

Carmine Santoro è funzionario dell'Ispettorato Nazionale del lavoro, dottore di ricerca in "Formazione della persona e mercato del lavoro" presso l'Università di Bergamo, nonché specializzato in "Studi sull'amministrazione pubblica" presso l'Università di Bologna e avvocato abilitato. Autore di pubblicazioni su varie riviste in materia di diritto del lavoro e previdenziale. Docente a contratto presso l'Università di Bergamo e l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Materiali di diritto del mercato del lavoro e relazioni industriali ordinati da Maurizio Del Conte e Michele Tiraboschi

Collana della Fondazione ADAPT

Scuola di alta formazione in
Transizioni occupazionali e relazioni di lavoro

Euro 35,00



Carmine Santoro - La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro

La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro

di **Carmine Santoro**
con prefazione di **Pierluigi Rausei**



Nella legislazione sanzionatoria del lavoro si è imposto un modello di eterointegrazione del precetto normativo primario, che contempla il rinvio alla fonte contrattuale collettiva. In tal modo, talune figure di illecito amministrativo sono configurate con il concorso determinante della fonte pattizia. Il presente volume mira ad individuare il fondamento giuridico di un tale modello sanzionatorio, e i suoi possibili limiti di compatibilità, per un verso, con la Carta costituzionale e, per l'altro, con i principi del sistema sanzionatorio amministrativo, segnatamente con il principio di legalità.

ADAPT
UNIVERSITY PRESS

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

Carmine Santoro - La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro

La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro

di **Carmine Santoro**
con prefazione di **Pierluigi Rausei**

**Materiali di diritto del mercato del lavoro e relazioni industriali
ordinati da MAURIZIO DEL CONTE e MICHELE TIRABOSCHI**

**Collana della FONDAZIONE ADAPT – Scuola di alta formazione in
*Transizioni occupazionali e relazioni di lavoro***

Comitato scientifico internazionale di ADAPT

LÁSZLÓ ANDOR (*Corvinus University of Budapest, Hungary*), GIUSEPPE BERTAGNA (*University of Bergamo, Italy*), JESÚS CRUZ VILLALÓN (*Universidad de Sevilla, Spain*), MARC DE VOS (*University of Ghent, Belgium*), ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA (*Mexico National Autonomous University, Mexico*), JUAN RASO DELGUE (*University of the Republic, Uruguay*), DIETMAR FROMMBERGER (*Magdeburg University, Germany*), ANTHONY FORSYTH (*RMIT University, Australia*), JORDI GARCÍA VIÑA (*Universitat de Barcelona, Spain*), JOSÉ LUIS GIL Y GIL (*Universidad de Alcalá, Spain*), JULIO ARMANDO GRISOLÍA (*Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina*), JÖZSEF HAJDÚ (*University of Szeged, Hungary*), THOMAS HAIPETER (*Institute Work, Skills and Training at the University of Duisburg-Essen, Germany*), RICHARD HYMAN (*London School of Economics and Political Science, United Kingdom*), PATRICE JALETTE (*University of Montréal, Canada*), NICOLE MAGGI-GERMAIN (*Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, France*), LOURDES MELLA MÉNDEZ (*Universidad de Santiago de Compostela, Spain*), DAIVA PETRYLAITE (*Vilnius University, Lithuania*), SHYNIA OUCHI (*University of Kobe, Japan*), MICHAEL QUINLAN (*University of New South Wales, Australia*), WILLIAM ROCHE (*University College Dublin, Ireland*), MALCOLM SARGEANT (*Middlesex University, United Kingdom*), MICHELE TIRABOSCHI (*University of Modena and Reggio Emilia*), ERICK TUCKER (*York University, Canada*), MANFRED WEISS (*Goethe-Universität, Germany*)

© 2018 ADAPT University Press (www.adapt.it)

ISBN 978-88-98652-91-4

I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di ***double blind peer review***, secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con il Comitato scientifico internazionale e con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro

di

Carmine Santoro

con prefazione di

Pierluigi Rausei

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

*Al mio Leonardo, per il suo affetto
A mia moglie, per la sua pazienza verso di me*

INDICE-SOMMARIO

<i>Prefazione</i> di Pierluigi Rauseri	XIII
<i>Introduzione</i>	XXIII

Capitolo I

IL MODELLO GENERALE DI INTEGRAZIONE TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

1. Ragioni e caratteri del fenomeno	1
2. Legge e contrattazione collettiva: i principi di gerarchia e di <i>favor</i>	6
3. Profili strutturali: inderogabilità, rinvio proprio e rinvio improprio	9
4. Le criticità del modello: profili generali	10
5. Natura e funzione del contratto collettivo nel sistema “integrato” legge-contrattazione.....	11
5.1. La tesi della fonte del diritto	11
5.2. La tesi dell’atto di autonomia.....	15
6. Il problema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo “delegato” ..	21
6.1. L’efficacia relativa della contrattazione “delegata”.....	21
6.2. La contraddittoria giurisprudenza costituzionale	28
7. La questione della rappresentatività delle organizzazioni stipulanti.....	32
8. Il sindacato maggiormente rappresentativo	37
9. Il sindacato comparativamente più rappresentativo	38
10. L’efficacia soggettiva del contratto “separato”	44

11. Il contratto aziendale.....	48
12. La contrattazione di prossimità.....	53

Capitolo II

**IL CONTRATTO COLLETTIVO
NEL SISTEMA SANZIONATORIO AMMINISTRATIVO**

1. Premessa	63
-------------------	----

Sezione I

I PRINCIPI PUBBLICISTICI

2. Principio di legalità dell'amministrazione	64
3. Delegificazione e deregolamentazione.....	67
4. Il principio di sussidiarietà orizzontale.....	68
5. Il principio di riserva di legge del sistema sanzionatorio amministrativo.	70
6. La riserva di legge e la contrattazione collettiva	76
7. Le condizioni di ammissibilità della contrattazione collettiva quale fonte di diritto sanzionatorio	78
7.1. Riserva legislativa della sanzione	78
7.2. Accessorietà del ruolo dell'autonomia.....	79
8. Il principio di tassatività delle fattispecie di illecito.....	81

Sezione II

LE PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI E CIVILISTICHE

9. Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo	83
9.1. Efficacia nei confronti dei datori di lavoro	83
9.2. Efficacia nei confronti dei lavoratori.....	85
10. Il principio di eguaglianza	87

Sezione III
I POTERI ISPETTIVI SULLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

11. Il fondamento: l'articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004 e la singola norma "delegante"	88
12. Gli strumenti accertativi	93
13. La verifica dell'abilitazione dei sindacati stipulanti.....	94
14. La contrattazione di prossimità.....	96

Sezione IV
LE QUESTIONI SPECIFICHE
DEL MODELLO INTEGRATIVO SANZIONATORIO

15. La funzione esimente della deroga contrattuale: critica.....	99
16. L'inammissibilità sistematica delle clausole "interdittive".....	103
17. La punibilità del datore di lavoro che applichi clausole negoziali invalide.....	104

Capitolo III
**LE SINGOLE FATTISPECIE SANZIONATORIE
"DELEGIFICATE"**

1. Premessa: necessità di una trattazione di "parte speciale"	109
2. L'articolo 509 c.p.: l'inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro.....	110
3. La violazione degli obblighi di osservanza dei minimi inderogabili (legge n. 741/1959).....	111
4. I tempi di lavoro (decreto legislativo n. 66/2003).....	112
4.1. Generalità.....	112
4.2. Superamento del limite massimo dell'orario di lavoro	117
5. Violazioni concernenti il lavoro straordinario	119

Indice

6.	Violazioni riguardanti i riposi dei lavoratori: generalità.....	122
6.1.	Riposo giornaliero	124
6.2.	Riposo settimanale.....	125
7.	Violazioni in materia di ferie.....	127
8.	Violazioni in materia di lavoro notturno	129
9.	L'apprendistato: l'attuazione contrattuale dei principi legislativi.....	130
10.	Il contratto a tempo determinato.....	134
11.	La somministrazione.....	140
11.1.	La comunicazione alle OO.SS. dei contratti di somministrazione stipulati	144
12.	Una fattispecie particolare: la violazione del limite di contingentamento dei contratti a tempo parziale del CCNL edilizia	146
	<i>Conclusioni</i>	151
	<i>Bibliografia</i>	159

Prefazione

Il bel volume di Carmine Santoro si concentra su un tema di assoluta attualità, quello del ruolo della contrattazione collettiva di lavoro nell'ordinamento giuslavoristico, dipanato, tuttavia, nella prospettiva duplice della portata normativa cogente delle norme contrattuali collettive e dei profili sanzionatori che governano il quadro regolatorio di matrice contrattuale. Il libro, secondo una apprezzabile impostazione sistematica, si suddivide in tre capitoli, il primo dedicato al “modello generale di integrazione tra legge e contrattazione collettiva”, il secondo sul ruolo del “contratto collettivo nel sistema sanzionatorio amministrativo” e l'ultimo contenente una analisi puntuale di alcune “fattispecie sanzionatorie delegificate”.

L'elaborato del testo si presenta ben strutturato e i contenuti teorico-giuridici, arricchiti da apprezzati riferimenti operativi, presentano spunti di riflessione innovativi e con tratti argomentativi caratterizzati da una non scontata originalità di analisi, che si sviluppa anche alla luce delle più recenti riforme del *Jobs Act* e degli interventi normativi interagenti sul ruolo e sulle funzioni della contrattazione collettiva.

D'altro canto, la sicura attrattività del tema affrontato trova conferma nella recente rimodulazione degli assetti contrattuali individuali ad opera del decreto legislativo n. 81/2015, attuativo della legge n. 183/2014, il cui articolo 51 contiene una disposizione definitoria unica, valida per l'intera “disciplina organica” dei contratti di lavoro, relativa alla definizione di “contratti collettivi”. La norma estende la titolarità contrattuale collettiva ad ogni livello di contrattazione sia esso nazionale, ma anche territoriale ovvero aziendale in ogni ipotesi nelle quali lo stesso decreto legislativo n. 81/2015 non preveda espressamente in modo differente. La disposizione citata, d'altra parte, senza entrare nel merito della valutazione di rappresentatività (se non per la scelta dell'ambito territoriale di rappresentanza che è esclusivamente quello nazionale) rende possibili e legittimi anche accordi collettivi “separati”, consentendo la sottoscrizione delle intese contrattuali «da» associazioni sindacali comparativamente più rappresentative (sul piano nazionale, come detto), anziché «dalle» (come invece accade nell'articolo 42, comma 5, in materia di apprendistato). Infine, l'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015, sulla falsariga di quanto già previsto nell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011,

come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011, parifica gli accordi sottoscritti in azienda dalle rappresentanze sindacali aziendali (di associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria ai contratti collettivi (nazionali, territoriali o aziendali) stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Alla contrattazione collettiva, peraltro, è affidato il ruolo di definizione dell'inquadramento per livelli e mansioni, anche ai fini dell'attuazione dell'articolo 2103 c.c., ma alla stessa è pure riconosciuta la facoltà di intervento normativo integrativo o emendativo rispetto alla gestione dei rapporti di lavoro (non solo di quello a tutele crescenti, ma anche delle fattispecie di lavoro a tempo determinato, a tempo parziale, in somministrazione di lavoro, in collaborazione coordinata e continuativa, secondo le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 81/2015).

La contrattazione collettiva aziendale, d'altro canto, ha già sperimentato la possibilità di attivare rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato rinunciando alle nuove flessibilità riconosciute dal legislatore rispetto al lavoro subordinato a tutele crescenti. In questo senso, infatti, è stato concordato con le rappresentanze sindacali di seguire ad applicare le tutele più ampie dell'articolo 18 della legge n. 300/1970 in caso di licenziamento individuale. Analogamente può operarsi, in sede di contratto collettivo aziendale come pure nel contratto individuale, con riferimento all'esercizio del controllo a distanza sulla prestazione lavorativa (ad esempio riconoscendo alle rappresentanze sindacali la facoltà di concordare le modalità di esercizio del potere, ora affermato dal novellato articolo 4 della legge n. 300/1970, oppure una maggiore tutela rispetto all'esercizio dello *ius variandi* di cui al nuovo articolo 2103 c.c. nei confronti della assegnazione di mansioni differenti al lavoratore assunto a tempo indeterminato).

Invero la presente stagione normativa e contrattuale – nella quale si colloca l'analisi proposta dall'Autore – si caratterizza per una rinnovata azione delle organizzazioni sindacali sul tema della rappresentanza e della rappresentatività, come evidenziato dal protocollo d'intesa sulla rappresentanza del 31 maggio 2013 e dall'accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 recante il Testo Unico sulla rappresentanza, come pure nel contesto di un nuovo assetto delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva (con l'accordo-quadro per la riforma degli assetti contrattuali siglato il 22 gennaio 2009, poi attuato con l'accordo interconfederale del 15 aprile 2009, si è segnato, dopo oltre dieci anni dalla conclusione dei lavori di verifica del protocollo del 23 luglio 1993, il punto di arrivo, e al contempo di partenza, per una importante intesa globale, sia pure di carattere sperimentale, in merito

alle regole e alle procedure di negoziazione e gestione della contrattazione collettiva), accompagnato da un ruolo tendenzialmente interventista del legislatore, come dimostrato dalle disposizioni in tema di contrattazione di prossimità, sull'obbligo di formalizzazione del deposito degli accordi sottoscritti, nonché sul confronto acceso in sede governativa e parlamentare per una legge sulla rappresentanza sindacale per attuare l'articolo 39 Cost.

D'altra parte, l'articolo 14 del decreto legislativo n. 151/2015 ha introdotto l'obbligo di deposito dei contratti collettivi aziendali e territoriali (in via telematica) presso l'Ispettorato territoriale del lavoro competente, per poter conseguire agevolazioni contributive o fiscali e qualsiasi altra agevolazione derivante dalla stipula di contratti collettivi sottoscritti in azienda o a livello territoriale. La norma, per quanto introduca un nuovo onere a carico delle imprese o delle associazioni e organizzazioni sindacali e datoriali stipulanti, rappresenta un intervento di chiarezza e di certezza operativa per gli organismi di controllo, per le aziende e per gli stessi lavoratori, anche alla luce del fatto che, una volta avvenuto il deposito dei contratti collettivi, l'ufficio dove i contratti sono stati depositati deve metterli telematicamente a disposizione di tutte le amministrazioni e gli enti pubblici interessati.

Su questo quadro complessivo, peraltro, impattano anche le nuove misure introdotte (decreto ministeriale 25 marzo 2016, attuativo dell'articolo 1, commi 182-191, della legge n. 208/2015, e articolo 1, commi 160-162, della legge n. 232/2016) in materia di detassazione e agevolazioni fiscali in base alla contrattazione collettiva di secondo livello per politiche di incremento della produttività per premi di risultato variabili (attribuiti secondo criteri obiettivi di misurazione degli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione) e per erogazioni sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa, più ampie se l'azienda coinvolge «pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro», ovvero per beni, prestazioni e servizi di welfare aziendale, benefit esclusi dal reddito di lavoro dipendente, con facoltà di scelta, per il lavoratore, di convertire i premi di risultato agevolati in benefit del welfare aziendale, detassando completamente il valore dei beni e servizi messi a disposizione dal datore di lavoro.

D'altra parte, nell'osservazione dei contratti collettivi aziendali e territoriali mantengono un ruolo essenziale i contratti di prossimità, rispetto ai quali vanno compresi i limiti di utilizzo alla luce del decreto legislativo n. 81/2015, ponendosi nella prospettiva diacronica delle scelte legislative e di politica del diritto, attinenti ai contratti e ai rapporti di lavoro, in una ottica dichiaratamente evolutiva, che asseconda le regole del mutamento del quadro regolatorio.

In questo senso, infatti, sulla norma contenuta nell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011, impatta segnatamente il decreto legislativo n. 81/2015, che sceglie la via di una ri-regolazione "organica" dei contratti di lavoro flessibili e non standard. Pure a fronte di una operazione sostanzialmente di *restyling* normativo e di *reductio ad unum* di una pluralità di testi legislativi, il c.d. "Codice dei contratti" reca alcuni interventi puntuali di rinvio alla contrattazione collettiva, talora specificandone la competenza di livello esclusivamente nazionale; così accade, precisamente, a proposito di collaborazioni coordinate e continuative personali (articolo 2, comma 2, lettera *a*) e di apprendistato (articolo 42, commi 5 e 8; articolo 44, commi 2 e 5).

Su tale piano, dunque, la dottrina ha già sostenuto la possibilità di una abrogazione implicita parziale dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, almeno per quanto attiene le possibilità di disciplina derogatoria in materia di contratti di collaborazione coordinata e continuativa. Analogamente si è sostenuto che la disciplina organica recata dal decreto legislativo n. 81/2015 con riferimento ai tipi contrattuali ridefiniti e normati, anche soltanto per i profili di successione di leggi nel tempo, impatta in termini restrittivi, se non proprio implicitamente abrogativi, rispetto alla contrattazione collettiva di prossimità.

Ove si consideri la portata generale ed astratta dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 e la coerenza interna della norma anche rispetto al percorso evolutivo, in prospettiva diacronica appunto, del quadro normativo di riferimento, potrebbe riconoscersi ancora una operatività significativa dei contratti collettivi di prossimità anche rispetto ai nuovi profili di disciplina delineati dal decreto legislativo n. 81/2015, fatta eccezione, presumibilmente, per gli ambiti regolatori affidati esclusivamente alla contrattazione di livello nazionale. Parrebbe deporre in questa direzione l'assenza nel testo dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 di richiami normativi specifici e contestualizzati, limitandosi la disposizione a menzionare esclusivamente le materie di contrattazione derogatoria (comma 2), che potrebbero essere intese nel loro contesto evolutivo, "con riferimento" ai singoli provvedimenti legislativi e alle singole disposizioni della contrattazione collettiva nazionale di lavoro "del tempo" nel quale si avvia la negoziazione collettiva aziendale o territoriale.

