindacali attraverso le convenzioni del 19 e del 24

⁶¹⁶ P. TOMASSETTI, *Contrattazione collettiva, sostenibilità del lavoro e concorrenza nel mercato globale, oggi, Verso un nuovo contratto sociale?*, in G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI (a cura di), *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, op. cit., pp. 30-31.

⁶¹⁷ Il disegno di legge è composto da un solo articolo suddiviso in tre commi: «1. Il Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro (CNEL), in cooperazione con l’Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), definisce il codice unico di identificazione dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro nazionali depositati e archiviati, attribuendo una sequenza alfanumerica a ciascun contratto o accordo collettivo. 2. A far data dall’entrata in vigore della presente legge, il codice alfanumerico di cui al comma 1 è denominato «codice CCNL», anche ai fini di cui all’articolo 1, comma 1, del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389. 3. Il codice CCNL è altresì inserito dall’INPS nella disciplina relativa alla compilazione digitale dei flussi delle denunce retributive e contributive individuali mensili, con relativo obbligo del datore di lavoro di indicare per ciascuna posizione professionale il codice CCNL riferibile al contratto o accordo collettivo applicato.

⁶¹⁸ F. SIOTTO, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, op. cit., p. 311 e ss.

settembre 2019 sottoscritte da INPS, INL, Confindustria, Confapi, Cgil, Cisl e Uil, determinante sarà il compito del consulente del lavoro in quanto sarà quest'ultimo – laddove il datore di lavoro non sia dotato di personale interno all'impresa preposto al compito – a comunicare il codice attribuito al contratto collettivo applicato e il codice identificativo dell'organizzazione sindacale alla quale i dipendenti aderiscono attraverso la compilazione del modello UniEmens e quindi utilizzando la documentazione per la denuncia contributiva. Inoltre, il consulente dovrà anche comunicare il numero complessivo dei lavoratori che all'interno dell'impresa aderiscono all'organizzazione sindacale, il numero degli iscritti appartenenti all'unità produttiva con più di quindici dipendenti e rilevare anche se all'interno dell'impresa vi siano rappresentanze sindacali aziendali o meno. Questa rilevazione consente di consegnare agli organi ispettivi una proiezione costante di quella che è l'attività sindacale e la consistenza effettiva della rappresentatività delle organizzazioni.

BIBLIOGRAFIA

Aa. Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, 2002, ed. Giuffrè, Milano

AA. VV., *Le regole del gioco. Rappresentatività e pluralismo sindacale*, 2004, Edizioni Lavoro

A. ABBOTT, *The system of professions: an essay on the division of expert labour*, University of Chicago Press, 1988

P. AMSTRONG, *Changing management control strategies: the rate of competition between accountancy and organisational professions*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 10, n. 2, 1985

A. ASNAGHI, *Centri di categoria e assistenza lavoristica: un commento alla sentenza della Cassazione penale n. 9725/2013*, in *Bollettino Adapt*, 19 marzo 2013

P.G. ALLEVA, *Accordi di concertazione e Corte costituzionale*, in *DLRI*, 1987, p. 165 e ss.

I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, ed. Jovene, 2018

F. BACCHINI, *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II parte speciale)*, in *ADL*, 2017, n. 4-5, p. 1008 e ss.

L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *RTDPC*, 2017, n. 4, p. 1127 ss.

M.V. BALLESTRERO, *Otto Kahn-Freund e il pluralismo degli italiani*, in G.G. BALANDI, S. SCIARRA (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro*, 1982, Roma, ed. Edizioni Lavoro

M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, n. 1, 1989, p. 357 ss.

M. BARBERA, *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – n. 293/2016

- M. BARBIERI, *Il testo unico alla prova delle norme giuridiche*, in *DLRI*, 2014, n. 143, p. 577 e ss.
- M. BEHRENS, M. HELFEN, *Small change, big impact? Organisational membership rules and the exit of employers' associations from multiemployer bargaining in Germany*, in *Human Resource Management Journal*, 2019, n. 29, p. 51 e ss.
- L. BELLARDI, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *LD*, 2016, n. 4, p. 949 e ss.
- L. BELLARDI, *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 2016, n. 3, p. 403 e ss.
- A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, 2002, ed. Giappichelli
- A. BELLAVISTA, *La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 55/2007
- P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, 1998, ed. Cedam, Padova
- M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, ed. Giuffrè, 2012
- S. BINI, *Sull'effettività della tutela giurisdizionale del lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, Working Paper dell'Università di Santiago De Compostela, n. 2:1-13, vol. 23, dicembre 2014
- N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, Edizioni di Comunità
- N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, ed. Giappichelli
- R. BOWLES, *Laws and Economy*, Oxford, 1982
- M. BROLLO, *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, in *ADL*, 2014, n. 6, p. 1245 e ss.
- M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, p. 566 e ss.
- G. BUSCEMA, *Consulenti del lavoro e CED: il Consiglio di Stato traccia i confini*, 31 gennaio 2015, in *Quotidiano Ipsosa*