Peraltro, in questo rinnovato contesto, l'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015, sui contratti collettivi di ogni livello, sembra porsi in diretta competizione con quella del 2011 sui contratti collettivi di prossimità, quanto meno per la scelta legislativa di carattere generale che affida anche alla contrattazione aziendale e territoriale le possibilità di intervento normativo che

il decreto legislativo n. 81/2015 affida alle parti sociali, liberando la fase di contrattazione collettiva “di prossimità”, vale a dire in azienda o nel territorio di riferimento, dai vincoli specifici dell’articolo 8, in particolare in termini di finalizzazione.

Nella prospettiva di un possibile utilizzo dei contratti di prossimità dopo il *Jobs Act* si è posto anche il Ministero del lavoro con la risposta ad interpello n. 8/2016 e con la nota n. 10599/2016. In particolare con la nota n. 10599/2016 il Ministero del lavoro ha affermato che la sottoscrizione dei contratti di prossimità «è rimessa esclusivamente alle associazioni (o loro rappresentanze sindacali operanti in azienda) dotate del grado di maggior rappresentatività in termine comparativi», specificando che essi «devono trovare giustificazione nelle finalità espressamente indicate dal Legislatore (maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro ecc.)», per cui mancando «tali condizioni [...] eventuali contratti di “prossimità” non potranno evidentemente operare, come prevede il Legislatore, “in deroga alle disposizioni di legge [...] ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”. Ne consegue che il personale ispettivo, in sede di accertamento, dovrà considerare come del tutto inefficaci detti contratti, adottando i conseguenti provvedimenti (recuperi contributivi, diffide accertative ecc.)».

La vigilanza in materia di contrattazione collettiva – nazionale, territoriale e aziendale – è espressamente sancita dall’articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004, di attuazione della delega di cui all’articolo 8 della legge n. 30/2003. La lettera *b* dell’articolo 7, comma 1, del decreto legislativo n. 124/2004, infatti, affida espressamente al personale ispettivo dell’Ispettorato nazionale del lavoro, istituito dal decreto legislativo n. 149/2015, nelle sue sedi territoriali e interregionali, il compito, fra l’altro, di «vigilare sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro». Riguardo agli esiti concreti dell’attività di vigilanza sui contratti collettivi, peraltro, la risposta ad interpello n. 21/2009 ha chiarito che l’accertamento, da parte degli ispettori del lavoro, di inosservanze ai precetti contrattuali collettivi, in genere, non determina l’applicazione di sanzioni pecuniarie amministrative, salve talune ipotesi individuate esplicitamente dal legislatore (ad esempio la violazione dell’articolo 5, comma 5, del decreto legislativo n. 66/2003) e ferma restando la reazione sanzionatoria per l’inosservanza di contratti collettivi *erga omnes*, di cui alla c.d. “legge Vigorelli” (legge n. 741/1959).

La titolarità della vigilanza in materia di lavoro e di previdenza sociale, progressivamente fortemente incisa dalla contrattazione collettiva di lavoro, sorge nel sistema normativo e istituzionale italiano in connessione con le

prime norme inderogabili in materia di legislazione sociale e, precisamente, con l'entrata in vigore della legge n. 80/1898 – ritenuta momento di nascita della previdenza sociale italiana – e del regolamento attuativo di essa, relativamente agli obblighi datoriali riguardanti la stipula di apposite polizze assicurative contro i rischi di infortuni sul lavoro. D'altro canto, è con la legge n. 628/1961 che la vigilanza sui contratti collettivi di lavoro viene ad essere esplicitata dal legislatore: nell'articolo 4, comma 1, lettera *b*, di detta legge, infatti, viene affidata all'allora Ispettorato del lavoro anche il compito di «vigilare sull'esecuzione dei contratti collettivi di lavoro».

L'articolo 4 della legge n. 628/1961, dunque, si offre quale fonte diretta dell'odierno articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004, per quanto si debbano necessariamente rilevare alcune differenze, anche di ordine testuale, fra i due testi normativi. In primo luogo, la titolarità della vigilanza sulla contrattazione collettiva di lavoro si estende, nel nuovo dettato normativo, a qualsiasi ambito: nazionale, ma anche di secondo livello, vale a dire territoriale o aziendale). La citata risposta ad interpello n. 21/2009 ha specificamente chiarito che la formulazione utilizzata dalla norma porta a ritenere che l'ambito dell'attività di controllo riguarda non solo la contrattazione nazionale, ma anche quella di secondo livello, territoriale o aziendale, ma anche che il riferimento del legislatore non è soltanto al contratto collettivo in senso stretto, ma alla generalità degli accordi conclusi in sede collettiva dalle rappresentanze sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro ai diversi livelli, compreso quello interconfederale.

Sotto altro profilo la norma fa ora riferimento alla “applicazione” e non già alla “esecuzione” dei contratti collettivi, a sottolineare la chiara intenzione del legislatore di impostare la tutela fondando l'accertamento ispettivo sulla volontà contrattuale delle parti di disciplinare fra loro con determinate regole di origine collettiva il rapporto di lavoro individuale.

D'altro canto, per inquadrare correttamente i limiti della vigilanza in materia di esatta applicazione dei contratti collettivi di lavoro, occorre riandare al dibattito dottrinale scaturito nella vigenza dell'articolo 4 della legge n. 628/1961, nonché, conseguentemente, ai rapporti fra legge e contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico. La legge da ultimo citata, peraltro, vedeva la luce in un periodo storico nel quale la contrattazione collettiva era in larga misura ancora identificabile nei contratti collettivi con efficacia *erga omnes* di cui alla legge n. 741/1959 e nei contratti collettivi corporativi che trovavano ancora significativi ambiti di operatività. In questo panorama, la dottrina si era sostanzialmente schierata su due contrapposte posizioni per quanto attiene la portata della vigilanza sulla “esecuzione” dei contratti collettivi attribuita alle competenze degli ispettori del lavoro. Da un lato vi era-

no quanti, sulla scorta della natura di “diritto comune” della generalità dei contratti collettivi applicabili in Italia, limitavano la vigilanza degli Ispettorati del lavoro alla sola verifica della corretta “esecuzione” dei contratti collettivi corporativi o di quelli *erga omnes*, operando, in caso di inosservanza, l'accertamento dei relativi illeciti con applicazione delle sanzioni previste dal legislatore. Dall'altro lato si ponevano quanti, pur minoritariamente, sposavano una lettura più ampia della disposizione, ritenendo che l'articolo 4 della legge n. 628/1961 era entrato in vigore in un'epoca nella quale già i contratti collettivi di diritto comune venivano stipulati e sostituivano o superavano quelli corporativi e quelli *erga omnes*, ragione per la quale il potere ispettivo attribuito ai funzionari dell'Ispettorato del lavoro in materia doveva riguardare anche la contrattazione collettiva di diritto comune, sebbene nei limiti della sfera soggettiva di efficacia della stessa.

La sicura prevalenza del primo orientamento, ante decreto legislativo n. 124/2004, aveva portato autorevole dottrina a sostenere che l'attività di vigilanza sull'esecuzione della contrattazione collettiva doveva ritenersi «ormai svuotata di contenuto e di significato». L'articolo 7 del decreto di riforma dei servizi ispettivi, peraltro, ha posto fine e superato il dibattito dottrinale sinteticamente riassunto, spostando appunto l'asse della vigilanza dalla “esecuzione” alla “applicazione” di accordi e contratti collettivi e volgendosi in tal modo a considerare il ruolo di completamento “normativo” della contrattazione collettiva rispetto alla disciplina legale.

La sempre più stretta integrazione di tipo funzionale fra contrattazione collettiva e legge è stata operata dal legislatore, in specie negli ultimi tre lustri, con una serie di tecniche normative fra loro fortemente differenziate, che possono essere sintetizzate, secondo la ricostruzione da altri autorevolmente operata, come segue: la disposizione di legge detta una regola, più o meno dettagliata, affidando al contratto collettivo il compito di integrarne ulteriormente la portata o il campo di applicazione; la norma legale stabilisce una disciplina ma consente al contratto collettivo di derogarla in tutto o in parte; la legge fissa una regola di carattere sostitutivo o suppletivo applicabile solo nei casi in cui il contratto collettivo non ha disciplinato la fattispecie; la disposizione di legge contiene una normativa di massima e affida al contratto collettivo il compito di integrarla, ma assegna al Ministero del lavoro o ad autorità indipendente la facoltà di integrazione affidata alla contrattazione collettiva in caso di inerzia da parte di questa; la legge detta una regola generale e assegna al contratto collettivo il compito di integrarla, prevedendo che in assenza di contrattazione collettiva la disciplina possa essere individuata dalla autonomia individuale.

In quest'ottica, comunque, le relazioni fra legge e contrattazione collettiva, anche ai fini della vigilanza, devono essere osservate – come l'Autore assai bene fa – secondo i due distinti profili dei rapporti tra due sistemi normativi differenti e dello scambio fra due diverse fonti del diritto disciplinanti i rapporti di lavoro. Sotto il primo profilo non possono non rilevare, anche in considerazione delle tecniche normative di interazione già elencate, proprio le ipotesi di rinvio legale alla contrattazione collettiva in funzione integrativa o anche derogatoria. Nella prospettiva delle fonti del diritto, invece, si nota come dal paradigma classico della inderogabilità *in peius* (c.d. “unilaterale”), si sia progressivamente transitati verso interventi deregolativi in settori via via più ampi della disciplina del rapporto di lavoro, vestendo il contratto collettivo di funzioni non soltanto integrativa e derogatoria *tout court*, ma piuttosto anche autorizzatoria e gestionale, pure a fronte di un carattere normalmente imperativo della disciplina legale, salva contraria ed espressa previsione legislativa. Proprio alla luce delle odierne interazioni fra legge e contrattazione collettiva, dunque, l'articolo 7, comma 1, lettera *b*, del decreto legislativo n. 124/2004 va inteso nel senso di una verifica ispettiva immanentemente subordinata alla volontà del datore di lavoro ispezionato e del lavoratore, sul cui rapporto di lavoro si investiga, di applicare esplicitamente al contratto individuale fra le stesse parti posto in essere uno specifico contratto collettivo (nazionale) di lavoro, all'interno dei limiti – costituzionalmente sanciti – posti dalla libertà sindacale (positiva e negativa, ai sensi dell'articolo 39 Cost.) e dal pluralismo sindacale, da un lato, nonché dalla autonomia negoziale e dalla libertà imprenditoriale (articolo 41 Cost.), dall'altro.

In tale prospettiva, pertanto, l'ispettore del lavoro che eserciti la vigilanza in forza del richiamato articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004 potrà legittimamente verificare la corretta applicazione di qualsivoglia contratto collettivo (nazionale, territoriale o aziendale) che sia lecitamente stipulato da una qualsiasi associazione di categoria od organizzazione datoriale con una qualsiasi rappresentanza sindacale dei lavoratori, tenendo presente che è considerato “collettivo” il contratto stipulato dalle contrapposte organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori interessate (articolo 2067 c.c.), ma anche quello stipulato fra un singolo imprenditore e le organizzazioni sindacali dei lavoratori (l'articolo 4 della convenzione ILO n. 98, ratificata dalla legge n. 367/1958, prevede che i contratti collettivi si stipulano «tra i datori di lavoro e le Organizzazioni dei datori di lavoro da una parte e le Organizzazioni dei lavoratori dall'altra parte»).

All'un tempo, tuttavia, il personale ispettivo degli Ispettorati territoriali e interregionali del lavoro non può omettere di verificare, preliminarmente, in

ragione della natura di diritto comune (privatistica) del contratto collettivo di lavoro, se questo risulta essere effettivamente applicato fra le parti in forza di una volontaria adesione alle organizzazioni firmatarie dello stesso o anche solo per rinvio esplicito contenuto nel contratto individuale di lavoro (o nella dichiarazione di assunzione oppure nella comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto di lavoro effettuata mediante il modulo “Unificato Lav”). Evidentemente, pertanto, gli ispettori del lavoro non potranno operare la prevista vigilanza in argomento nei casi di “rinvio implicito” o di “rinvio presunto” ad un contratto collettivo, essendo rimesso soltanto al giudice il potere di valutare l’adesione del datore di lavoro ad una determinata contrattazione collettiva in virtù di comportamenti o fatti concludenti e così estendere l’efficacia soggettiva del contratto collettivo del settore di riferimento. Se ne deduce, pertanto, che la vigilanza pubblica sul contratto collettivo di lavoro esige la riconosciuta applicabilità del contratto stesso da parte del datore di lavoro e del lavoratore.

Rilevano, quindi, nella prospettiva della vigilanza sulla corretta applicazione della contrattazione collettiva due distinte questioni, principalmente, quella relativa all’istituto della diffida accertativa per crediti patrimoniali, di cui all’articolo 12 del decreto legislativo n. 124/2004, e quello della determinazione della retribuzione da assoggettare a contribuzione, a norma dell’articolo 1 del decreto-legge n. 338/1989, convertito dalla legge n. 389/1989.

Sono questi, in effetti, tutti temi e aspetti attentamente scandagliati con dovizia di dettagli da Carmine Santoro, il cui lavoro non manca, nei tre capitoli in cui si articola il testo, di un approccio consapevolmente critico che denota un sicuro livello di padronanza della materia trattata.

Il libro, dunque, offre agli operatori del mercato del lavoro e agli esperti delle relazioni industriali una elaborazione originale in cui sono esercitate le competenze teoriche sviluppate in un vasto percorso di ricerca, contrassegnato da una indagine dottrinale e giurisprudenziale molto ampia ed organizzato in maniera chiara, curata e ragionata.

D’altronde anche la scelta della letteratura citata denota il fatto che l’Autore ha approfondito il tema al centro della sua ricerca attingendo da diverse correnti dottrinarie, dimostrando in tal modo di avere potuto apprezzare il confronto tra le diverse scuole di pensiero e di analisi, anche alla luce della interdisciplinarietà e della complessità di molti contributi esaminati.

Complessivamente, il volume si presenta ben strutturato e ricco di analisi attente, di spunti interessanti, di riflessioni acute e assai completo nelle molteplici prospettive di lettura offerte dal tema, evidenziando una piena coscienza critica dell’Autore e la sua attitudine allo studio analitico dei fenomeni

Prefazione

complessi, come quello indagato relativo alle molteplici sfaccettature che caratterizzano la funzione della contrattazione collettiva di lavoro nell'ambito concreto degli interventi ispettivi e di vigilanza, nonché nella prospettiva specifica del diritto sanzionatorio del lavoro.

Pierluigi Rausei
ADAPT Professional Fellow
Docente di Diritto sanzionatorio del lavoro
Dirigente dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro

Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene

Introduzione

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

Peraltro, i rinvii normativi, nelle discipline suddette, non hanno carattere del tutto omogeneo, sicché l'interprete non può prescindere da un'analisi specifica per ciascuna di esse. Si rinviene, in primo luogo, il rinvio in funzione di deroga del dettato normativo primario – il più rilevante sul piano quantitativo –, laddove la legge pone un precetto “cedevole”, che disciplina la fattispecie fino alla stipulazione di quella clausola contrattuale oggetto di rinvio, la quale si sostituisce al primo. Si registra, poi, il rinvio in funzione di integrazione, ove la legge sanziona la violazione di principi da essa stessa posti ma specificati dalla contrattazione collettiva, come avviene nella citata disciplina dell'apprendistato. Infine, è possibile rilevare il rinvio alla fonte pattizia in funzione di puro precetto, che costituisce la tipologia maggiormente critica sul piano sistematico. In tali ipotesi, la legge autorizza l'autonomia collettiva a determinare in via originaria la condotta che dà luogo all'applicazione della sanzione; il fenomeno è noto tra i penalisti con la denominazione di “norma penale in bianco”. In tal modo, non si ha il tradizionale rapporto di eterointegrazione tra fonte primaria e secondaria, tale per cui la fonte subordinata si limita ad integrare per meri aspetti tecnici la norma legislativa, ma si realizza una compartecipazione a pari titolo tra legge e contrattazione

collettiva nella formazione della fattispecie sanzionatoria. La legge svolge in questi casi il solo compito di fissare la misura sanzionatoria, ciò che costituisce il *minimum* inderogabile del principio di riserva di legge, essendo una sanzione introdotta da una fonte secondaria certamente contrastante con tale principio, sia esso ricavabile dall'articolo 23 Cost., sia – a maggior ragione – dall'articolo 25, secondo comma, Cost.

Il presente studio mira ad individuare il fondamento giuridico di un tale modello sanzionatorio, e i suoi possibili limiti di compatibilità, per un verso, con la Carta costituzionale sia sul tradizionale versante gius-sindacale – con particolare riferimento agli articoli 3 e 39 Cost. – sia su quello del diritto sanzionatorio – in relazione principalmente all'articolo 25 Cost. – e, per l'altro, con i principi del sistema sanzionatorio amministrativo, segnatamente con il principio di legalità nei suoi corollari della riserva di legge e della tassatività. In vista di tale obiettivo è previamente necessario analizzare, sebbene in maniera non esaustiva e limitata ai fini del presente studio, il fenomeno generale del rinvio normativo alla fonte pattizia, nonché la posizione del contratto collettivo nel sistema delle fonti, problematiche ampiamente studiate dalla dottrina del diritto sindacale. Questi temi suscitano tuttora svariate discussioni e notevoli questioni ermeneutiche, che determinano un quadro complessivo del fenomeno tutt'altro che stabile. Bisogna aggiungere che, all'opposto, risultano allo stato inediti lo studio e la ricerca in merito al tema specifico del rinvio normativo alla contrattazione collettiva nel contesto delle fattispecie sanzionatorie amministrative; di conseguenza, il presente risulta il primo tentativo in tal senso.

Con particolare riguardo al settore sanzionatorio, bisogna precisare che, sebbene a fini di giurisdizione afferiscano alla materia dei diritti soggettivi (¹), le sanzioni amministrative prendono parte non già del diritto civile – di cui il diritto del lavoro è pur sempre una partizione – bensì del diritto pubblico, giacché costituiscono una porzione della sfera di azione della pubblica amministrazione. Ne discende che in questa sede spetta il non agevole e, a quanto consta, inedito compito di rivisitare l'elaborazione giuslavoristica che prende in esame il fenomeno dell'integrazione tra fonti, alla luce delle coordinate sistematiche del diritto dei pubblici poteri in generale e del diritto sanzionatorio in particolare. Occorre, in altri termini, esaminare il rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella prospettiva del sistema sanzionatorio amministrativo, non senza aver preventivamente analizzato i principi generali dell'azione amministrativa, al fine di verificare *funditus* se l'ingresso

(¹) Cfr. l'art. 6 del d.lgs. n. 150/2011 (precedentemente gli artt. 22 ss. della l. n. 689/1981), che affida al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie afferenti alle sanzioni amministrative.

della contrattazione collettiva nel contesto giuspubblicistico punitivo sia con essi compatibile ed entro quali limiti.

La scelta legislativa di affidare all'autonomia collettiva la previsione di fattispecie sanzionatorie amministrative si spiega certamente con l'intenzione di creare un sistema punitivo il più possibile prossimo al consenso dei destinatari, al fine di perseguire il fondamentale obiettivo, proprio di ogni ordinamento, dell'effettività delle disposizioni da esso dettate.

In termini generali, si può dire che le interrelazioni tra la fonte eteronoma e quella autonoma affondano le proprie radici nella teoria del "diritto riflessivo", secondo la quale il diritto positivo è inadeguato ad affrontare la complessità della società ed a governarne i conflitti. Di conseguenza, è necessario dare spazio all'"autoregolamentazione regolata" dei gruppi sociali ⁽²⁾. Da questo punto di vista, è indubbio che nell'ottica del legislatore sia particolarmente importante cercare l'adesione dei potenziali destinatari delle sanzioni – i datori di lavoro –, attraverso un sistema che li vede compartecipi attraverso una contrattazione liberamente scelta. Dunque, un sistema sanzionatorio congegnato non in una dimensione meramente repressiva, ma in una diversa, che contempla il concorso dei consociati, in vista dell'obiettivo dell'ottimale tenuta complessiva del medesimo sistema ⁽³⁾. In linea con tale evoluzione, nella recente normativa, si è assistito ad una notevole espansione del modello consensuale ed incentivante del sistema sanzionatorio lavoristico, di cui sono espressione la diffida (articolo 13, decreto legislativo n. 124/2004), la conciliazione monocratica (articolo 11), la prescrizione (articolo 15) e la disposizione (articolo 14) ⁽⁴⁾. Peraltro, segni della recente evoluzione "consensuale" del sistema sanzionatorio sono rinvenibili anche in

⁽²⁾ Cfr. G. TEUBNER, *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, vol. 68, n. 1, 13 ss. Secondo L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *RIDL*, 1988, n. 1, 7, il diritto riflessivo è «il diritto statale che si ripiega su sé stesso lasciando spazio alla normazione di altre fonti e limitandosi a regolarne le procedure e i presupposti di legittimazione».

⁽³⁾ Cfr., recentemente, L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 284, 6. Questa dottrina significativamente afferma: «Si può dire, con ovvie semplificazioni, che nel diritto del lavoro il rapporto legge/contrattazione collettiva era affidato ad un "motore consensualistico", cioè diretto a promuovere una regolazione fortemente condivisa dalle parti sociali con una importanza non prioritaria riconosciuta ai contenuti della regolazione».

⁽⁴⁾ In merito a tali istituti si rinvia ai contributi contenuti in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, ADAPT University Press, 2014, nonché a P. RAUSEI, *Le ispezioni del lavoro. Procedimento, verbali, conciliazione e difesa*, in *DPL Oro*, 2014, n. 2, e, precedentemente, a C. LUCREZIO MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, Giuffrè, 2004.

taluni principi generali dell'ordinamento pubblicistico, come si avrà modo di verificare.

Se dal punto di vista della politica del diritto, un impianto sanzionatorio "contrattato" è auspicabile in relazione ai suoi verosimili effetti in termini di consenso dei destinatari della normativa, in termini più strettamente tecnico-giuridici appare necessario, nondimeno, verificare quanto tale impianto sia compatibile con i principi vigenti tanto nell'ordinamento generale quanto nell'ordinamento sanzionatorio.

Sul piano ordinamentale generale, il dibattuto problema lavoristico della collocazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto dovrebbe essere risolto in senso negativo, nella misura in cui si osservi che, nell'ottica consensuale considerata, l'accordo collettivo non può che acquistare e mantenere natura di atto di autonomia. In altre parole, se è fondata la ricostruzione che qui si avanza, secondo cui il legislatore inserisce il patto collettivo nelle fattispecie sanzionatorie al fine di "intercettare" il consenso dei destinatari delle sanzioni, allora è chiaro che non può concepirsi la natura di fonte del diritto del contratto collettivo nell'ordinamento generale dello Stato ⁽⁵⁾. Infatti la sua natura, in tale ambito concettuale, non può che essere quella di atto di autonomia, al quale viene prestata libera adesione, senza spazio alcuno per un'efficacia soggettiva che prescindendo dal consenso degli interessati. In questa ottica, si deve considerare che il legislatore, al fine mero di integrare, attuare o derogare le norme di legge tramite fonti secondarie, dispone già dello strumento dei regolamenti dell'esecutivo, sia attraverso il meccanismo dell'etero-integrazione del precetto sia con il più complesso congegno della delegificazione (*infra*, cap. II, § 3). In altri termini, l'esigenza di politica del diritto di sottrarre spazio disciplinare alla legge, al fine di arginare la deriva dell'ipertrofia legislativa, ovvero di disciplinare dettagli tecnici non consoni ad una sede normativa primaria, è già evidentemente soddisfatta dalla tipica fonte secondaria regolamentare. Pertanto, non avrebbe senso il ricorso ad un'ulteriore fonte del diritto, se tale fosse la contrattazione collettiva, per appagare le cennate esigenze politiche e tecniche. Piuttosto, la legge ricorre ad un atto espressione di autonomia per soddisfare la ben differente, fondamentale, esigenza di tenuta del sistema sanzionatorio, attraverso la partecipazione degli atti provenienti dai destinatari delle sanzioni, datori di lavoro e loro rappresentanti. Nello stesso tempo, il legislatore mira anche alla più ampia diffusione dei contratti collettivi; da questo punto di vista, le

⁽⁵⁾ È noto che in dottrina non è isolata la tesi di chi ritiene il contratto collettivo una vera e propria fonte eteronoma dei rapporti di lavoro; cfr., tra gli altri, G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in RGL, 2011, n. 4, I, e QFMB – Saggi, 2011, n. 2.VI. Si veda *infra*, cap. I.

fattispecie sanzionatorie “contrattate”, analogamente ai benefici economici e normativi frequentemente accordati ai datori di lavoro, possono costituire un valido incentivo all’applicazione degli accordi sindacali.

Con riguardo ai limiti di compatibilità ordinamentale del modello nel sistema sanzionatorio, discende da quanto detto che la criticità centrale è costituita proprio dalla possibile mancanza di quel consenso degli interessati, che rappresenta il fondamento del modello sanzionatorio “delegato” all’autonomia collettiva. È il problema, cioè, che attiene all’efficacia soggettiva della contrattazione di rinvio, nella perdurante inattuazione dell’articolo 39, seconda parte, Cost. La questione che si pone riguarda, in particolare, la possibile inapplicabilità delle previsioni contrattuali compartecipi delle varie figure di illecito a quei soggetti – non iscritti, dissenzienti, ecc. – cui non può estendersi la disciplina negoziale in virtù della sua natura di diritto comune. In altre parole, se si assume, per le ragioni che si esporranno, che l’integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva non può che avvenire nella cornice di compatibilità costituzionale di cui all’articolo 39 Cost., bisogna comprendere se, e come, la legge consente – o, peggio, impone – che le fattispecie sanzionatorie in discorso siano estensibili all’intera platea di datori e lavoratori coinvolti. Si osserverà che la soluzione, nel diritto sanzionatorio, deve essere ricercata con modalità diverse da quelle tradizionali del diritto sindacale.

Vi è un altro tema da affrontare, quello dell’armonizzazione del modello con il principio di eguaglianza. In tal senso, bisogna indagare quanto sia ragionevole un impianto sanzionatorio che, sebbene in regime di libertà sindacale, discrimina tra coloro che applicano la contrattazione collettiva e coloro che non lo fanno; ovvero, in ipotesi di vigenza di più contratti nell’ambito di una medesima categoria, tra chi applica un dato contratto e chi uno diverso. In tali casi, infatti, si consideri che sono contemplabili differenti regimi punitivi per situazioni che, sotto tutti gli altri profili, possono essere identiche. Relativamente alle coordinate del sistema sanzionatorio, si pongono ulteriori questioni che assillano il modello normativo in questione, derivanti dalla specificità del contesto del diritto dei poteri pubblici. In una prospettiva generale, infatti, bisogna rilevare che lo schema del concorso legge-contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio amministrativo assume una connotazione affatto differente da quella del suo modello di diritto sindacale. In quest’ultimo, il problema fondamentale riguarda la natura ed i caratteri del contratto collettivo nel suo contesto “naturale” del diritto dei privati, seppure in una dimensione di notevole rilevanza pubblica e costituzionale. Viceversa, nel diritto sanzionatorio, il poco osservato ruolo dell’autonomia negoziale collettiva deve confrontarsi sia con i principi gene-

rali del diritto pubblico che con quelli del sistema punitivo. Da questo punto di vista, pertanto, il fenomeno si inserisce nell'ambito delle recenti evoluzioni del diritto pubblico, come conformate dai canoni della "contrattualizzazione" dei pubblici poteri, della sussidiarietà, del diritto riflessivo, ecc.

Per quanto concerne nello specifico il sistema punitivo, è necessario osservare il rapporto delle fattispecie "delegificate" con i principi di riserva di legge e di tassatività. In tale contesto, si deve appurare in che misura il primo principio possa ammettere non già una categoria formalmente subordinata nel sistema delle fonti del diritto, come il regolamento, a proposito del quale il problema si è tradizionalmente posto in ambito pubblicistico, bensì un atto espressione di autonomia negoziale. Il modello di integrazione funzionale deve, inoltre, rapportarsi con il principio di tassatività, o sufficiente determinazione della fattispecie, sia riguardo alla corretta formulazione delle clausole contrattuali, sia soprattutto in relazione alla configurabilità di rinvii "in bianco" alla contrattazione collettiva.

Il fenomeno sopra descritto si appalesa, sul piano strutturale, mediante il consolidato schema del rinvio della legge alla fonte dell'autonomia collettiva. Il rinvio incide sul precetto, cioè sulla condotta vietata, e giammai sulla sanzione, poiché l'introduzione della misura punitiva per via contrattuale sarebbe pacificamente in contrasto con il principio di legalità delle sanzioni amministrative. Sul piano funzionale, pertanto, il ruolo del contratto è quello di derogare al precetto, integrandolo o addirittura sostituendolo *in toto*, con i limiti e le modalità che si esporranno.

Per la trattazione dei temi sopra compendati, si è ritenuto di scomporre il presente studio in tre momenti fondamentali. L'analisi delle problematiche del tema di ricerca inizia con l'illustrazione del modello universale, seppure nei limiti dell'interesse relativo all'oggetto della ricerca stessa. L'esame del paradigma comune è metodologicamente necessario, giacché la comprensione del tema specifico è evidentemente possibile solo con la prodromica trattazione della genesi e dei principi generali del fenomeno. In questa parte si è ritenuto di trattare sinteticamente i vari profili problematici e lo stato del dibattito dottrinale, nell'intento di tracciare il contesto normativo ed ermeneutico in cui si inserisce il tema del ruolo dell'autonomia collettiva nel diritto sanzionatorio. Pertanto, sono qui analizzate le interrelazioni tra la fonte eteronoma e quella autonoma nella canonica dimensione del diritto sindacale, seppure evidenziandone le connessioni con il precipuo oggetto dello studio.

La seconda parte della trattazione riguarda, più specificamente, il paradigma suddetto nell'ambito sanzionatorio. Questo segmento è dedicato all'analisi di compatibilità dei canoni dell'archetipo con le coordinate sistematiche del

diritto pubblico in generale e del diritto sanzionatorio in particolare. Si procede, poi, all'analisi di rilevanza delle questioni dello schema comune di diritto sindacale nella materia sanzionatoria, nonché all'illustrazione delle regole di funzionamento del particolare modello punitivo con le questioni che esso autonomamente pone. In tale sede è esposta la tesi centrale dello studio, secondo cui la contrattazione collettiva deve svolgere un ruolo necessariamente complementare a quello della legge e non può giammai paralizzare l'operatività della fattispecie sanzionatoria concepita dal legislatore, pena la violazione del principio di legalità.

Il terzo momento verte sull'esame delle singole figure di illecito "contaminate" dall'intervento della contrattazione collettiva. Come si avrà modo di rilevare, l'illustrazione delle singole fattispecie sanzionatorie è necessaria per comprendere appieno il modello di integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio, poiché è dalle concrete caratteristiche delle prime che è possibile realizzare il processo di astrazione che conduce al secondo.

* * * * *

Le considerazioni contenute nel presente libro sono frutto esclusivo del mio pensiero e non hanno carattere impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartengo.

Ringrazio i Professori Del Conte e Tiraboschi per l'opportunità concessami di pubblicare la presente opera, il Dott. Tomassetti per la preziosa attività di collaborazione nell'impostazione della prima parte del lavoro e il Dott. Rausei per i suoi utili suggerimenti in qualità di massimo esperto della materia sanzionatoria.

CAPITOLO I

IL MODELLO GENERALE DI INTEGRAZIONE TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

1. Ragioni e caratteri del fenomeno

La dottrina ha discusso a lungo sul fenomeno del rinvio normativo alla contrattazione collettiva, che anche recentemente, con il decreto legislativo n. 81/2015, ha registrato un significativo sviluppo. Le problematiche oggetto di analisi riguardano svariati aspetti del paradigma, che sembra opportuno classificare in ordine logico.

Rileva, in primo luogo, comprendere quale *ratio* sostenga la scelta del legislatore di affidare alla fonte autonoma materie disciplinate dalla legge e secondo quali modalità la fonte primaria si combini con la fonte negoziale collettiva.

Nelle ipotesi di “delega” di funzioni normative alla contrattazione collettiva, la legge attribuisce al sindacato il potere di dettare una disciplina concorrente con quella primaria ⁽¹⁾. In tal senso, il rinvio legislativo non svolge solo una funzione di tipo regolamentare, ma costituisce altresì un incentivo all’applicazione della contrattazione collettiva. In questo ambito promozionale l’autonomia collettiva, attraverso l’autorizzazione legislativa, può dettare una disciplina alternativa e derogatoria di quella legale ⁽²⁾. Sicché solo da un punto di vista descrittivo il contratto assume il ruolo, analogo a quello dei regolamenti dell’esecutivo, di norma secondaria nel contesto della gerarchia delle fonti, come avviene nel paradigma delegificativo ⁽³⁾. Sul piano

⁽¹⁾ E. GHERA, *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale*, in RIDL, 1988, n. 1, 22 ss.; cfr. anche G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in DLRI, 1986, n. 4, 667 ss.

⁽²⁾ In termini analoghi già L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in MGL, 1980, 692 ss.

⁽³⁾ Sulla delegificazione e le sue differenze con il rinvio legislativo alla contrattazione collettiva, qui denominato “deregolamentazione” o “autoregolamentazione”, si veda il cap. II, § 3.

funzionale, infatti, è chiara l'intenzione di promuovere la diffusione dei prodotti dell'autonomia collettiva.

In merito alle ragioni della genesi del modello integrativo tra legge e contratto collettivo, si può quindi dire che il legislatore, mediante il rinvio alla contrattazione collettiva, ricorre ad uno strumento socialmente adeguato in termini di flessibilità, vicinanza agli interessi concreti coinvolti e, quindi, di capacità di attirare consenso alle norme da parte dei relativi destinatari ⁽⁴⁾. Tali caratteri sono particolarmente rilevanti nel giustificare la scelta legislativa di affidare, con i limiti che saranno evidenziati (cap. II), all'autonomia collettiva talune fattispecie sanzionatorie amministrative.

Lo schema di integrazione tra legge e contrattazione collettiva s'inserisce nel crescente fenomeno del diritto promozionale del lavoro, che si esprime tramite le c.d. norme incentivo ⁽⁵⁾. Queste ultime costituiscono una moderna alternativa alle norme inderogabili di legge, espressione dell'intervento autoritativo dello Stato e, secondo un'opinione peraltro non pacifica, si pongono l'obiettivo di estendere l'applicazione del contratto collettivo al di là della sua efficacia di diritto comune. Quindi, si tratta di una devoluzione delle fonti normative, in un'ottica di sussidiarietà, che tende ad affidare il processo di produzione normativa a soggetti diversi dagli organi statali. Si osserva che il moderno mercato del lavoro esige regole flessibili e capillari, capaci di mantenere un equilibrio nell'arcipelago di situazioni che in esso si determinano ⁽⁶⁾. Di qui l'esigenza di "delegificazione", ove il legislatore, nella disciplina del rapporto di lavoro, delega la contrattazione ad integrare il disposto legislativo.