- F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *PL*, 2001, p. 543 e ss.
- V. CAGNIN, *Crisi e diritto del lavoro: la via della sostenibilità*, working paper, dattiloscritto, 2012
- P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, ed. Laterza, Bari, 2013
- L. CALCATERRA (a cura di), *La norma inderogabile e altri scritti scelti. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, vol. III, ed. ESI, 2018
- P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000, ed. Giuffrè
- B. CAPONETTI, *La rappresentanza datoriale: questioni e prospettive*, in *LLI*, vol. 2, n. 4, 2018, vol. 2, n. 4
- M. P. CAMUSI, *Accompagnare il processo di certificazione della qualità*, in *Atti del Congresso Nazionale dei Consulenti del Lavoro. Consulenti del Lavoro con la qualità per una professione europea*, 1999, ed. Buffetti, pp. 252-271
- F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 1928, Padova
- A. R. CARUSO, P. RAUSEI, *ASSE.CO. al via: ma è vera asseverazione?*, in *Bollettino Adapt* 18 gennaio 2014
- B. CARUSO, *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, 2016, n. 2, p. 177 e ss.
- B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – .IT, 2017, n. 326
- B. CARUSO, *“Costituzionalizzare” il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicistica*, in *LD*, 2014, p. 595 e ss.
- B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell’ordinamento dell’Unione europea*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 87/2011
- C. CASADEI, *I terzisti dallo stipendio dimezzato*, in *Il Sole 24ore*, 3 maro 2018
- A. CATAUDELLA, M. DELL’OLIO, *Il lavoro e la produzione*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, ed. Laterza, 1974, p. 225 e ss.

A. CATAUDELLA, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *RTDPC*, 2008, p. 61 e ss.

F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto sindacale*, ed. Utet, Torino, 2013

A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, ed. Rubbettino, 2013

C. CAVAGNANI, E. CALDARA, voce *Avvocati e Procuratori*, in *Digesto italiano*, cap. IV, p. II, Torino, ed. Utet, 1899, p. 621 e ss.

G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, *LD*, 2015, n. 3, p. 491 e ss.

G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 471 e ss.

G. CENTAMORE, *La giusta retribuzione nell'art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice*, in *RGL*, 2019, n. 2, p. 274 e ss.

J. COMMONS, *Institutional Economics*, New York, 1934

L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, ed. Il Mulino, Bologna, 2014

C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Relazione presentata alle *Giornate di studio AIDLASS 18-19 aprile 2008*, Modena, dattiloscritto

G. COSTA, *Economia e direzione delle risorse umane*, ed. Utet, Torino, 1990

G. COSTA, M. GIANECCHINI, *Risorse umane. Persone, relazioni e valore*, ed. McGraw-Hill, 2013

N. CRISCI, G. BONIFACIO, *Lavoro – Consulente del*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, 1963, ed. Utet, Torino

M. DAMIANI, *Crisi ai consulenti del lavoro*, in *ItaliaOggi*, 12 gennaio 2019

G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, ed. Oxford University Press

M. D'ANTONA, *L'anomalia postpositivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, p. 207 e ss.

M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro*, 1990, ed. ESI

M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 529 ss.

M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 469 e ss.

M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 665 e ss.

M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in G. GHEZZI (a cura di), *Massimo D'Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, ed. Ediesse, Roma, 2000

M. D'ANTONA, *Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto dei Lavoratori*, in G. GHEZZI (a cura di), *Massimo D'Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, ed. Ediesse, Roma, 2000

S. DEAKIN, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, paper in www.queensu.ca

R. DE LUCA, *La consulenza del lavoro ai consulenti del lavoro*, in *Gli Approfondimenti della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro*, 26 gennaio 2015

R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ed. Jovene, Napoli, 1976

R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, n. 1, p. 1 e ss.

R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in AA.VV., *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Milano, 2016

F. DEGL'INNOCENTI, *Le professioni regolamentate e il consulente del lavoro nella recente evoluzione normativa*, in A. TONARELLI, S. VICIANI (a cura di), *Le professioni intellettuali tra diritto e innovazione*, ed. Pacini, 2015, Firenze

M. DELL'OLIO, *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il «dopo»)*, in *DLRI*, 1981, p. 1 e ss.

M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la «lotta per il diritto»*, in *ADL*, 1999, n. 1, p. 43 e ss.