I rinvii formulati dalla legge a favore dell'autonomia collettiva possono essere definiti normativi, nel senso che sono diretti a porre in essere regole destinate a consentire e disciplinare l'esercizio del potere imprenditoriale. In tale contesto, si è parlato di crisi del principio di legalità e del potere legislativo, con la parallela accentuazione del ruolo regolativo delle parti sociali, chiamate ad adattare il precetto legale alle mutevoli esigenze del mercato nel

⁽⁴⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001, 148.

⁽⁵⁾ M. BIAGI, M. TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2012, 54; M. TIRABOSCHI, *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015, 24. Nell'attività ispettiva del lavoro, espressioni del diritto promozionale sono la diffida (art. 13, d.lgs. 124/2004), la conciliazione monocratica (art. 11), la prescrizione (art. 15) e la disposizione (art. 14). In merito a tali istituti si rinvia a P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, ADAPT University Press, 2014.

⁽⁶⁾ P. SARACINI, *Contratti collettivi e lavori flessibili*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004, 175 ss.

nuovo secolo ⁽⁷⁾. In ambito nazionale, soprattutto nel settore dei contratti di “lavoro flessibile”, è possibile assistere al passaggio dalla regolamentazione eteronoma inderogabile all’apertura ad una disciplina flessibile ed adattiva, tramite l’intervento regolatorio della contrattazione collettiva, dove la derogabilità, ad opera della fonte autonoma, diviene la regola, secondo un modello di co-regolazione della flessibilità ⁽⁸⁾.

Circa le modalità del fenomeno, parte della dottrina segnala due meccanismi di interazione tra legge e contrattazione: il primo è quello della delega “selettiva” alla fonte autonoma di disciplina di singoli profili dei lavori flessibili, mentre il secondo è quello della delega ampia alla contrattazione collettiva di prossimità di cui all’articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 ⁽⁹⁾. Naturalmente, tale interazione, in entrambi i casi, non determina un’equipollenza tra regolazione legislativa e contrattuale, posto che è sempre la legge a fissare limiti, vincoli e – nel caso dell’articolo 8 – finalità.

In senso critico è stato sottolineato come il nuovo rapporto tra legge e contrattazione collettiva, segno del declino della fonte eteronoma in vari ordinamenti europei, trovi il suo fondamento teorico nella dottrina *Law and Economics* ⁽¹⁰⁾. Essa tenderebbe a rapportare tutte le regole di un ordinamento giuridico ad un calcolo di utilità, che rappresenta la fonte e la misura della loro legittimità. Tale tendenza fa ritenere il consenso come condizione necessaria e sufficiente della legittimità della regola di diritto e l’individuo come fonte ultima di ogni legittimità. Questa nuova dimensione si può rilevare in tutte le branche del diritto, ivi comprese quelle, tra cui il diritto del lavoro, tradizionalmente affidate all’eteronomia. Nel diritto del lavoro, osserva tale dottrina, ogni regola eteronoma tende a divenire suppletiva ed il consenso dell’interessato costituisce giustificazione della deroga. Ed in tal modo «si insedia l’idea che il contratto collettivo possa derogare alla legge, che il contratto di categoria possa derogare all’accordo intercategoriale ed il contratto di impresa al contratto di categoria» ⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, 139 ss.

⁽⁸⁾ Si vedrà nel cap. II che nel diritto sanzionatorio la deroga contrattuale, per il necessario rispetto del principio di riserva di legge, non può assurgere al rango di regola.

⁽⁹⁾ L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 140 ss.

⁽¹⁰⁾ A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *DLRI*, 2005, n. 106, 155 ss. In analoga prospettiva, A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neo-liberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina, 2012.

⁽¹¹⁾ A. SUPIOT, *op. cit.*

Tra i modelli di combinazione tra legge e contratto collettivo presenti nell'ordinamento possono qui essere citati i seguenti ⁽¹²⁾:

- la legge pone una regola, consentendo al contratto di derogarla, come nel caso dell'articolo 2120 c.c.;
- la legge affida al contratto il compito di integrare le norme da essa poste, ad esempio nel contratto di apprendistato (decreto legislativo n. 167/2011, ora decreto legislativo n. 81/2015, articoli 41 ss.);
- la legge pone una norma suppletiva, che si applica in mancanza di diversa disposizione contrattuale, come nel caso dell'articolo 5 della legge n. 223/1991; come si vedrà, questa tecnica è diffusamente utilizzata nelle varie fattispecie sanzionatorie amministrative ⁽¹³⁾.

Sul piano disciplinare, bisogna osservare come la legge, nel rinviare al contratto collettivo, non si curi in alcun caso di stabilire regole e condizioni per la validità ed efficacia della fonte negoziale ⁽¹⁴⁾. In tal senso, il fenomeno dei rinvii in argomento si presenta molto articolato e, nello stesso tempo, privo di un disegno razionale che possa farlo assurgere a sistema.

In sintesi, il fenomeno può essere definito in termini di “integrazione funzionale” tra legge e contratto collettivo. Esso segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare solo in *melius*, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo ⁽¹⁵⁾.

Nel contesto comparato, il modello qui in esame può essere inserito nello schema della complementarità tra legge e contrattazione collettiva ⁽¹⁶⁾. Gli

⁽¹²⁾ Si veda ancora G. GIUGNI, *op. cit.*, 149.

⁽¹³⁾ Particolare attenzione va dedicata, in questa sede, a quella che una dottrina ha definito “contrattazione interdittiva”, dove il legislatore sembra conferire potestà assoluta di deroga all'autonomia collettiva, anche nell'*an*, consentendo quindi di paralizzare gli effetti della fattispecie legale: cfr. A. MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi: l'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, tomo I, 476 ss. Come si vedrà, nel diritto sanzionatorio, questo tipo di clausole negoziali è da ritenere inammissibile in relazione al principio di legalità (cap. II). Si veda anche *infra*, § 3.

⁽¹⁴⁾ S. SCARPONI, *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.

⁽¹⁵⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2015, n. 254, 12 ss. M. MAGNANI, *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in DRI, 2017, n. 1, 1 ss., evidenzia che i numerosi rinvii alla contrattazione collettiva, tuttora esistenti nella legislazione del lavoro, possono ascrivere, più che ad una funzione derogatoria della disciplina primaria, ad una funzione integrativa-adattativa del precetto legale.

⁽¹⁶⁾ S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei Paesi dell'Unione europea*, in RIDL, 2006, n. 4, I, 447 ss.

esempi più interessanti riconducibili a tale schema si rinvencono negli ordinamenti nordici, quali la Danimarca e la Svezia, laddove si parla di «leggi semi-vincolanti» e si riconosce a tali fonti un ruolo sussidiario rispetto ai contratti collettivi, alla condizione, tuttavia, che gli standard di tutela si equivalgano. Si segnala un rapporto di complementarità fra legge e contratto collettivo nel regime delle deroghe, come in Svezia, in materia di contratti a termine, dove si ammettono deroghe anche nei contratti decentrati. In Olanda si riscontra una soluzione analoga, con toni originali, nella legge del 1999, *Flexibility and Security*, dove le deroghe concordate in sede collettiva sono state ritenute legittime dalla Corte suprema e pertanto vincolanti nei confronti dei contraenti individuali. In Portogallo, dove si è avuta nel 2003 l'introduzione di un nuovo Codice del lavoro, vige il principio della derogabilità sia *in melius* sia *in peius* da parte dei contratti collettivi. In tale ordinamento, il ruolo della legge diviene residuale, anche in forza di un sistema di arbitrato obbligatorio per la soluzione delle controversie. La formula irlandese prevede la registrazione dei contratti collettivi da parte dei giudici del lavoro ogni volta che gli accordi collettivi introducono standard più flessibili nel confronto con la fonte legale. In questi casi il giudice verifica anche l'adeguatezza dei contratti rispetto alle fonti europee ⁽¹⁷⁾.

Naturalmente, il modello di integrazione funzionale tra le fonti legislativa e contrattuale può avere luogo solo in un contesto ordinamentale, come quello italiano, caratterizzato storicamente da una partecipazione delle associazioni sindacali all'esercizio dei pubblici poteri e, segnatamente, dallo svolgimento, attraverso la contrattazione collettiva, di una rilevante funzione regolatoria nel settore dei rapporti di lavoro. Peraltro, la presente indagine dimostrerà che tale funzione si estende ben al di là dell'ambito di detti rapporti, condizionando direttamente l'attività ispettiva e sanzionatoria della pubblica amministrazione. Il nostro sistema si contrappone a quello britannico, ove le organizzazioni sindacali sono inserite in un paradigma “volontaristico” (*representational conception*), nel quale la contrattazione collettiva è concepita strettamente come un'attività privata di libero mercato ⁽¹⁸⁾.

L'espansione del fenomeno risponde alla logica del principio di sussidiarietà, già indicato nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro* del 2001 come obiettivo fondamentale nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva: «Il legislatore (nazionale o regionale) dovrebbe intervenire solo dove le parti non abbiano sufficientemente svolto un ruolo regolatorio. In questo senso verrebbe esaltata appieno la funzione del contratto collettivo (nella sua prospettiva inte-

⁽¹⁷⁾ Sul sistema irlandese si veda M. DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *ILJ*, 2013, vol. 42, n. 4.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

raziendale) come strumento regolatore di una corretta competizione fra imprese sul piano sociale»⁽¹⁹⁾.

2. Legge e contrattazione collettiva: i principi di gerarchia e di *favor*

Nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva, sono tradizionalmente individuati due principi fondamentali, tra loro complementari, quello di gerarchia e quello di *favor*⁽²⁰⁾. Il primo, di carattere eminentemente sistematico, deriva dall'applicazione delle regole dettate in via generale per il rapporto tra legge e atti di autonomia privata⁽²¹⁾. La supremazia della fonte statale su quella negoziale si avvale della tecnica dell'inderogabilità, secondo cui la legge prevale sulle previsioni difformi della contrattazione collettiva a norma del combinato disposto degli articoli 1339 c.c. e 1419, secondo comma, c.c.⁽²²⁾.

Il predicato dell'inderogabilità della norma di legge nasce storicamente quale fondamento del diritto del lavoro e sindacale, al fine di tutelare il lavoratore⁽²³⁾. L'asserto fondamentale è chiaro e noto: data la diseguaglianza sostanziale delle parti del rapporto di lavoro, la fonte superiore pone talune regole non derogabili dall'autonomia, individuale e collettiva. Tuttavia, in riferi-

⁽¹⁹⁾ Sulle scelte politiche del Libro Bianco si rimanda a L. BELLARDI, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in *LD*, 2004, n. 1, 183 ss. Sul principio di sussidiarietà quale fondamento dei rapporti legge-contrattazione si veda *amplius* cap. II, § 3, e bibliografia ivi richiamata.

⁽²⁰⁾ Da ultimo sull'argomento, cfr. G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *LD*, 2015, n. 3, 491 ss. Per un *excursus* di carattere storico, si veda L. GAETA, «*La terza dimensione del diritto*»: legge e contratto collettivo nel novecento italiano, Giornate di Studio Aidlass 2016, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli, 16-17 giugno 2016, in *www.aidlass.it*.

⁽²¹⁾ Assunto da tempo sostenuto in dottrina: cfr., tra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, 113 ss.; più recentemente, C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI* 2008, n. 119, 360 ss.

⁽²²⁾ G. CENTAMORE, *op. cit.*, 494.

⁽²³⁾ Il tema è vasto e può essere in questa sede solo accennato, in funzione delle finalità del presente studio. Per una bibliografia essenziale, si rimanda a R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*; C. CESTER, *op. cit.*, 341 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009; R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *DLRI*, 2013, n. 140, 720 ss.; A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?*, in *DLM*, 2013, n. 1, 53 ss.; G. CENTAMORE, *op. cit.*; G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1, I, 61 ss.; G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 276; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *RGL*, 2006, n. 2, I, 229.

mento alla fonte collettiva, la *ratio* di protezione del lavoratore ha tradizionalmente implicato l'ammissibilità generale delle clausole negoziali più favorevoli per il prestatore (c.d. derogabilità *in melius*) e, correlativamente, l'inammissibilità di quelle peggiorative (c.d. inderogabilità *in peius*)⁽²⁴⁾. Nel diritto sanzionatorio, la prevalenza della legge – che deriva dal principio di legalità *sub specie* di riserva di legge (cap. II, § 5) – si deve intendere, come si vedrà, quale potestà esclusiva di introdurre le fattispecie di illecito e di stabilire il relativo trattamento sanzionatorio. In tale ambito, la sussistenza dell'interesse pubblico alla repressione delle condotte antigiusuridiche tollera interventi derogatori dell'autonomia unicamente in riferimento al precetto, cioè alla condotta vietata e sanzionata, ma non all'esistenza e vigenza della fattispecie illecita in sé (*infra*, cap. II, § 16). In altre parole, la tesi che il presente studio intende avanzare predica l'inammissibilità ordinamentale di una contrattazione "interdittiva" nel sistema sanzionatorio lavoristico. Sono definite "interdittive" quelle clausole «che contrastano l'operatività di una norma legale vigente (è il caso del divieto collettivo – più o meno esplicitato dalle parti stipulanti – di ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato o al contratto di lavoro intermittente)»⁽²⁵⁾. Come si osserverà in seguito, ammettere la possibilità di accordi sindacali di tal genere signifi-

⁽²⁴⁾ Tra gli AA. più recenti ad affrontare il tema dell'inderogabilità in relazione ai contenuti della contrattazione collettiva cfr. F.V. PONTE, *La (in)certezza della norma inderogabile nel lavoro subordinato*, in *DML*, 2017, n. 1, I, 75 ss., il quale osserva la tendenza attuale della legge ad affidare spazi sempre più ampi alla contrattazione collettiva in ambiti tradizionalmente relegati nell'inderogabilità. D. COMANDÈ, *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *RIDL*, 2017, n. 2, I, 275 ss., analizza il tema del potere derogatorio riconosciuto alla contrattazione collettiva, specie periferica. L'A. individua nel criterio di competenza, anche oggettiva, adottato nelle recenti prassi contrattuali, il modello di razionalizzazione del sistema dei rapporti tra fonti autonome.

⁽²⁵⁾ A. MARESCA, *op. cit.*, 482. Sul tema è intervenuto anche il Ministero del lavoro con orientamenti contrastanti. In riferimento alla contrattazione di prossimità, il Dicastero ha sostenuto che questa non può azzerare il limite legale di contingentamento previsto per il lavoro a termine (int. Mn. lav. n. 30/2014, in *Boll. ADAPT*, 2014, n. 43). In ordine alle ipotesi di legittimo ricorso al lavoro intermittente, il Ministero ha manifestato un indirizzo diverso, sostenendo l'illiceità dell'utilizzo di questa tipologia contrattuale qualora sia espressamente vietato dalla contrattazione collettiva di categoria, in ragione della mancata individuazione delle ragioni e delle esigenze produttive, così come previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 81/2015 (nota Min. lav. prot. n. 18194/2016); nella nota si afferma che «appare corretto ritenere che le parti sociali, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possano decidere legittimamente di non far ricorso affatto al lavoro intermittente». Peraltro, nell'int. Min. lav. n. 37/2008, il Dicastero aveva sostenuto l'opposta tesi, secondo cui «l'autonomia collettiva sembra avere un potere integrativo/ampliativo ma non già preclusivo» rispetto alle ipotesi soggettive di ricorso al contratto.

cherebbe rimettere alle parti collettive l'operatività fattispecie di illecito poste a presidio di interessi rilevanti per l'intero ordinamento ⁽²⁶⁾.

Negli ultimi anni il principio gerarchico nel rapporto legge-contrattazione collettiva è entrato in un'evidente crisi e proprio l'affermazione del modello integrativo ne costituisce la più palese manifestazione, laddove la legge, attraverso varie modalità, cede importanti spazi regolatori alla fonte autonoma. Come meglio si vedrà, altri sono i canoni che reggono le nuove interrelazioni tra le due tradizionali fonti del diritto del lavoro: diritto riflessivo, sussidiarietà, deregolamentazione, ecc.

Secondo l'impostazione tradizionale, il principio gerarchico è integrato dal predicato del *favor* per la contrattazione collettiva. Il "privilegio" conferito all'autonomia collettiva, ricavabile dalla prassi normativa "storica" della legislazione repubblicana, è ricondotto alla specialità del diritto del lavoro, destinato *naturaliter* alla predisposizione di un impianto di protezione del prestatore ⁽²⁷⁾. In questa ottica, la legge predispone un sistema di incentivi diretto alla più ampia diffusione ed applicazione della contrattazione collettiva, a fini di tutela del prestatore, ma anche di corretta concorrenza tra lavoratori e tra imprese. Dunque, le coordinate sistematiche del principio in parola sono riconducibili sia alla tutela della personalità del lavoratore *ex* articoli 2 e 35 Cost., sia alla libertà sindacale *ex* articolo 39 Cost., sia infine al retto esercizio della libertà d'impresa *ex* articolo 41 Cost. Va osservato che il meccanismo incentivante all'applicazione della contrattazione collettiva possiede una persistente attualità nella legislazione nazionale ⁽²⁸⁾.

Nel corso della trattazione si avrà modo di osservare come il *favor* verso i contenuti dell'autonomia collettiva sia rilevante per la funzione della contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio. Si può dire sul punto che, nell'ambito del modello integrativo legge-contrattazione collettiva del diritto sanzionatorio, proprio in un settore dove quello pubblico-autoritativo è un

⁽²⁶⁾ In proposito, A. MARESCA, *op. cit.*, ritiene inammissibili le clausole interdittive nelle ipotesi di norme imperative, quali sono da considerarsi naturalmente tutte quelle che disciplinano figure di illecito amministrativo.

⁽²⁷⁾ Per approfondimenti si vedano, tra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 185 ss.; O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in RIDL, 2001, n. 3, I, 232 ss. Si rimanda anche a G. CENTAMORE, *op. cit.*, 494 ss.

⁽²⁸⁾ Si deve fare riferimento in proposito ai benefici economici e/o normativi che l'ordinamento accorda, dall'art. 36 della l. n. 300/1970 alla legge di stabilità 2015, ai datori di lavoro che accettino di applicare i contratti collettivi (c.d. norme incentivo: si veda *supra*, nota 5). Il Ministero del lavoro, a fini di contrasto della contrattazione "pirata", ha elaborato un orientamento di *favor* in particolare per la contrattazione stipulata dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Sia consentito, in merito, il rinvio a C. SANTORO, *Il principio di "meritevolezza dei benefici normativi e contributivi" ed i sindacati comparativamente più rappresentativi*, in DRI, 2015, n. 3.

momento fondamentale, il principio di *favor* dell'autonomia svolga un ruolo tutt'altro che secondario. È evidente, peraltro, come esso, per la consistenza degli interessi pubblici implicati nel sistema sanzionatorio, sia destinato a confrontarsi costantemente con quello di gerarchia ed inderogabilità. Invero, il principio in parola deve essere ritenuto uno dei fondamenti del paradigma partecipativo nel diritto sanzionatorio, insieme all'esigenza di ricerca di adesione dei destinatari al sistema repressivo (cap. II).

3. Profili strutturali: inderogabilità, rinvio proprio e rinvio improprio

Sul piano strutturale, come già accennato, il fenomeno integrativo tra legge e contrattazione collettiva si esprime attraverso il meccanismo del rinvio della prima alla seconda. In relazione al postulato dell'inderogabilità, si distingue tradizionalmente tra rinvii propri e rinvii impropri⁽²⁹⁾. I primi sono i rimandi che la legge opera per derogare o integrare norme altrimenti inderogabili; in tali ipotesi la norma primaria “delegante” assume i caratteri della stretta necessità, nel senso che, in sua mancanza, l'autonomia collettiva – o individuale – non potrebbe disciplinare la materia riservata alla legge. I rinvii impropri, all'opposto, sono quelli che la legge opera in casi o materie nei quali la contrattazione collettiva è già abilitata a normare *motu proprio*; in tal senso essi sono “impropri”, in quanto privi di reale valore precettivo. In loro mancanza, dunque, l'autonomia collettiva potrebbe comunque disciplinare la fattispecie.

Posto ciò, nel diritto sanzionatorio il rinvio legislativo alla contrattazione collettiva in funzione derogatoria è evidentemente sempre proprio, giacché esso si colloca in un settore pubblicistico dominato dall'inderogabilità delle previsioni primarie. Per di più, in materia sanzionatoria, i rinvii normativi aggiungono al carattere di stretta necessità quello della limitatezza del loro ambito, giacché essi possono riguardare solo il precetto e non possono condizionare l'efficacia della disposizione punitiva (cap. II, § 7.2).

(29) V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, n. 94, 278 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2004, n. 22, 24 ss.

4. Le criticità del modello: profili generali

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

Il primo problema fondamentale riguarda il profilo disciplinare-positivo: manca una disciplina organica del fenomeno. La carenza regolatoria costringe l'interprete a considerare, di volta in volta, i singoli interventi legislativi in un quadro spesso incoerente e contraddittorio. Ad aggravare la situazione, si deve aggiungere che nemmeno le singole leggi di rinvio si curano di definire le regole specifiche del rapporto legge-contratto collettivo nel contesto rispettivamente considerato. Questo è, verosimilmente, il portato della preoccupazione del legislatore di creare un sistema alternativo ed incompatibile con quello prefigurato dal costituente nell'articolo 39 Cost. e, in ultima analisi, della sua inerzia nell'attuare o modificare/abrogare la disposizione costituzionale, che prevede – come noto – l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dai sindacati registrati secondo la procedura ivi prevista.

A loro volta, l'inattuazione del precetto costituzionale e la carenza disciplinare determinano ulteriori problemi, in relazione alla natura ed alla conseguente efficacia soggettiva del contratto collettivo previsto dalla norma di rango primario. Invero, avendo quest'ultima *naturaliter* efficacia ed applicazione generale, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di trasmissione di tali caratteri al contratto collettivo cui la legge rinvia. Occorre a tal proposito chiedersi se le norme che conferiscono – o che si propongono di farlo – tale efficacia generalizzata al contratto collettivo siano compatibili con l'articolo 39, quarto comma, Cost., o ne costituiscano una sostanziale elusione. La dottrina ha a lungo dibattuto il tema, ma non si può dire che sia addivenuta a soluzioni certe e definitive.

Della questione è stata più volte partecipe la Corte costituzionale, la quale, se in un suo noto intervento ⁽³⁰⁾ aveva fissato chiari limiti all'opera legislativa di "autorizzazione" di norme contrattuali con efficacia *erga omnes*, nelle successive pronunce sembra aver preso atto, con sostanziale ed a volte esplicita approvazione, della tendenza normativa a generalizzare i prodotti dell'autonomia collettiva ben oltre la portata *inter partes* attualmente loro imposta dall'ordinamento. Tale atteggiamento della Consulta è stato verosimilmente indotto dalla persistente inerzia del legislatore, sia nell'attuare sia nel modificare o abrogare la seconda parte dell'articolo 39 Cost.

Al fine di affrontare le questioni cennate, è necessario preliminarmente individuare la natura giuridica del contratto collettivo oggetto di rinvio legislativo.

⁽³⁰⁾ C. cost. 11 dicembre 1962, n. 106.

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

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

5.1. La tesi della fonte del diritto

Secondo parte della dottrina, la rilevanza giuridica del contratto collettivo, nel modello integrativo tra legge e contratto collettivo, non può rinvenirsi nell'articolo 1322 c.c., bensì nelle specifiche norme di legge che espressamente lo prevedono ⁽³¹⁾. Inoltre, il negozio collettivo non sarebbe, nella fattispecie, una mera autoregolamentazione di interessi privati, ma svolgerebbe una funzione in senso lato pubblicistica, in quanto fonte concorrente di quella legale. A tal proposito, nell'attuale sistema normativo il contratto collettivo svolgerebbe molteplici funzioni, alle quali corrispondono, secondo questo indirizzo interpretativo, una molteplicità di strutture e regimi giuridici ⁽³²⁾. Tra tali funzioni è qui da evidenziare quella normativa, che accosta il contratto collettivo alle fonti del diritto, la quale determinerebbe un regime giuridico particolare e differenziato da quello del contratto ordinario di diritto comune. I punti di criticità del contratto/fonte, sui quali occorre garantire il rispetto di alcune coerenze ordinamentali, secondo lo stesso orientamento sono: il fondamento democratico e verificabile del potere normativo; la diversità delle sfere giuridiche del potere normativo che si esprime attraverso il contratto collettivo rispetto a quelle della legge e dell'autonomia ne-

⁽³¹⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 148.

⁽³²⁾ L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002.

goziale individuale; la necessità che gli strumenti conoscitivi, probatori e interpretativi delle regole prodotte tengano conto della funzione normativa affidata al contratto. Peraltro, si è invitato a sdrammatizzare il problema della natura di fonte del contratto collettivo ed in generale «un'esigenza classificatoria che appassiona in misura inversamente proporzionale alle questioni che risolve»⁽³³⁾. Nel medesimo contesto si inserisce chi ritiene “fonte-fatto” il contratto collettivo richiamato da norme di legge, come tale obiettivamente idoneo a produrre norme giuridiche⁽³⁴⁾. La contrattazione collettiva, secondo tale dottrina, è stata utilizzata dal legislatore non nella sua funzione originaria di strumento di composizione dei contrapposti interessi delle parti, ma quale fonte che assume la funzione, più ampia, di integrare il diritto oggettivo, al fine di sopperire alla mancata attuazione della seconda parte dell'articolo 39 Cost. Tuttavia, l'efficacia soggettiva di tale fonte non sarebbe *erga omnes*, bensì quella propria del contratto di diritto comune, poiché la funzione e la natura del contratto collettivo resta pur sempre unica, quella di composizione degli interessi delle parti contrapposte. In merito alla natura del contratto collettivo, altro orientamento invita a distinguere un profilo formale da uno funzionale: dal primo punto di vista esso non può essere considerato una fonte, mentre dal secondo sì, in quanto produttivo di rilevanti effetti nella disciplina dei rapporti di lavoro⁽³⁵⁾.

Peraltro, non può sottacersi che la questione della natura di fonte del diritto del contratto collettivo ha ricevuto impulso da un rilevante intervento normativo, quale in particolare il decreto legislativo n. 40/2006, che, in riforma del processo civile, ha previsto il ricorso in Cassazione per violazione e falsa applicazione di norme dei contratti collettivi nazionali, equiparandoli, sotto tale profilo, agli atti normativi di rango primario (nuovo articolo 360, primo comma, n. 3, c.p.c.)⁽³⁶⁾. Tale disposizione aveva visto un precedente di rilie-

⁽³³⁾ L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come «fonte»: teorie ed applicazioni*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.

⁽³⁴⁾ G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, cit., 112 ss.

⁽³⁵⁾ M. RICCI, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, cit., 138 ss.

⁽³⁶⁾ M. RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, 29 ss., svolge un *excursus* storico della natura del contratto collettivo, per giungere all'attuale, tendenziale, identificazione di esso con le fonti del diritto, in considerazione della riforma del processo civile del 2006, che ha stabilito la ricorribilità in Cassazione, per violazione e falsa applicazione di norme dei contratti collettivi e ha previsto il meccanismo sull'accertamento pregiudiziale di questioni relative all'interpretazione, validità ed efficacia delle clausole di contratti o accordi collettivi nazio-

vo in tema di pubblico impiego nell'articolo 63, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 (già articolo 68, comma 5, del decreto legislativo n. 29/1993). Inoltre, in entrambi i settori, pubblico e privato, la legge consente anche l'accertamento pregiudiziale dinanzi alla Corte di Cassazione sull'efficacia, validità e interpretazione del contratto collettivo (articolo 420-*bis* c.p.c.). Pertanto, attualmente il contratto collettivo sarebbe accostabile ad una vera e propria fonte eteronoma di disciplina dei rapporti e del mercato del lavoro, chiamata a svolgere una funzione regolatoria sostanzialmente omogenea, se non addirittura fungibile, rispetto alla fonte legislativa ⁽³⁷⁾. Accanto alla tradizionale "funzione normativa" del contratto collettivo – intesa come attitudine a regolare una serie aperta di rapporti negoziali intercorrenti tra soggetti diversi da quelli stipulanti –, si sarebbe progressivamente consolidata una evoluzione funzionale della fonte collettiva, che ne ha determinato l'emancipazione dalla sfera della mera autonomia privata e dalle categorie del diritto privato. In tal senso, questa dottrina non esita a parlare di "funzionalizzazione" del contratto collettivo verso finalità di pubblico interesse, eccedenti rispetto a quelle proprie delle parti rappresentate. Secondo tale ragionamento, i numerosi rinvii legislativi all'azione regolativa delle parti sociali hanno fatto del contratto collettivo uno strumento di regolazione sempre più interconnesso con la fonte legislativa, nella quale esso viene spesso integrato in funzione di necessario complemento della disciplina primaria, o alla quale esso viene addirittura assoggettato attraverso l'imposizione di vincoli di scopo di cui è evidente la problematica compatibilità con una visione interamente volontaristica e privatistica della contrattazione collettiva. Nello stesso ordine di idee si sostiene la natura di fonti del diritto dei contratti collettivi, e precisamente di fonti-fatto atipiche ⁽³⁸⁾. Secondo tale dottrina, la relazione tra associazioni sindacali e lavoratori non può essere con-

nali. Sicché, secondo l'A., l'attuale quadro normativo rende sempre meno scontato l'inquadramento formale dei negozi di autonomia collettiva nel diritto comune dei contratti. M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, n. 3, 553 ss., ritiene sia innegabile l'insufficienza della tesi dominante che sostiene la natura di diritto comune del contratto collettivo, alla luce delle profonde trasformazioni, sociali e normative, dell'istituto. Il patto collettivo ha rilevanti effetti nell'ordinamento generale dello Stato, che vanno ben oltre la ristretta cerchia dei contraenti. L'A., pertanto, annovera il contratto collettivo tra le fonti *extra ordinem* che l'ordinamento promuove in omaggio al principio di libertà sindacale e sussidiarietà.

⁽³⁷⁾ B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, Working Paper CSDL E "Massimo D'Antona" – IT, 2010, n. 97, 2.

⁽³⁸⁾ F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, 7 ss.

cepita in termini di rappresentanza di diritto privato ⁽³⁹⁾, soprattutto perché l'azione dei sindacati non osserva l'inderogabile regola civilistica secondo la quale gli effetti della volontà negoziale del rappresentante ricadono esclusivamente nella sfera giuridica del rappresentato. Ne conseguirebbe che il rapporto sindacati-lavoratori debba essere ricondotto alla rappresentatività, che è un tipo di rappresentanza di natura pubblicistica. La mancata attuazione della seconda parte dell'articolo 39 Cost., in questa visione, non impedisce al primo comma di esplicare tutta la sua efficacia precettiva: la libertà sindacale ivi affermata consente, tra l'altro, ai sindacati di fatto predominanti di esercitare una potestà che la Costituzione riconosce e garantisce. L'orientamento in parola conclude che i contratti di fatto affermatasi, anche *erga omnes*, devono essere considerati fonti-fatto atipiche, in quanto diverse dai contratti collettivi *ex* articolo 39 Cost., ma giustificate e fondate sull'autonomia collettiva comunque garantita dallo stesso articolo 39 ⁽⁴⁰⁾. Nel medesimo filone interpretativo si inserisce chi ritiene che i rinvii della legge alla regolamentazione del contratto collettivo costituiscano un *corpus* normativo in cui fonte legale e fonte negoziale si intrecciano, in modo che il contratto collettivo, per assolvere alle funzioni di interesse generale che la legge gli assegna, ha un'efficacia necessariamente generale, che vincola anche contro la sua volontà i lavoratori non iscritti o iscritti al sindacato dissenziente ⁽⁴¹⁾. In tal caso, la teoria privatistica del contratto collettivo rivelerebbe tutti i suoi limiti, con l'inevitabile conclusione della natura di fonte *extra ordinem* dell'autonomia collettiva.

Nell'ambito di questo filone ermeneutico posizione a parte è quella di chi inquadra nell'ambito della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici la

⁽³⁹⁾ Tale orientamento ha recentemente ricevuto l'autorevole adesione di M. PERSIANI, *Le vicende della rappresentanza e rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo*, in *ADL*, 2017, n. 3, I, 531 ss.; in precedenza, M. PERSIANI, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *ADL*, 2011, n. 1, I, 1 ss.

⁽⁴⁰⁾ Lo stesso F. MODUGNO, *Le fonti normative nel Diritto del Lavoro*, in C. BALDUCCI, M.L. SERRANO (a cura di), *Atti del convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro. Otranto, 10-11 giugno 2011*, Caspur-Ciber, 2011, 116, ha anche affermato che il contratto collettivo richiamato dalla legge potrebbe definirsi come fonte fatto di diritto scritto, analogamente a quanto si è sostenuto con riferimento alle fonti di altri ordinamenti le quali, sebbene esterne rispetto a quello italiano, concorrano a formare il nostro stesso diritto positivo, in quanto richiamate o riconosciute da determinate norme interne. Il fondamento del contratto collettivo come fonte (anche) del diritto statale, secondo l'A., è riposto nell'autonomia collettiva come esplicazione della libertà sindacale; e il contratto collettivo non è fatto normativo *extra ordinem* fondato sulla mera effettività, bensì, sul versante del diritto statale, è fatto normativo di diritto scritto.

⁽⁴¹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, n. 4-5, 970 ss.

problematica dell’inserimento del contratto collettivo tra le fonti del diritto⁽⁴²⁾. Si sostiene che la questione non può essere affrontata limitandosi ad una visione statalista e positivista della produzione giuridica, bensì volgendo lo sguardo alle acquisizioni della dottrina dell’ordinamento intersindacale. Detta dottrina ha scoperto che l’autonomia collettiva è un sistema permanente ed organizzato di norme che disciplinano i rapporti di lavoro. Tale sistema è rilevante anche nell’ordinamento statale attraverso la norma di cui all’articolo 39, primo comma, Cost.: questa riconosce non la semplice libertà di associazione, bensì la libertà di organizzazione come strumento necessario per assicurare l’effettività dell’autonomia collettiva, intesa quale potere di produzione delle norme finalizzate all’autotutela degli interessi collettivi economici e professionali. Pertanto, il contratto collettivo costituirebbe una fonte-atto posta nell’ordinamento intersindacale e presupposta dall’ordinamento statale. Secondo l’orientamento in parola, inoltre, la funzionalizzazione dell’autonomia collettiva ad interessi pubblici non è incompatibile con il dettato costituzionale della libertà sindacale, giacché la fissazione legislativa di oneri in capo al sindacato è prevista, tra l’altro, dall’articolo 39, secondo comma, Cost., in riferimento alla registrazione delle associazioni sindacali legittimate alla stipula di contratti *erga omnes*.

Anche la dottrina pubblicistica che si è occupata della questione, pur definendo le fonti del diritto come atti o fatti che assumono efficacia *erga omnes*, include nella categoria i contratti collettivi di lavoro cui la legge faccia rinvio⁽⁴³⁾. La natura di fonte del contratto collettivo, in particolare, sussisterebbe sia nel caso di esercizio *secundum legem* dell’autonomia, sia in caso di esercizio *praeter legem* cioè quando, tra l’altro, al contratto sia consentito derogare alla legge.