M. DELL'OLIO, G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, 1980, ed. Cedam, Padova

R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLL*, n. 32, 2016, p. 383 e ss.

M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, 2019, ed. Editoriale Scientifica, Napoli

E. DE MARCO, *La rappresentanza sindacale in organi collegiali della pubblica amministrazione tra criterio della maggiore rappresentatività e principio pluralistico*, in *DL*, 1988, n. 3-4, p. 231 e ss.

P. DEMOUGIN, L. GOOBERMAN, M. HAUPTMEIER, E. HEERY, *Employer organisations transformed*, in *Human Resource Management Journal*, 2019, n. 29, p. 1 e ss.

P. DI MARTINO, M. VASTA, *Discovering the dark heart of Italian capitalism: a perspective from Supreme Court legal cases and business consultants' analyses (1950s-1970s)*, in *Quaderni del dipartimento di economia politica e statistica*, Università di Siena, giugno 2014, n. 698

D. L. DI SALVO, *Ragioniere e dottore commercialista: una storica diatriba tra differenziazioni ed unificazione*, dattiloscritto

A. DI STASI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nel lavoro privato*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di Diritto del Lavoro*, vol. II, G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, ed. Cedam, Padova, 2014, pp. 154 e ss.

M. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *ILJ*, 2013, vol. 42, n. 4

M. A. EISENBERG, *The nature of common law*, ed. Harvard University Press, trad. it. M. GRANIERI (a cura di), *La natura del common law*, Milano, ed. Giuffrè, 2010

- S. P. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *MGL*, 2012, n. 6, p. 440 e ss.
- M. FALSONE, *Il contratto collettivo e l'insostenibile leggerezza della sua esigibilità*, in AA.VV., *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Milano, 2016
- P. FELTRIN (a cura di), *Trasformazioni delle professioni e regolazione in Europa. Una comparazione dei mutamenti nei sistemi professionali in Francia, Germania, Italia e Regno Unito*, ed. Ipsosa, 2012
- P. FELTRIN, S. ZAN, *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali*, 2015, ed. Carocci
- M. FERRARESI, *L'incidenza della deontologia e dell'ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*, in *DRI*, 2016, n. 4, p. 1052 e ss.
- M. FERRARESI, *L'adempimento datoriale degli obblighi giuslavoristici: strumenti volontari e incentivanti tra diritto e responsabilità sociale d'impresa*, in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 443 e ss.
- G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, 1981, Cedam, Padova
- G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, QFMB, Saggi, 2011, n. 2
- D. FIORI, *Le competenze dei consulenti del lavoro in materia tributaria*, E-book Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, 2016
- R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. Autotutela degli interessi di lavoro*, 1963, ed. Giuffrè, Milano
- A.D. FLANDERS, *The Tradition of Voluntarism*, in *BJIR*, 1974, 12, p. 352 e ss.
- M. FORLIVESI, *La rappresentatività datoriale. Funzioni, modelli, indici di accertamento*, in *LD*, 2018, n. 3, p. 521 ss.
- A. GABRIELE, *I diritti sindacali in azienda*, 2017, ed. Giappichelli, Torino
- M. G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, p. 515 e ss.

- A. GLADSTONE, *Analisi comparata delle associazioni degli imprenditori: funzioni e attività*, in A. GLADSTONE, J.P. WINDMULLER (a cura di), *Le organizzazioni imprenditoriali*, Edizioni Lavoro, Roma, 1985
- F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 1991, p. 1 ss.
- F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *RTDP*, 2006, n. 2, p. 313 e ss.
- M. G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011
- G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XII, 1989
- G. GENTILE, *Il lavoro sommerso*, 2010, ed. Massa Editore
- E. GHERA, *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale*, in *RIDL*, 1988
- E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, 1996, ed. Jovene, Napoli
- E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, n. 2
- E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 2010, n. 1
- G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, II edizione, ed. Zanichelli, Bologna, 1987
- G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, Roma, 1967, dattiloscritto
- G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, ed. Giuffrè, 1977, ristampa inalterata
- G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, 1989, Bologna, ed. Il Mulino
- G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, 2001, Bari, ed. Cacucci
- D. GOTTARDI, *Significato e anomalia di un contratto*, in *LI*, 1997, n. 5