5.2. La tesi dell’atto di autonomia

In contrapposizione all’orientamento “pluralista” sulla natura del contratto collettivo, è stato osservato che la questione del contratto collettivo “delegato” ha determinato la prospettazione dell’esistenza, nel nostro ordinamento, di due diversi tipi di contratto collettivo, assoggettati a diversi regimi: da un lato gli ordinari negozi di diritto comune, dall’altro i contratti “delegati” dal-

(42) E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, ES, 2011, vol. II, 1683 ss., e E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in RIDL, 2012, n. 2, II, 195 ss.

(43) A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in RIDL, 1990, n. 1, I, 15 ss.

la legge ⁽⁴⁴⁾. Tale dottrina respinge la tesi, propugnata anche dalla Corte costituzionale, giacché essa comporterebbe la non assoggettabilità dei contratti nominati dalla legge all'articolo 39 Cost., che non sarebbero quindi espressione di libertà sindacale ma di interessi pubblici a questa estranei. Pertanto, si afferma l'esistenza nell'ordinamento di un solo tipo di contratto collettivo, quello di diritto comune, assoggettato al regime ordinario. Ne deriva la conclusione dell'impossibilità di inquadramento dei contratti collettivi tra le fonti del diritto oggettivo, con l'ulteriore corollario dell'inammissibilità costituzionale della funzionalizzazione della contrattazione collettiva ad interessi pubblici ad essa estranei. Nel medesimo contesto esegetico, si afferma che il contratto collettivo sia da ritenere un fenomeno del tutto unitario, giacché si tratta di un atto normativo munito di una propria tipicità sociale, che preesiste all'eventuale devoluzione, ad opera del legislatore, di certi compiti regolativi ⁽⁴⁵⁾. Ancora si è sostenuto che il contratto oggetto di rinvio normativo non muta la sua natura di fonte normativa negoziale, né la sua struttura unitaria, né la sua funzione di composizione degli interessi delle parti stipulanti ⁽⁴⁶⁾. Il perseguimento di interessi pubblici opera dall'esterno ed è pur sempre affidato alla legge, giacché le parti restano libere sia nell'*an* che nel *quid* della contrattazione, così escludendosi qualunque ipotesi di "funzionalizzazione" dell'autonomia collettiva.

L'argomento probabilmente più pregnante della corrente di pensiero contraria alla natura di fonte del patto collettivo appare quello di ritenere costituzionalmente inaccettabile, *ex* articolo 39, quarto comma, Cost., l'idea – propugnata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 344/1996 – secondo la quale il contratto collettivo costituirebbe una fonte di diritto *ex-*

⁽⁴⁴⁾ M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, n. 1, 18.

⁽⁴⁵⁾ A. BOLLANI, *L'interpretazione del contratto collettivo*, in G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, 2014, 844 ss. Anche F. LUNARDON, *Il contratto collettivo e le altre fonti (legge, usi, regolamenti)*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, cit., 104, nega l'esistenza di pluralità di funzioni – integrativa, derogatoria, ecc. – del contratto collettivo, estranee a quelle tradizionali obbligatoria e normativa. Ne consegue, secondo l'PA., l'inconfigurabilità di regimi giuridici differenziati della pattuizione collettiva, diversi da quello del diritto comune.

⁽⁴⁶⁾ P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, 2005, 115. Secondo R. ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, 94, nel caso in cui sia oggetto di rinvio, il contratto non smarrisce la sua natura di atto di diritto privato; più semplicemente esso entra a far parte di una sequenza procedimentale (o di una fattispecie complessa), dal cui compimento discende l'effetto generalizzante, che è però di chi la fattispecie ha creato, e cioè la legge.

tra ordinem, cui la legge potrebbe delegare funzioni di produzione normativa con efficacia generale. In tal modo si sostituirebbe «al sistema costituzionale fondato sul principio maggioritario con tutela delle minoranze un rinvio legale in bianco agli atti di soggetti diversamente identificati»⁽⁴⁷⁾.

Il superamento della tesi del contratto collettivo come fonte del diritto deriva, verosimilmente, dal venir meno di un suo fondamentale presupposto fattuale, l'unità delle grandi confederazioni – alle quali il legislatore aveva affidato una sorta di monopolio rappresentativo alla stipula dei contratti collettivi attraverso la formula del “sindacato maggiormente rappresentativo” – che determinava la rappresentanza unitaria degli interessi dell'intera classe lavoratrice⁽⁴⁸⁾. Invero, l'ormai irreversibile utilizzazione del contratto collettivo a fini regolatori non ha mai fatto i conti con alcuni nodi problematici derivanti dalla assenza – oltre che di compiuta disciplina – di una condivisa teorica del contratto collettivo come fonte del diritto⁽⁴⁹⁾. Ci si è accontentati del ricorso al principio di effettività, o peggio a non sempre individuabili “prassi consolidate”, per consentire al sistema di sopravvivere. Si è riusciti nell'intento sino a che le grandi trasformazioni economiche e sociali dell'ultimo periodo storico non lo hanno più consentito, con il conseguente (ri)sorgere – sul piano dei rapporti concreti – di problematiche in realtà solo celate da favorevoli congiunture.

Orbene, in merito all'individuazione dei caratteri essenziali della contrattazione di rinvio, la tesi preferibile appare, a Costituzione invariata, quella della tradizionale natura di diritto comune del contratto collettivo e della conseguente funzione di regolamentazione di interessi privati, attraverso la composizione del conflitto tra le contrapposte categorie dei datori e dei lavoratori.

Tale conclusione deriva innanzitutto da esigenze di certezza, giacché la stessa dottrina che sostiene la natura alternativa dell'autonomia contrattuale, come si è visto, è divisa e perplessa sulla precisa configurazione del contratto collettivo. Si parla, alternativamente, di fonte *extra ordinem*, di fonte fatto, di fonte fatto di diritto scritto, fonte-atto dell'ordinamento intersindacale, ecc., senza peraltro specificare l'esatta consistenza di tali nozioni. Si deve aggiungere che non appare pacifica, tra tali autori, la stessa nozione di fonte del diritto, come le ampie discussioni sul punto dimostrano. Inoltre, tali incerte definizioni si fondano sullo svolgimento, da parte della contrattazione collettiva, di una funzione di perseguimento degli interessi pubblici che ap-

⁽⁴⁷⁾ A. VALLEBONA, A. D'ANDREA, voce *Contratto collettivo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, IV, 260.

⁽⁴⁸⁾ A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2007, 195 e 269 ss.

⁽⁴⁹⁾ B. CARUSO, A. LO FARO, *op. cit.*, 4.

pare più affermata che dimostrata, poiché – come condivisibilmente precisato in dottrina ⁽⁵⁰⁾ – è la legge, e non il contratto, a perseguire tali interessi tramite il ricorso allo strumento dell'autonomia. Per di più, i connotati di tale pretesa figura di contratto “funzionalizzato” all'interesse pubblico non sono definiti in alcuna norma positiva, nemmeno nelle stesse leggi che rinviano alla fonte pattizia, né queste richiamano regimi speciali per tale pretesa nuova tipologia negoziale.

Sicché, incertezze dottrinali in disparte, di un contratto collettivo “altro” non risulta traccia né in Costituzione, né in alcuna fonte legislativa che richiama la categoria pattizia. Ora, tutto questo non può, all'evidenza, essere addebitato a dimenticanze del legislatore, le quali sarebbero così tante, quante sono le disposizioni di rinvio all'autonomia collettiva, da far dubitare della sua stessa consapevolezza di azione. In tale contesto si vuole sostenere, invece, che la legge compie deliberatamente tale operazione, proprio in quanto la contrattazione resta un atto di autonomia, cioè un atto che si fonda sul consenso liberamente prestato dagli attori sociali. In altre parole, il legislatore presume che la disciplina di una determinata materia, con il concorso della contrattazione, sia socialmente adeguata in termini di consenso, proprio per la compartecipazione di un atto di autonomia che proviene dai consociati. Non avrebbe senso affidarsi ad uno strumento che costituisce – o diventa, con il rinvio legislativo – una fonte eteronoma, se l'obiettivo è il coinvolgimento democratico dei destinatari delle norme al processo di formazione delle stesse, nell'ottica della sussidiarietà e della tenuta del sistema dei rapporti di lavoro.

In definitiva, la legge, nel paradigma in esame – che ben risponde ai postulati di quello che è stato definito il “diritto riflessivo” –, presuppone la contrattazione come atto di consenso autonomo, e la coinvolge esattamente in quanto tale; proprio per questo motivo essa non può mutarsi in fonte del diritto in ragione del richiamo legislativo, pena la dispersione della *ratio* originaria del fenomeno. Pertanto, in quanto atto autonomo, il contratto collettivo non può che assumere, anche nelle ipotesi di rinvio normativo, i contorni del contratto di diritto comune. Tale conclusione non può essere ritenuta in contrasto con la teoria dell'ordinamento intersindacale ⁽⁵¹⁾, ma anzi appare come una conferma della stessa. Tale teoria è fondata proprio sull'ordinamento delle relazioni industriali come il prodotto di atti di autonomia e sulla separazione, e non sulla gerarchia, tra la propria sfera di com-

⁽⁵⁰⁾ P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 115.; R. ROMEI, *op. cit.*, 94.

⁽⁵¹⁾ Come ritenuto, invece da E. GHERA, *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, cit., 1683 ss., e E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, cit., 195 ss.

petenza e quella dell'ordinamento statale. La legge, con il rinvio alla contrattazione opera un riconoscimento dell'autonomia, che tale resta anche nell'ordinamento generale; altrimenti ragionando si avrebbe l'assorbimento di quella in questo e la paventata "funzionalizzazione" degli interessi collettivi a quello generale perseguito dalla legge.

Inoltre, e soprattutto, sul piano più strettamente positivo non possono essere trascurate le decisive obiezioni di natura costituzionale che si frappongono all'accoglimento della tesi del contratto collettivo come fonte del diritto variamente definita. La conclusione ultima di tale ricostruzione è che il contratto collettivo "funzionalizzato", al contrario di quello di diritto comune, non sarebbe sottoposto all'articolo 39 Cost. Si tratta di un esito ermeneutico "creativo", in contrasto con l'immodificato dato costituzionale, che non conosce la distinzione menzionata. Né vale l'argomentazione, ricorrente tra i sostenitori della tesi qui non condivisa, che il Costituente non poteva conoscere l'evoluzione del modello delle relazioni sindacali. Invero, detta argomentazione produce l'unico effetto, giuridicamente irrilevante, di evidenziare la noncuranza dell'attuale legislatore nell'aggiornare il testo costituzionale, ovvero, da altro punto di vista, la sua visione – anacronistica, se si vuole – della perdurante validità della disposizione costituzionale. In tale ambito, si deve condividere l'autorevole opinione dottrinale secondo cui se il contratto collettivo costituisse davvero una fonte di diritto, cui la legge potesse delegare funzioni di produzione normativa con efficacia generale, la disciplina costituzionale di cui all'articolo 39, seconda parte, Cost., fondata sulla identificazione di sindacati registrati e sul principio maggioritario con tutela delle minoranze, sarebbe surrettiziamente surrogata da rinvii legali in bianco agli atti di soggetti sindacali diversamente individuati ed operanti⁽⁵²⁾. Le svariate tesi, anche del giudice costituzionale (cfr. § 6.1), formulate per giustificare costituzionalmente l'efficacia generale della contrattazione oggetto di rinvio legislativo, appaiono quindi più come tentativi di dimostrare – secondo le opzioni soggettive del singolo interprete – l'anacronismo della disciplina costituzionale, che orientamenti tesi a evidenziare fondatamente la compatibilità del modello legislativo con la Carta.

Pertanto, il contratto collettivo oggetto di rinvio legislativo non può mutare la sua natura di negozio di diritto comune, applicabile solo agli iscritti o ai non dissenzienti, pena la violazione della disposizione costituzionale. A ben vedere, dunque, la tesi del contratto collettivo come fonte del diritto appare solo come un tentativo di legittimazione *a posteriori* dell'intensa produzione normativa di rinvio all'autonomia collettiva dell'ultimo trentennio, al fine di

⁽⁵²⁾ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *DLRI*, 1997, n. 75, 409.

evitare il contrasto di essa con la seconda parte dell'articolo 39 Cost. Tuttavia, si vedrà che nel contesto del diritto sanzionatorio questo rischio non è reale (cap. II).

Il “diritto vivente” conforta la presente impostazione, giacché la giurisprudenza non ha mai dubitato, in linea generale, della natura di diritto comune della contrattazione collettiva. È, infatti, consolidato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in forza del quale il contratto collettivo «ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione»⁽⁵³⁾. In questo senso, sono da ritenere tuttora attuali le affermazioni della Suprema Corte: «dal principio della libertà sindacale, tutelato non soltanto dal richiamato art. 39 Cost. ma anche dal precedente art. 2 poiché il sindacato rientra fra le “formazioni sociali” ivi previste, deriva l'impossibilità di applicare un contratto collettivo di diritto privato, vale a dire non imposto erga omnes, a persone che non vi abbiano direttamente o indirettamente aderito e che vi sarebbero assoggettate in base a definizioni o delimitazioni autoritative».

A conferma di ciò, la giurisprudenza ha stabilito che la denuncia di violazione o di falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi di lavoro, ai sensi del novellato articolo 360, primo comma, n. 3, c.p.c., è sì parificata a quella delle norme di diritto, ma esclusivamente sul piano processuale, sicché anch'essa comporta l'interpretazione della Corte di Cassazione delle loro clausole in base alle norme codicistiche di ermeneutica negoziale (articoli 1362 e ss. c.c.) come criterio interpretativo diretto e non come canone esterno di commisurazione dell'esattezza e della congruità della motivazione⁽⁵⁴⁾. Com'è agevolmente ricavabile da tale principio di diritto, la Suprema Corte, da un lato, limita al piano processuale il ruolo di fonte del contratto collettivo e, dall'altro, espressamente riferisce i canoni di interpretazione del contratto collettivo agli articoli 1362 ss. c.c., così ribadendone la natura negoziale.

Non si può fare a meno di menzionare la disposizione che, forse più di ogni altra, sembra aver “rivoluzionato” il sistema delle fonti del diritto del lavoro, l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, che ha istituito la contrattazione di prossimità. Come si osserverà, tale precetto ha addirittura equiparato, quanto ad efficacia, il contratto collettivo di secondo livello alla legge. Si pone il problema, dunque, di comprendere se la pattuizione di cui all'articolo 8 costituisca, o meno, una fonte del diritto oggettivo. Si può dire in senso contrario che anche ove la legge avesse inteso inserire tale tipo di

⁽⁵³⁾ Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665.

⁽⁵⁴⁾ Cass. 19 marzo 2014, n. 6335.

contratto collettivo nel sistema delle fonti, ciò avrebbe fatto a prezzo di uno stravolgimento del medesimo sistema, poiché non ha dotato della medesima forza ed efficacia la fonte finora pacificamente ritenuta – anche dagli stessi attori sociali stipulanti – sovraordinata al contratto di prossimità, cioè la contrattazione di primo livello. In virtù di tale contraddizione, l'articolo 8 non costituisce una risposta univoca al problema dell'inserimento della generale figura del contratto collettivo nell'ordinamento delle fonti. In aggiunta, la contraddizione rilevata ha fatto dubitare della conformità dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 all'articolo 39, primo comma, Cost., per lesione del principio della libertà dell'organizzazione sindacale, intesa come libertà di organizzare le fonti dell'ordinamento intersindacale. Peraltro, sul medesimo articolo 8 gravano ulteriori, gravi dubbi di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di eguaglianza (articolo 3), con il principio di legalità (articolo 101), oltre che con la seconda parte dell'articolo 39 Cost. (*infra*, § 12).

Anche gli esaminati indizi normativi, dunque, non hanno consentito di raggiungere un sufficiente grado di certezza esegetica, per cui allo stato non si può affermare quale sia l'esatta collocazione, ammesso che ne abbia una, del contratto collettivo “delegato” all'interno del sistema delle fonti. Del resto, la problematicità della configurazione del contratto quale fonte del diritto è evidenziata dalle ulteriori questioni dell'efficacia soggettiva del negozio collettivo, strettamente connessa alla prima, e della rappresentatività dei sindacati stipulanti, delle quali è ora necessario trattare.

6. Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo “delegato”

6.1. L'efficacia relativa della contrattazione “delegata”

Il principale problema ricostruttivo che emerge in relazione al paradigma in esame, intimamente connesso a quello della natura del contratto collettivo, afferisce all'efficacia soggettiva del contratto previsto dalla norma di rango primario. Invero, esplicando quest'ultima efficacia ed applicazione generale, è necessario verificare se ed in che misura tali caratteri di generalità si trasmettano anche al contratto collettivo cui la legge rinvia. Inoltre, «stabilire con sufficiente certezza a chi e con quali effetti il contratto collettivo si applichi diventa questione tanto più essenziale quanto più il contratto colletti-

vo viene chiamato ad assolvere a funzioni di regolazione para-legislativa»⁽⁵⁵⁾.

È troppo nota la tradizionale impostazione circa la natura di diritto comune della contrattazione collettiva, quale risultato della mancata attuazione dell'articolo 39, quarto comma, Cost., per essere in questa sede anche solo sinteticamente trattata. Peraltro, è stato sostenuto che gli schemi della rappresentanza associativa, in presenza di un rinvio normativo operato con l'intento di promuovere, e quindi di generalizzare, i contenuti della contrattazione collettiva, sarebbero insufficienti ed inadeguati ad individuare il regime di efficacia soggettiva del patto collettivo⁽⁵⁶⁾.

In letteratura ci si è chiesti, comunque, se le norme che conferiscono tale asserita efficacia generalizzata al contratto collettivo siano compatibili con l'articolo 39, quarto comma, Cost., ovvero ne costituiscano una sostanziale elusione. In merito ai problemi di compatibilità costituzionale del modello nominato, parte della dottrina non scorge un contrasto con l'articolo 39, quarto comma, Cost., giacché quest'ultimo vieterebbe una disciplina che preveda una stabile e sistematica efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva senza il rispetto delle formalità ivi contemplate, ma non precluderebbe singole leggi che rimandino all'autonomia collettiva su materie circoscritte⁽⁵⁷⁾. In quest'ordine di idee, l'efficacia soggettiva generale dei contratti "delegati" si spiega in ragione della specificità delle materie di volta in volta oggetto di interesse del legislatore⁽⁵⁸⁾. Quanto alla possibilità del dissenso, si richiama la tesi della Consulta secondo cui gli accordi c.d. gestionali si applicano anche ai lavoratori non iscritti e dissenzienti, poiché riguardano quel potere organizzativo del datore di lavoro che non può che riguardare la totalità dei dipendenti. Tale linea di pensiero riprende un noto orientamento, alla stregua del quale l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi garantita dall'articolo 39 Cost. non s'identifica con la rilevanza riconosciuta ai contratti "delegati" dalle singole norme di legge⁽⁵⁹⁾. In tal senso, quello dei contratti riconosciuti dalla legge costituirebbe un modello alternativo a quello della seconda parte dell'articolo 39 Cost. e con esso non confligente. Il da-

⁽⁵⁵⁾ B. CARUSO, A. LO FARO, *op. cit.*, 4.

⁽⁵⁶⁾ V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 93; F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, cit., 7 ss.

⁽⁵⁷⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 150.

⁽⁵⁸⁾ A. PESSI, *op. cit.*, 196 ss.

⁽⁵⁹⁾ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in DLRI, 1998, n. 80 (cfr. anche la rilettura che ne fa B. CARUSO, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi» (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in DLRI, 2009, n. 121).

to fondamentale ed ineludibile della norma costituzionale è costituito, secondo l'orientamento in parola, non già dal riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di categoria, bensì dal conferimento di un esclusivo potere contrattuale e di rappresentanza ai sindacati registrati. Pertanto, ciò che la disposizione di rango superiore intenderebbe vietare non è una tecnica normativa che conferisca efficacia generalizzata al contratto collettivo, bensì una norma che conceda a sindacati non registrati un monopolio legale della rappresentanza della categoria. Nella medesima ottica si colloca chi non esita ad affermare che il legislatore, mediante la devoluzione normativa di poteri regolatori alla contrattazione collettiva, mira proprio ad ottenere discipline efficaci nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria professionale di riferimento, iscritti o meno alle compagini sindacali stipulanti⁽⁶⁰⁾. Per questo indirizzo interpretativo non è dubbio che tali contratti abbiano efficacia soggettiva generalizzata; tuttavia, tale meccanismo si sottrarrebbe a censure di illegittimità costituzionale anche quando il contratto è chiamato ad espletare una funzione integrativa, o modificativa, del precetto legale, nel qual caso esso opera alla stregua di una fonte del diritto ed il sindacato esercita un potere pubblico. Sul piano delle fonti, questa dottrina osserva che nessuna disposizione costituzionale vieta di configurare atti normativi di provenienza non parlamentare, essendo anzi la produzione normativa da parte delle autonomie coerente con il carattere democratico e pluralista dell'ordinamento attuale. Né la detta devoluzione contrasterebbe con la seconda parte dell'articolo 39 Cost., giacché nel caso specifico la contrattazione non viene in rilievo come fattispecie negoziale, bensì come fonte normativa, come tale dotata di applicazione generalizzata. Inoltre, il modello devolutivo in discorso costituirebbe fenomeno non preso in considerazione dal Costituente: quest'ultimo aveva riguardo ai "classici" contratti che fissano, in via generale, i trattamenti economici e normativi della categoria interessata e non a contratti autorizzati ad esercitare funzioni normative in ambiti di materia specializzati.

Secondo un indirizzo intermedio, il contrasto con l'articolo 39 sarebbe escluso, almeno con riguardo alla tecnica legislativa di delega alla contrattazione in sé, mentre il discorso resterebbe aperto per le singole fattispecie normative⁽⁶¹⁾. Il contrasto è evitato, alla stregua di questo orientamento, a

⁽⁶⁰⁾ F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, n. 78, 191 ss.

⁽⁶¹⁾ R. PESSI, *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1998, n. 3, 757 ss. V. PINTO, *op. cit.*, illustra il modello integrativo tra legge e contratto nella disciplina del part-time. L'A. sostiene la legittimità costituzionale della tecnica legislativa della selezione dei contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, in quanto attori di un sistema contrattuale volontario ed autolegittimato. Inoltre, il contrasto con l'art. 39, seconda parte, è escluso poiché il legislatore ha limitato espressamente l'efficacia del contratto

condizione che le norme primarie rispettino nella sostanza il dettato costituzionale, garantendo la selezione del contratto espressione della maggioranza del complesso sindacale organizzato e il diritto di partecipazione, nel procedimento di stipula, di tutte le organizzazioni sindacali. Nel medesimo contesto ermeneutico, si osserva che la norma legale attribuisce al sindacato la “competenza” a negoziare su talune materie, ma non conferisce ai contratti collettivi efficacia *erga omnes*; si tratta, secondo tale indirizzo – che richiama in proposito la sentenza n. 10/1957 della Corte costituzionale –, di un fenomeno di rilevanza legale di contratti collettivi, che non muta la natura ordinaria di diritto comune di questi, giacché il rinvio legale al contratto collettivo non determina automaticamente un mutamento dell’efficacia dei contratti ⁽⁶²⁾. Inoltre, si sostiene che la disciplina collettiva partecipa della stessa natura normativa della legge di rinvio e, per tale motivo, la sua è un’efficacia generalizzata, che prescinde dall’accertamento del consenso dei singoli lavoratori ⁽⁶³⁾. L’efficacia generalizzata si fonderebbe sul principio di effettività, e sarebbe un’efficacia di fatto che si estende ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato; tale principio si ricaverebbe dall’articolo 39, primo comma, Cost. Questo orientamento esprime dubbi sull’efficacia soggettiva di questi «contratti-fonte», quindi, non per il dissenso del singolo, quanto per il dissenso del sindacato e cioè nei casi in cui un sindacato comparativamente rappresentativo non sottoscrive questo tipo di contratto collettivo. Siffatta ipotesi, secondo questa dottrina, pone in crisi l’efficacia generalizzata della disciplina collettiva e quindi la sua funzione normativa.

Da registrare, in questo ambito, una tesi molto articolata e suggestiva, secondo la quale l’autonomia collettiva prevista dall’articolo 39 Cost. coinciderebbe con la garanzia costituzionale dell’autonomia negoziale dei soggetti

collettivo “delegato” a quella derivante dall’iscrizione ai sindacati stipulanti e dall’applicazione volontaria del medesimo. Bisogna, tuttavia, osservare che il d.lgs. n. 276/2003 – emanato posteriormente allo scritto dell’A. – ha abrogato i riferimenti normativi all’effettiva applicazione dei contratti, quale condizione di efficacia delle clausole collettive.

⁽⁶²⁾ P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *DLRI*, 2009, n. 124, 581.

⁽⁶³⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, cit., e G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, 2010, n. 3, I, 487 ss. Secondo G. FERRARO, *L’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGL*, 2011, n. 4, I, e *QFMB – Saggi*, 2011, n. 2.VI, gli accordi “delegati” dalla legge assumono valenza generale in via di fatto e non di diritto, in virtù dell’incorporazione del contenuto contrattuale nel procedimento regolativo disposto dal legislatore; non si pone, quindi, un problema di efficacia *erga omnes* nei termini considerati dall’art. 39 Cost., trattandosi di una tecnica normativa neppure immaginata dal legislatore costituzionale.

del rapporto di lavoro, quando questi siano coalizzati a fini di autotutela: non un potere ontologicamente e soggettivamente distinto e distinguibile da quello individuale, ma questo stesso potere ⁽⁶⁴⁾. Ne conseguirebbe che ogni qual volta la legge scinda la libertà negoziale individuale da quella collettiva – e, quindi, quando ammette la derogabilità *in peius* a livello collettivo di norme legali che restano inderogabili *in peius* a livello individuale – considera la contrattazione collettiva *sub specie* di fonte di diritto obiettivo e non come autonomia negoziale. Secondo questa tesi, solo quando le organizzazioni sindacali negoziano in ambiti consentiti anche alla negoziazione individuale, può dirsi che esse agiscano in “rappresentanza” dei lavoratori; quando invece la negoziazione avviene in spazi preclusi all’autonomia individuale, non ci sarebbe rappresentanza, ma una forma di “rappresentatività”, strumentale all’esercizio di un potere normativo. La conclusione che questa dottrina formula è che l’autonomia collettiva è un fenomeno negoziale solo se e quando i suoi spazi operativi coincidono, sul piano formale e astratto, con quelli individuali. Viceversa, nei casi in cui il contratto collettivo operi in spazi sottratti all’autonomia negoziale, anche individuale, allora il contratto collettivo non sarebbe più solo negozio giuridico stipulato a mezzo di una coalizione, ma anche una fonte normativa. Su questa base teorica l’autore sostiene che al contratto collettivo, di qualunque livello, oggetto di rinvio legale è riconoscibile l’efficacia *erga omnes* senza che ciò costituisca violazione dell’articolo 39 Cost.

Sul fronte ermeneutico opposto si colloca l’orientamento, il quale ritiene costituzionalmente illegittima, *ex* articolo 39 Cost., una legislazione che recepisca materialmente il contenuto dei contratti collettivi, in tal modo rendendolo vincolante *erga omnes*, senza le garanzie, imposte dalla disposizione costituzionale, di democraticità delle organizzazioni sindacali e delle decisioni da esse assunte ⁽⁶⁵⁾. Per la stessa ragione, è altrettanto contrastante con la Carta, secondo tale orientamento, qualsiasi meccanismo di rinvio legale “in bianco” all’autonomia collettiva, dal momento che le pattuizioni vanno sistematicamente ad integrare il precetto normativo applicabile a tutti gli appartenenti alla categoria. Nello stesso solco interpretativo, si sostiene l’inconciliabilità dell’efficacia *erga omnes* dei contratti “delegati” dalla legge con il disposto costituzionale menzionato, tanto del primo comma quanto del quarto comma: con il primo sotto il profilo della libertà sindacale negativa, giacché impone gli effetti del contratto a soggetti non iscritti alle associa-

⁽⁶⁴⁾ A. TURSÌ, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2013, n. 4, 958 ss.

⁽⁶⁵⁾ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., 409.

zioni stipulanti, con il secondo sul piano del mancato rispetto delle forme costituzionali ⁽⁶⁶⁾. Secondo questo orientamento, l'unica opzione ermeneutica possibile per rendere costituzionalmente compatibile il fenomeno dei contratti "autorizzati" dalla legge è quella di sostenere la loro ordinaria natura di negozi di diritto comune, con efficacia limitata agli iscritti o quantomeno ai non dissenzienti ⁽⁶⁷⁾. È stato anche posto l'accento sul metodo democratico come presupposto imprescindibile per la legittimità, *ex* articolo 39 Cost., del potere normativo "delegato" del sindacato che abbia la pretesa di affermarsi *erga omnes* ⁽⁶⁸⁾. La tesi lamenta come i poteri normativi *erga omnes*, di fatto e di diritto, siano invece stati variamente concessi, sinora, al sindacato senza ottemperare a tale condizione costituzionale. Nel corso degli anni, nell'attribuzione di potestà regolative alle organizzazioni sindacali, infatti, la democrazia associativa è stata meramente presunta, non imposta dalla legge, e finanche la Corte costituzionale ha dato luogo a vere e proprie sentenze manipolative per non dichiarare l'illegittimità di certi disposti.

Allo stato attuale del dibattito risulta superata, invece, la rilevanza della distinzione tra rinvio "formale" e rinvio "materiale". Con il primo la legge rimanda al contratto come fonte e quindi a tutte le sue possibili modifiche o integrazioni; viceversa, con il secondo la norma richiama una determinata disciplina contrattuale, incorporandola. Siffatta distinzione era stata prospettata in dottrina, al fine di superare i dubbi di costituzionalità del rinvio normativo, giacché con il rinvio materiale gli effetti *erga omnes* sarebbero stati da attribuire esclusivamente alla fonte legislativa incorporante e non al contratto incorporato ⁽⁶⁹⁾. Invero, gli esempi normativi del secondo tipo possono rinvenirsi solo agli albori del fenomeno in esame, ad esempio nella legge n. 741/1959, facendo pressoché tutta la legislazione successiva uso del rinvio

⁽⁶⁶⁾ U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, nonché V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 497.

⁽⁶⁷⁾ Secondo C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, 2010, 487 ss., nelle fattispecie di rinvio legislativo alla contrattazione collettiva si determina un rapporto di fungibilità tra la fonte legale e quella contrattuale, cosicché quest'ultima si colloca sul medesimo piano della prima. Tuttavia, tale dottrina osserva che il vincolo dell'art. 39 Cost., seconda parte, ed il principio di libertà sindacale di cui al primo comma della disposizione citata giustificano tuttora la ricerca di meccanismi estensivi – che talvolta assumono le sembianze di veri e propri stratagemmi – del contratto collettivo che ne danno per presupposta un'efficacia in partenza limitata agli iscritti. Tale riflessione vale ancor di più se si pensa agli accordi separati, sempre più frequenti nella pratica.

⁽⁶⁸⁾ B. CARUSO, "Costituzionalizzare" il sindacato. *I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista*, in *LD*, 2014, n. 4, 612.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *LD*, 1987, n. 2, 229.

formale ⁽⁷⁰⁾. In ogni caso, nella legislazione sanzionatoria l'unico criterio di rinvio adottato è quello formale.

Acquisiti gli orientamenti della dottrina, dalla sopra sostenuta natura di diritto comune dei contratti oggetto di rinvio legislativo discende necessariamente la conseguenza dell'efficacia relativa degli stessi. In altre parole, anche nel modello integrativo in esame, è da ritenere che l'efficacia della contrattazione collettiva riguardi gli iscritti alle organizzazioni stipulanti e quei non dissenzienti che possono identificarsi secondo il noto criterio del rinvio del contratto individuale. Viceversa, il contratto collettivo non può applicarsi a coloro che siano iscritti alle organizzazioni non stipulanti, a meno che non risulti che intendano assoggettarsi comunque alla disciplina contrattuale. Questa è l'unica ricostruzione che, ancor oggi, appare compatibile con il vigente quadro costituzionale. Sono stati sintetizzati i vari tentativi ricostruttivi, anche autorevoli, tesi a delineare la legittimità di sistemi alternativi a quello contemplato dall'articolo 39 Cost. Tali tentativi risultano fondati, di volta in volta, su vari criteri – principio di effettività delle relazioni sindacali, norme dell'ordinamento intersindacale, prassi consolidate, ecc. – che, in sintesi, avrebbero dato luogo ad un sistema contrattuale di fatto vigente, sostanzialmente *praeter legem* (o meglio: *constitutionem*). In tale contesto, sembra emergere, in tutta la sua intensità, il contrasto tra principio di effettività e principio di legalità, già oggetto di ampie discussioni in sede dogmatica. In adesione ad una corrente dottrinale di origine pubblicistica, si deve affermare che il principio di legalità, in quanto pretende di porsi come criterio di validità degli atti di produzione del diritto, esclude la concepibilità di una norma per cui la validità dei medesimi dipenda puramente e semplicemente dal criterio di effettività ⁽⁷¹⁾. Invero, ove si rovesciassero i termini della menzionata dicotomia, nel senso della prevalenza di una supposta effettività, si avvererebbe il rischio secondo cui il singolo giurista, in definitiva, affermi come “diritto” ciò che egli spera diventi effettivamente tale, o ciò che ritiene probabile diventi effettivamente tale, o ciò che abbia avuto la forza di imporsi di fatto come tale. Nel presente ambito di indagine, occorre aggiungere che la pretesa effettività delle relazioni e delle norme intersindacali devono confrontarsi con il principio di legalità costituzionale. In tale quadro concettuale, stupisce la disinvoltura di non irrilevanti filoni dottrinali, nonché della stessa giurisprudenza costituzionale (*infra*), di superare il disposto dell'articolo 39 Cost., in nome del suo asserito anacronismo – anche se di rado esplicitato come tale – e della presunta esistenza di un sistema sindacale “materiale”, contrapposto a quello “formale”. In tali percorsi argomenta-

⁽⁷⁰⁾ Cfr. P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 99.

⁽⁷¹⁾ S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII.

tivi, appaiono emergere più opzioni soggettive dei vari autori o giudici che fondate argomentazioni di diritto positivo. Invero, non sembra sia stato dimostrato che l'articolo 39 Cost. ammetta legittime alternative al sistema di contrattazione, se non quella vigente del regime di diritto comune dei contratti. Non solo l'efficacia soggettiva generalizzata della contrattazione di rinvio contrasterebbe con la seconda parte della disposizione costituzionale, per inosservanza delle condizioni da essa imposte, ma finanche con il primo comma, per violazione della libertà sindacale negativa. Infatti, come evidenziato in dottrina ed in giurisprudenza ⁽⁷²⁾, la contrattazione che s'impone ai non iscritti e dissenzienti, in mancanza dell'attuazione della seconda parte dell'articolo 39, contrasta con la libertà contrattuale "negativa", garantita dal primo comma della medesima disposizione, di non assoggettarsi ad alcuna disciplina pattizia.