- D. GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, n. 4, p. 877 e ss.
- L. GOLZIO, *La gestione del personale nella piccola impresa: nuovi paradigmi e complessità organizzative*, in *DRI*, 1997, n. 2, p. 9 e ss.
- L. GOOBERMAN, M. HAUPTMEIER, E. HEERY, *The evolution of employers' organisations in the United Kingdom: Extending countervailing power*, in *Human Resource Management Journal*, 2019, n. 29, p. 82 e ss.
- E. GRAGNOLI, *Retribuzione e Occupazione*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2014, n. 1, p. 40 e ss.
- E. GRAGNOLI, *L'impresa illecita*, in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 341 e ss.
- M. GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*»: una formula da rimeditare, *LD*, 1997, n. 4, p. 557 e ss.
- M. GRANDI, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, *Atti del Convegno AIDLASS*, Arezzo, 1981
- P. GRECO, *La rappresentatività sindacale*, 1996, ed. Giappichelli, Torino
- R. GRECO, *Il mancato rispetto dell'art. 36, comma 1, Cost.: prassi scorretta dell'impresa illecita o sacrificio sull'altare dell'efficienza dei mercati concorrenziali?* in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 365 e ss.
- C. O. GREGORY, *Diritto nordamericano del lavoro*, ed. Giuffrè, 1954
- P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, *GC*, 2014, n. 4, p. 934 e ss.
- P. B. HELZEL, *Effettività*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, ed. WKI, 2014
- P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, tomo n. 2, Milano, 2000
- P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHELESINGER, Milano, Giuffrè, 2003
- P. ICHINO, *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, *RIDL*, 2008, n. 3, p. 407 e ss.

- P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, ed. Mondadori, 1996
- P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra i garantiti, i precari e gli esclusi*, Milano, ed. Mondadori, 2016
- P. ICHINO, *Il problema della semplificazione del Diritto del Lavoro*, in *LDE*, 2018, n. 1
- N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, ed. Laterza, Roma, 2001
- O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens&Sons, London, 1972, trad. in it. G. ZANGARI, *Il lavoro e la legge*, ed. Giuffrè, Milano, 1974
- S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, 2018, Edizioni Scientifiche Italiane
- M. LAI, *Appunti sulla bilateralità*, in *DRI*, 2006, n. 4, p. 1020 e ss.
- U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto*, ed. Liguori, 2005
- A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, 1997, n. 2, p. 261 e ss.
- A. LASSANDARI, *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, in *DLRI*, 2017, p. 2 e ss.
- V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, n. 4, p. 136 e ss.
- R. LEONI, *Il Consulente del Lavoro e le PMI. Dalla flessibilità numerica alla flessibilità organizzativa*, in *ES*, 2008, n. 1, p. 9 e ss.
- S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, 1986, Milano, ed. Giuffrè
- A. LILLA, *Contrasto all'evasione contributiva: l'INPS ricorre all'Intelligenza Artificiale Collettiva*, in *Quotidiano Ipsosa*, 8 febbraio 2019
- F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *I&S*, 1992, n. 28, p.1 e ss.

F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 23-25 maggio 1997, ed. Giuffrè, 1998

F. LISO, *Legge, autonomia collettiva e bilateralità: un caso problematico. "Eccesso di potere" del contratto collettivo?*, in *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, ed. Cacucci, Bari, 2012, p. 183 e ss.

N. LIPARI, *Per un tentativo di definizione del «diritto»*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, pp. 1987 e ss.

N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto Civile*, vol. 1, 1994, ed. Giuffrè

F. LONGOBARDI, *Nuovi ccnl per le imprese minori*, in *Il Consulente Milleottantuno*, 1996, n. 38, p. 582 e ss.

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*, ed. Giappichelli, 2004

P. LUISO, *Richiesta di informazioni alle associazioni sindacali ed ai patronati*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 497 e ss.

A. LO FARO, *Teoria autopoietiche e diritto sindacale*, in *LD*, 1993, n. 1

G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, ed. Dalloz, 1995

G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, *LD*, 2004, n. 2

F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, ed. Giuffrè, 1968

H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed. Einaudi, 1934, rist. 2000

H. KELSEN, *Il fondamento della validità del diritto*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XL, 1957, pp. 497 e ss.

H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia*, ed. Quodlibet, Macerata, 2015

M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, 2006, ed. Cedam

V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, 2008, Napoli, ed. Jovene

- V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, n. 3, p. 545 e ss.
- V. MAIO, *Il T.U. del 10 gennaio 2014 come contratto di diritto comune*, in *Giust. Civ.*, 26 gennaio 2016
- F. MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *PD*, 1970
- F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *RTDPC*, 1963
- A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2009, n. 2, p. 29 ss.
- S. MARGIOTTA, *La vigilanza pubblica sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *MGL*, 2006, n. 12
- L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *RGL*, 2008, vol. 1, p. 323 e ss.
- O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, 2001, vol. 1, p. 219 e ss.
- R. MENEGHELLI, *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e le fonti extra ordinem: spunto critico*, in *DS*, 1992, p. 254 e ss.
- L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva. Crisi e prospettive*, ed. F. Angeli, Milano, 1976, p. 33 e ss.
- L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, p. 692 e ss.
- L. MENGONI, *Diritto e valori*, 1985, Bologna, ed. Il Mulino
- L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, *RI*, 1988, n. 11
- L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, ed. Giappichelli, Torino, 1966
- L. MIOTTO, *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, in *RS*, 2018, n. 2, p. 433 e ss.
- M. MISCIONE, *Le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazioni*, in *DPL*, 1997, p. 3347 e ss.

- M. MISCIONE, V. FILÌ, *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, in *LG*, 2018, n. 2, p. 113 e ss.
- F. MODUGNO, *Le fonti normative nel diritto del lavoro*, in *Atti del Congresso Nazionale "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, ed. Caspur-Ciber, 2011, pp. 103 e ss.
- G. MORETTI, *La contrattazione collettiva «al ribasso»*, in *DRI*, 1997, n. 3
- G. MUSOLINO, *La responsabilità del farmacista fra professione e impresa*, in *RCP*, 2019, n. 5, p. 1506 e ss.
- M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, *DLRI*, 2002
- M. NAPOLI (a cura di), *Diritto del Lavoro in trasformazione*, 2014, Milano, ed. Giappichelli
- L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, ed. Cedam, Padova, 1997
- G. NOVARA, *Il contratto collettivo aziendale*, ed. Giuffrè, Milano, 1965
- M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003
- M. NOVELLA, *Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza*, in *RGL*, 2019, n. 2, p. 288 e ss.
- A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *RGL*, 2008, n. 2, p. 183 e ss.
- G. OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 2016, p. 417 e ss.
- C. ORSINI, *Come diventammo Consulenti del Lavoro*, ed. Fondazione Nazionale Cesare Orsini, Venezia, 2000
- M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *RGL*, 2008, vol. 2, p. 3 e ss.
- A. PAONE, *Scelta del contratto da applicare al rapporto di lavoro: criticità*, in *DPL*, 2017, n. 44, pp. 2678 e ss.

- V. PAPA, *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, ed. Giappichelli, 2017
- V. PAPA, *Verso una rappresentatività misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, in *DLRI*, 2017, p. 21 e ss.
- E. PARESCHE, (voce) *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, ed. Giuffrè, 1968
- P. PASSALACQUA, *Autonomia Collettiva e Mercato del Lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, ed. Giappichelli, Torino, 2005
- P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2014, n. 2, p. 378 e ss.
- E. PASQUALETTO, *Il ruolo del giudice del lavoro tra valutazione di erronea certificazione del contratto a progetto e riqualificazione del contratto*, in *ADL*, 2012, n. 1, p. 163 e ss.
- M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, ed. Il Mulino, Bologna, 1989
- M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 1990, p. 355 e ss.
- G. PERA, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, 1974, vol. XXIV, p. 512 e ss.
- G. PERA, *Gli artt. 39 e 40 della Costituzione*, in *LPO*, 1976, p. 1497 e ss.
- G. PERA, *Un libro ed un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, in *MGL*, 1981
- G. PERA, *Sulla teoria dell'ordinamento intersindacale*, in *RIDL*, 1991, n. 1, p. 256 e ss. ma ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, 2006, ed. Giuffrè, vol. 2, p. 1641 e ss.
- G. PERA, *Note sui contratti collettivi "pirata"*, in *RIDL*, 1997, n. 1, p. 381 ss.
- G. PERA, *Sul reclamo presentato al datore di lavoro dal sindacato per mandato del lavoratore*, in *Scritti in onore di Giuseppe Pera*, ed. Giuffrè, 2006, vol. 1, p. 141 e ss.
- G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *DL*, 1953, vol. 1, p. 99 e ss. ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, ed. Giuffrè, 2006, vol. 1, p. 3 e ss.

- G. PERA, *Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio?*, in *RIDL*, 2000, n. 1, p. 97 e ss.
- J. L. PERALTA DE LA CÁMARA, *Reflexiones recurrentes sobre el futuro grado y la profesión de graduado social*, in *Revista Trabajo. Revista andaluza de relaciones laborales*, 2007, n. 19
- M. PERSIANI, *I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale*, in *DL*, 1958, n. 1
- M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, ed. Cedam, 1966
- M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, 1972, ed. Cedam
- M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Contratto e Impresa*, 2000, n. 3, p. 1252 e ss.
- M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, n. 1, p. 1
- M. PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, ed. Cedam, Padova, 2004
- M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 2011, p. 451 e ss.
- A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, *DLRI*, 1992, n. 533
- A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, 1996, ed. Giuffré
- A. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, *DLM*, 2011, n. 3, p. 403 e ss.
- A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in AA.VV., *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Milano, 2016
- R. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, ed. Giappichelli, 2007
- R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *RIDL*, 2010, n. 2, p. 195 e ss.

- F. PETRINGA, *Le relazioni sindacali aziendali nelle piccole e medie imprese*, in M. BORNENGO, M. CANAUZ (a cura di), *Anatomia della negoziazione sindacale*, 2011, VII ed., Franco Angeli
- G. PIGLIALARMI, *Alcune perplessità sul protocollo sottoscritto da ODCEC Area Lavoro e Conflavoro*, in *Il Consulente Milleottantuno*, n. 372, 2018, p. 3 e ss.
- G. PIGLIALARMI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 tra trasformazione e conversione dei contratti individuali di lavoro*, in *Labor*, 2019, n. 2, pp. 217 e ss.
- G. PIGLIALARMI, *La contrattazione sociale territoriale: inquadramento giuridico del fenomeno attraverso l'analisi contrattuale*, in *DRI*, 2019, n. 2, p. 713 e ss.
- G. PIGLIALARMI, *La maggiore rappresentatività comparata del sindacato nel diritto vivente*, in *DPL*, 2019, n. 25, pp. 1577 e ss.
- G. PIGLIALARMI, *Profili descrittivi della convenzione del 19 settembre 2019 sottoscritta da INPS, INL, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil*, in *Bollettino Adapt* 23 settembre 2019, n. 33
- V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, p. 275 e ss.
- I. PIOTTO, *Il diritto allo sguardo. La cultura del controllo nelle relazioni industriali*, ed. Franco Angeli, 2010
- A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977
- A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 1990, n. 1, p. 15 e ss.
- P. PIZZUTI, *Interesse dell'impresa e prestazione lavorativa*, 2018, ed. Giappichelli
- S. POLI, *La professionalizzazione del dottore commercialista in Italia, dalle origini alla prima metà del Secolo XX, quale processo di interazione tra Stato e professione*, Conference Paper, Università Politecnica delle Marche, dicembre, 2011
- F. V. PONTE, *Contrattazione collettiva aziendale e di prossimità*, in R. SACCO, S. BELLOMO, M. CIAN, G. FERRI JR, D. U. SANTOSUOSSO, F. TESAURO (a cura di), *Digesto delle discipline privatistiche*, ed. Utet, Torino, 2017

- M. PRIOSCHI, *Scontro tra giuslavoristi e consulenti sugli ambiti di attività*, in *Quotidiano del lavoro*, 3 agosto 2018
- M. PRIOSCHI, *Agi, per la consulenza del lavoro applicazione della legge 12/1979*, in *Quotidiano del lavoro*, 6 agosto 2018
- U. PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, 1958, ed. Giuffrè, Milano
- U. PROSPERETTI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, 1962, ed. Giuffrè
- U. PROSPERETTI, *La funzione del diritto del lavoro nella politica economica*, in *RTDP*, 1964, p. 905 e ss.
- G. PROSPERETTI, *L'autonomia collettiva e i diritti sindacali*, ed. Utet, 2014
- V. PUTORTÌ, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2012, n. 1, p. 126 e ss.
- P. RAUSEI, *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2008, n. 24
- P. RAUSEI, *Consulenza del lavoro: comunicazione obbligatoria e sanzioni per l'abusivismo*, in *DPL*, 2018, n. 22, p. 1355 e ss.
- F. RICCI, *Contratti pirata, il coraggio di dire no*, in *www.rassegnasindacale.it*, 21 marzo 2016
- G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda. Cause, rimedi, conseguenze*, 2019, ed. Edizioni Lavoro
- L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, ed. Utet, Torino, 1960
- L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, artt. 2188-2246, pp. 192 e 210, 1968, ed. Zanichelli
- K. ROBSON, C. H. WILLMOTT, D. J. COOPER, T. PUXTY, *The ideology of professional regulation and the markets for accounting labour: three episodes in the recent history of the UK accountancy profession*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 19, n. 6, 1994

- U. ROMAGNOLI, *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*, in *DLM*, 2018, n. 2, pp. 193-198
- S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-910*, Pisa, 1910
- R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, pp. 181 e ss.
- C. ROMEO, *Il declino dell'inderogabilità: la rinegoziazione dei contratti di lavoro*, *ADL*, 2017, n. 6, p. 1409 e ss.
- M. ROSBOCH (a cura di), *Le comunità intermedie e l'avventura costituzionale*, 2017, ed. Heritage Club
- F. ROSSELLI, *La dottrina del secondo dopoguerra sull'interpretazione giudiziale. Il contributo della giurisprudenza in materia di rapporto di lavoro*, in *GC*, 2018, n. 1
- M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, ed. Utet, II ed., Torino, 2003
- M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, ed. Cacucci, Bari, 2008, p. 41 e ss.
- M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, n. 3, p. 553 e ss.
- M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *DLM*, 2013, n. 2, p. 261 e ss.
- E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *RDC*, 2011, n. 5, p. 10573 e ss.
- M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva. Manifesto per le nuove sicurezze*, ed. Marsilio, 2004
- C. SANTORO, *Il principio di "meritevolezza dei benefici normativi e contributivi" ed i sindacati comparativamente più rappresentativi*, in *DRI*, 2015, n. 3, pp. 859 e ss.
- C. SANTORO, *La vigilanza ispettiva sulla contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2016, n. 3, p. 873 e ss.

- C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, ed. Adapt University Press, 2018
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, *RIDL*, 1967, n. 1, p. 14 e ss.
- G. SANTORO-PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *DLRI*, 1980, p. 617 e ss.
- G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, n. 4-5, p. 970 e ss.
- G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – .IT, 2015, n. 254
- G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1, p. 61 e ss.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, 2016, ed. Giappichelli, Torino
- R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, ed. Giappichelli, 2004
- F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *LD*, 1999, n. 4, p. 553 e ss.
- S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, 2005, ed. Cedam
- R. SCHIAVO, *L’analisi congiunta dei Ccnl tra Cnel e Inps: un segnale d’urgenza di un dato sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali*, in *Bollettino Adapt*, n. 29, 29 luglio 2019
- E. C. SCHIAVONE, *Tardività della contestazione disciplinare e violazione dei criteri di correttezza e buona fede. Valenza generale della tutela indennitaria e prescrizione dei crediti*, in *ADL*, 2018, n. 3, p. 804 e ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, in *DF*, 1973, p. 803 e ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, *RIDL*, 2006, p. 315 e ss.

- C. SCOGNAMIGLIO, *La funzione sociale del diritto del lavoro tra legislatore e giudice*, in F. MACARIO, M. N. MILETTI (a cura di) *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, ed. Roma Tre Press, 2017
- P. SESTITO, *Contrattazione aziendale e piccole imprese: quali spazi dopo gli accordi di politica dei redditi?*, in *DRI*, 1997, n. 2, p. 21 e ss.
- L. SILVANGA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *DRI*, 1999, n. 2, p. 211 e ss.
- V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, 1967, Milano, ed. Giuffrè
- F. SIOTTO, *Il terzo comma dell'art. 39 della Costituzione: la democrazia sindacale possibile*, paper presentato alle giornate di studio AIDLASS di Bari, "I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro", 11-12 novembre 2011, pp. 1-23
- F. SIOTTO, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, in *RIDL*, 2017, n. 1, p. 311 e ss.
- A. SITZIA, *Personal computer e controlli "tecnologici" del datore di lavoro nella giurisprudenza*, in *ADL*, 2017, n. 3, p. 804 e ss.
- K. SISSON, *The Management of Collective Bargaining*, Blackwell, Oxford, 1987
- L. SPAGNUOLO VIGORITA, *La rivista "Diritto delle relazioni industriali"*, *DRI*, 1991, n. 1, p. 1 e ss.
- V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Le relazioni industriali*, vol. III, 2014, ed. Giappichelli, p. 207 e ss.
- P. STERN, *Il sistema di asseverazione dei Consulenti del lavoro: Asse.Co.*, in *Bollettino Adapt* 22 gennaio 2014.
- A. SUPIOT, *Critica del diritto del lavoro*, 1996, ed. Teleconsul
- L. TAFARO, *Diritto e cultura: alla ricerca di un legame perduto. Il ruolo del giurista*, in AA.VV., *La cultura come risorsa e le risorse della cultura*, ed. Cacucci, Bari, 2011
- G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milano, 1972, ed. Comunità

- M. TIRABOSCHI, L. BALDINI, *I contratti di gradualità: dalle prime esperienze applicative alla Legge 28 novembre 1996 n. 608*, in *DRI*, 1997, n. 1
- M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, ed. Giappichelli, 1999
- M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, ed. Giappichelli, Torino, 2002
- M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *DRI*, 2015, n. 2, pp. 518 e ss.
- M. TIRABOSCHI, *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ed. Adapt University Press, 2016
- M. TIRABOSCHI, *Cosa intendiamo quando parliamo di occupabilità. In ricordo di Guido Rossa*, in *Bollettino Adapt*, 30 gennaio 2017
- M. TIRABOSCHI, F. D'ADDIO, *Part-time senza vincolo di orario minimo e sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *DRI*, 2017, n. 3, pp. 882 e ss.
- M. TIRABOSCHI, *La proliferazione dei Ccnl e un decentramento ancora insufficiente*, in *C&C*, 2017, n. 7, p. 1 e ss.
- M. TIRABOSCHI, *Mercato, valori, regole*, Relazione presentata alle *Giornate di Studio AIDLASS*, Udine, 13-14 giugno 2019, dattiloscritto
- P. TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, *ADL*, 2014, p. 1339 e ss.
- P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, n. 2, p. 368 e ss.
- P. TOMASSETTI, *Settorializzazione e territorializzazione delle relazioni industriali: la via italiana al decentramento contrattuale*, *QRS*, 2017, n. 4
- P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *VTDL*, 2018, n. 3, p. 717 e ss.
- E. TORRECILLA HERNÁNDEZ, *La función del Graduado Social en la aplicación del derecho del trabajo*, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2010, n. 88, Madrid, pp. 325-344

P. TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *ADL*, 2017, n. 6 p. 1337 e ss.

W. TOUSIJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, Il Mulino, 1987

T. TREU, *Politiche del lavoro e strumenti di promozione dell'occupazione: il caso italiano in una prospettiva europea*, in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporto di lavoro*, ed. Giuffrè, 1997

T. TREU, *Introduzione al Welfare aziendale*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 297/2016

T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 396/2019

E. TRICANI, *Il carattere categorico degli imperativi giuridici. teoria sul concetto e l'efficacia della norma giuridica*, ed. Arti Grafiche, Santi Monachini, Catania, 1923

P. TULLINI, *Breve storia delle fonti del mercato del lavoro*, *ADL*, 2005, n. 1

V. UVA, *I consulenti del lavoro entrano nell'albo dei curatori fallimentari*, in *Il Sole24ore*, 12 gennaio 2019

C. VACCA, *Modalità di organizzazione e forme di comunicazione delle professioni economiche: lacune e modelli di sviluppo della disciplina giuridica*, Liuc Papers n. 5, in *Impresa e istituzioni*, n. 1, 1994

A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro, Milano, 23-25 maggio 1997*, ed. Giuffrè, 1998

A. VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta*, in *GI*, 2000, p. 1337 e ss.

A. VALLEBONA, *Guerra e pace nel mondo del lavoro*, in *MGL*, 2009, p. 395 e ss.

A. VALLEBONA, *Lavoro e spirito*, ed. Giappichelli, 2011

A. VALLEBONA, *Il lavoratore-consumatore nel diritto del lavoro attuale*, in *DL*, 1983, p. 200 e ss.

- A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, RIDL, 2016, n. 4, p. 503 e ss.
- G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, ed. Jovene, Napoli, 1984
- G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, ed. Franco Angeli, 1985
- S. VERGARI, *La certificazione della regolarità retributiva: un nuovo strumento del datore di lavoro*, in DRI, 2008, n. 2
- G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in R. COSIO, F. CURCURUTO, R. FOGLIA (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'unione Europea*, ed. Giuffrè, 2016
- L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, vol. I, ed. Centro Studi Diritto Avanzato, 2018
- J. VISSER, *Mutamenti sociali ed organizzativi del sindacato nelle democrazie avanzate*, in DLRI, 1994, n. 62. p. 289 e ss.
- M. VIVIANI, *Le funzioni delle associazioni imprenditoriali*, in *Sviluppo e Organizzazione*, 1990, n. 117
- R. VOZA, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in DLRI, 2010, p. 363 e ss.
- R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007
- M. WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma, 1993
- L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa*, in *Atti del convegno AIDLASS. Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Milano, 2002, Giuffrè
- B. WAAS, *Il ruolo delle organizzazioni datoriali nel sistema di contrattazione collettiva in Germania*, in DLRI, 2017, p. 239 e ss.