Dunque, qualunque rinvio normativo alla contrattazione collettiva deve essere interpretato come operato ad un'autonomia che può esplicarsi solo nei confronti degli iscritti alle organizzazioni stipulanti ed ai non dissenzienti. Una diversa soluzione ermeneutica, che sostenesse l'efficacia *erga omnes* di tale contrattazione, potrebbe essere legittima costituzionalmente solo in presenza dell'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 Cost. o di una sua modifica o abrogazione. I fondamentali principi di legalità costituzionale e della certezza del diritto non ammettono altre opzioni. Peraltro, questa ricostruzione rileva limitatamente nel tema della funzione dell'autonomia collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro, come si verificherà (cap. II).

6.2. La contraddittoria giurisprudenza costituzionale

In merito alla problematica dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, non può essere trascurata l'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale. La più rilevante pronuncia che la Corte ha adottato in tema è, probabilmente, la sentenza 19 dicembre 1962, n. 106. In tale occasione, la Consulta ha, innanzitutto, chiarito che nella Carta costituzionale non sussiste alcuna riserva della materia dei rapporti di lavoro in favore della contrattazione collettiva, essendo viceversa pienamente ammissibili, ed anzi doverosi, interventi legislativi diretti ad attuare i principi costituzionali della tutela della dignità personale del lavoratore e del lavoro in qualsiasi forma e da chiunque prestato, nonché della garanzia al lavoratore di una retribuzione sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa. Secondo il giudice delle leggi, l'articolo 39 pone due principi, l'uno riguarda la libertà sindacale, l'altro

⁽⁷²⁾ Cass., sez. un., n. 2665/1997, cit.

l'autonomia collettiva professionale. Con il primo sono garantite la libertà dei cittadini di organizzarsi in sindacati e la libertà delle associazioni che ne derivano; con l'altro è riconosciuta alle associazioni sindacali la regolazione dei conflitti di interessi che sorgono tra le contrapposte categorie mediante il contratto, al quale è conferita efficacia obbligatoria *erga omnes*, purché sia stipulato in conformità ai requisiti procedurali e soggettivi previsti. L'affermazione centrale della pronuncia merita di essere riportata testualmente: «Una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima». Da notare che la Consulta, utilizzando il termine “risultato”, in riferimento all'estensione soggettiva *erga omnes* del contratto, sembrava aver preventivamente delegittimato non solo disposizioni che violassero apertamente la statuizione costituzionale, ma anche quelle che si rivelassero idonee ad eluderla nella sostanza. Dunque, considerati i termini omnicomprensivi ed il tono perentorio adoperati, tale intervento della Corte non pareva lasciare adito a dubbi sull'incostituzionalità di qualunque provvedimento normativo tendente ad estendere anche indirettamente, senza il rispetto delle formalità contemplate dall'articolo 39 Cost., l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi oltre l'ambito loro proprio di negozi di diritto comune.

Senonché, in successive decisioni la Corte, pur non prendendo esplicitamente le distanze dall'originaria impostazione, è sembrata averla di fatto rinnegata. In primo luogo, il giudice delle leggi ha circoscritto l'ambito di applicabilità della disposizione costituzionale, sostenendo che quelli contemplati dall'articolo 39 Cost. costituiscano una particolare categoria negoziale, i contratti collettivi “normativi”, destinati a regolare i rapporti di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese ⁽⁷³⁾. La menzionata disposizione costituzionale non riguarderebbe, invece, il modello in esame di integrazione tra legge e contratto: nei confronti dei singoli lavoratori l'efficacia delle clausole del contratto si fonda, alla stregua del pensiero della Corte, sulla legge che ad essi rinvia. Inoltre, la Consulta ha affermato la legittimità del modello di integrazione legge-contratto collettivo «quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro» ⁽⁷⁴⁾. Secondo tale nuovo orientamento, la “legificazione” del contratto collettivo è costituzionalmente legittima quando oggetto della contrattazione

⁽⁷³⁾ C. cost. 30 giugno 1994, n. 368.

⁽⁷⁴⁾ C. cost. 18 ottobre 1996, n. 344.

collettiva sia un conflitto di interessi tra imprenditori e lavoratori incidente sull'assetto generale del mercato del lavoro – maggiore o minore elasticità dei modi d'impiego della mano d'opera, mantenimento dei livelli di occupazione ecc. –, senza il coinvolgimento di interessi di terzi soggetti estranei alle parti del rapporto di lavoro. Pertanto, dall'impostazione del giudice delle leggi risulta la legittimità del fenomeno in esame, nella misura in cui il contratto sia limitato a specifiche materie relative al mercato del lavoro ed abbia – come peraltro normalmente avviene – rilevanza limitata alle parti del rapporto di lavoro. La Consulta, in tale occasione, non ha esitato ad affermare che esistono «leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale, configurandola come fonte di diritto extra ordinem destinata a soddisfare esigenze ordinamentali che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, Cost.». Con tale asserzione, il giudice delle leggi sembra aver semplicemente preso atto del fenomeno, senza giudicarlo in contrasto con la superiore disposizione citata. In proposito, non sono mancate critiche dottrinali secondo le quali il *dictum* della Consulta si pone in contrasto con l'articolo 39, quarto comma, Cost., poiché finisce per legittimare la sostituzione, per via normativa primaria, al sistema costituzionale fondato sul principio maggioritario con tutela delle minoranze un rinvio legale in bianco agli atti di soggetti sindacali diversamente identificati ⁽⁷⁵⁾. È stato anche condivisibilmente sottolineato come la nozione di fonte *extra ordinem* sia equivoca in sé, mancando una sua precisa individuazione dogmatica. In questa visione, la “funzionalizzazione” del contratto collettivo ad interessi pubblici è lesiva della libertà di organizzazione sindacale garantita dal primo comma dell'articolo 39 Cost.

Probabilmente, la più significativa pronuncia della Consulta che, nella sostanza, confuta l'assunto fondamentale della sentenza n. 106/1962 è la n. 309 del 16 ottobre 1997. In essa, la Corte ha ritenuto legittimo il meccanismo legislativo di generalizzazione dei contratti collettivi del pubblico impiego, di cui al decreto legislativo n. 29/1993, attraverso la valorizzazione, dal lato del datore di lavoro pubblico, del dovere delle pubbliche amministrazioni di applicare i contratti collettivi e, dal versante del dipendente, del contratto individuale che rinvia a quello collettivo. Secondo il *dictum*, «Tale meccanismo non realizza dunque quell'efficacia erga omnes conferita dall'art. 39, quarto comma, Cost. ai contratti stipulati dalle associazioni sindacali in possesso di determinate caratteristiche, ma si colloca sul distinto piano delle conseguenze che derivano, per un verso, dal vincolo di confor-

⁽⁷⁵⁾ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., 409.

marsi imposto alle amministrazioni e, per l'altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo». Non si può fare a meno di rilevare, tuttavia, che il congegno normativo non censurato dalla Corte realizza proprio quel risultato ultimo – l'efficacia *erga omnes* per l'intera categoria – che la stessa Corte, nella sentenza n. 106/1962, riteneva causa d'illegittimità costituzionale di ogni legge che l'avesse perseguito, in assenza della realizzazione delle condizioni costituzionali.

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

A prescindere dalla divisibilità o meno delle singole pronunce del giudice delle leggi, non appare dubbio come il relativo orientamento riveli una certa tolleranza nei riguardi del fenomeno dell'integrazione legge-contratto collettivo. Taluni commentatori hanno scorto un deciso pragmatismo dei supremi giudici, i quali hanno avallato il mutato contesto delle relazioni industriali rispetto al periodo di entrata in vigore della Costituzione ⁽⁷⁶⁾. Tuttavia, è stata anche sottolineata la disinvoltura, se non la spregiudicatezza, del nuovo orientamento del giudice delle leggi rispetto ad un testo costituzionale rimasto immutato ⁽⁷⁷⁾.

Peraltro, ove anche si volesse condividere la recente giurisprudenza costituzionale, rimarrebbe il punto critico dell'incerta delimitazione del relativo orientamento, nel senso che l'elaborazione della Corte non sembra aver precisamente determinato la categoria di contratto collettivo che può a buon diritto sottrarsi al conflitto con l'articolo 39 Cost. ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. B. CARUSO, "Costituzionalizzare" il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista, cit., 610 ss.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, 612.

⁽⁷⁸⁾ Oltre alle dispute dottrinali sul tema, una dimostrazione di tale incertezza è offerta dal documento conclusivo di un'indagine conoscitiva sull'assetto delle relazioni industriali e sulle prospettive di riforma della contrattazione collettiva, svolta dalla XI Commissione della Camera dei Deputati nel 2009. Nel documento si legge: «per il contratto categoriale, la via diretta ed automatica di un'estensione *erga omnes* resta bloccata dalla mancata attuazione

7. La questione della rappresentatività delle organizzazioni stipulanti

La mancata attuazione dell'articolo 39 Cost. pone un altro rilevante problema ai sostenitori dell'efficacia soggettiva generalizzata dell'autonomia collettiva "delegata", quello di verificare i soggetti abilitati a porre in essere, nei limiti e nelle modalità considerate, tali pattuizioni. Emerge, cioè, dalle opinioni riportate l'ulteriore problema della rappresentatività delle organizzazioni sindacali "autorizzate" dalla legge a stipulare contratti collettivi integrati nel disposto normativo. Invero, se si ritiene che il contratto collettivo, anche in tali ipotesi, non possa estendere la propria efficacia soggettiva oltre l'ambito che gli è proprio nel regime di diritto comune – delle parti stipulanti, dei prestatori da queste rappresentati e di coloro che esplicitamente o tacitamente ne accettano il contenuto –, non sussistono criticità di rilievo, poiché si nega in radice che la legge possa trasmettere all'autonomia pattizia il rango di fonte equiparata. Il prodotto dell'autonomia collettiva resterà, in tale ottica, pur sempre limitato al legittimo campo di azione delle organizzazioni stipulanti e, conseguentemente, la questione della rappresentatività confinata nell'ambito di quel libero riconoscimento reciproco tra le parti, tipico dell'ordinamento intersindacale ⁽⁷⁹⁾.

Viceversa, chi ritiene che l'efficacia soggettiva dei contratti "delegati" si estenda al di là dell'ambito del diritto comune ha l'onere di indicare le organizzazioni abilitate a stipulare tali patti collettivi. In altre parole, appare evidente anche a tali teoriche che, in assenza delle formalità prescritte dalla seconda parte dell'articolo 39 Cost., è necessario comprendere quali siano, e come vengano selezionate, le organizzazioni sindacali in grado di incidere sulla generale platea di imprenditori e prestatori della categoria interessata, anche a prescindere dal loro consenso. Non è fuori luogo rammentare, a tal proposito, come la norma costituzionale più volte richiamata richieda, ai fini dell'efficacia *erga omnes* del contratto, precise formalità (l'iscrizione del sinda-

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

⁽⁷⁹⁾ Cfr. G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1997, 125.

cato in un registro pubblico), garanzie di democraticità (statuto a base democratica), nonché di rappresentatività (principio maggioritario). Il principio democratico e maggioritario di cui all'articolo 39 Cost. comporta, invero, una rigorosa selezione delle organizzazioni sindacali stipulanti contratti oggetto di rinvio legale, in modo che queste raggiungano una significativa soglia di rappresentatività. È pacifico, invero, che consentire a sindacati privi di adeguata rappresentatività di incidere così profondamente nell'ordinamento generale dei rapporti di lavoro troverebbe l'insormontabile ostacolo dell'articolo 39, quarto comma, Cost., che stabilisce un principio proporzionale e – implicitamente – maggioritario nella rappresentatività dei sindacati stipulanti e, pertanto, esige che questi esprimano la maggioranza degli appartenenti alla categoria di riferimento e che siano tutelate le minoranze ammesse alla trattativa ⁽⁸⁰⁾. Non a caso, parte della dottrina qui non condivisa ritiene che, se non nella forma – registrazione dei sindacati – la disposizione costituzionale deve essere rispettata nella sostanza – principio maggioritario – dalle singole leggi che dispongono il rinvio medesimo. In tale contesto, si ritiene un'eccezione alla regola del libero riconoscimento delle parti la selezione del sindacato stipulante sulla base della sua rappresentatività, nelle materie del rapporto di lavoro privato nelle quali la legge assegna alla contrattazione collettiva la facoltà di deroga o di completamento del precetto legale ⁽⁸¹⁾. In questi casi, è in effetti il legislatore a stabilire i criteri che abilitano la contrattazione collettiva ad integrare la produzione normativa di fonte legale. Peraltro, può sostenersi che la legge, in merito, si pone il problema del momento dell'applicazione del contratto più che di quello della sua stipula, nel detto senso promozionale della contrattazione collettiva rappresentativa. In tale contesto, non rileva quindi il libero riconoscimento delle parti, quanto l'onere del datore di lavoro di applicare il negozio collettivo richiamato dalla legge, in aderenza all'intento legislativo di diffondere la contrattazione collettiva.

L'illustrata *ratio legis*, ma soprattutto il principio democratico e maggioritario di cui all'articolo 39 Cost. impongono, quindi, una rigorosa selezione delle organizzazioni sindacali stipulanti contratti oggetto di rinvio legale, in modo che queste raggiungano un adeguato grado di rappresentatività ⁽⁸²⁾. Del re-

⁽⁸⁰⁾ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.; sul principio maggioritario nell'ambito delle relazioni sindacali rileva il contributo di F. SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in RIDL, 2013, n. 1, I, 75 ss.

⁽⁸¹⁾ A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in RIDL, 2010, n. 1, I, 29 ss.

⁽⁸²⁾ A. BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in RGL, 2004, n. 2, 192 ss. Questo A. osserva che la regola democratica è adottata nella stessa sede legislativa, ove le decisioni, per essere valide, devono essere prese a maggioranza, con la

sto, gli stessi sostenitori dell'efficacia soggettiva assoluta del contratto collettivo "delegato" individuano nella reale rappresentatività dei soggetti sindacali che danno vita alla fonte extrastatuale il problema principale della tesi del contratto collettivo quale fonte *extra ordinem*. Non a caso si ritiene necessario, perché i relativi effetti si estendano all'intera categoria interessata, che le organizzazioni sindacali rappresentative stipulino unitariamente il contratto-fonte⁽⁸³⁾. È stato anzi affermato che nell'ipotesi del contratto autorizzato ad interagire con la legge si tratta di selezionare non già il contratto collettivo, bensì direttamente le organizzazioni sindacali legittimate ad introdurre norme di efficacia equivalente a quella della legge⁽⁸⁴⁾.

Finalizzate ad effettuare l'operazione selettiva delle organizzazioni sindacali legittimate a stipulare contratti con efficacia "diffusa" sono le nozioni normative di "sindacato maggiormente rappresentativo" e, più recentemente, di "sindacato comparativamente più rappresentativo". Secondo un indirizzo ermeneutico, il legislatore con tali nozioni prescinde dalla qualificazione del sindacato quale associazione non riconosciuta ai sensi degli articoli 36 e ss.⁽⁸⁵⁾. La legislazione speciale che adotta questi concetti avrebbe sviluppato una trama normativa di carattere "panpubblicistico", con assegnazione a tali sindacati di funzioni di produzione normativa. Questa dottrina osserva anche che siffatta legislazione ha delineato un modello di rapporti sindacali molto diverso da quello concepito dal Costituente nell'articolo 39 Cost. Sarebbe anche da escludere che l'articolo 39 vieti una legislazione "selettiva" di organizzazioni sindacali, poiché questa concede poteri e diritti aggiuntivi rispetto a quelli rientranti nella garanzia costituzionale. Inoltre, qualunque organizzazione avrebbe la possibilità di conseguire lo *status* di rappresentatività legale.

Nel contesto comparato, si rammenta come l'elaborazione di norme specifiche nelle materie della rappresentatività e della stipulazione ed efficacia del contratto collettivo abbia l'obiettivo di conferire certezza al sistema di rela-

conseguenza che la contrattazione collettiva, quando partecipa alla produzione di un effetto legale, deve rispettare tale principio fondamentale. Si sottolinea anche la necessità di un intervento legislativo sulla rappresentanza, ormai ineludibile in relazione al nuovo compito delle OO.SS. quali destinatarie di rilevanti funzioni pubblicistiche e di cura di interessi generali. Secondo P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 116, il progressivo sviluppo verso un modello selettivo dei sindacati stipulanti risponde alla *ratio* del rinvio legale, in quanto si tratta di una forma di "cooptazione" della contrattazione nel sistema normativo statale, secondo il modello dell'art. 39 Cost.

⁽⁸³⁾ M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, cit.

⁽⁸⁴⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 77.

⁽⁸⁵⁾ P. BELLOCCHI, *Art. 39*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Volume I. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2007, 263 ss.

zioni sindacali e contrattuali, soprattutto in vista del riconoscimento di efficacia da tutte le parti coinvolte, quindi anche da quelle che non abbiano sottoscritto il testo e del rispetto delle clausole per tutto il periodo di vigenza⁽⁸⁶⁾. In tale ottica, si segnala il sistema contrattuale collettivo francese, come risultante dalla recente riforma del 2008: all'interno di tale sistema, dettagliatamente regolato per via legislativa, assume una rilevanza centrale il concetto di rappresentatività⁽⁸⁷⁾. Esclusivamente i sindacati rappresentativi possono accedere al tavolo delle trattative per la stipulazione del contratto collettivo e soltanto il contratto collettivo sottoscritto da sindacati rappresentativi, senza l'opposizione di altri sindacati rappresentativi, che possano essere considerati espressione di una determinata percentuale di lavoratori, può produrre i suoi effetti ed essere, dunque, applicato ai rapporti di lavoro ai quali si riferisce. Nell'ordinamento francese, diversamente da quello italiano ove la regolamentazione per via normativa del concetto di rappresentatività e di altre tecniche di selezione del sindacato è vista con sospetto in quanto ritenuta lesiva del principio di libertà sindacale, l'introduzione del concetto di rappresentatività è stata motivata sostenendo che solo per il suo tramite è possibile garantire un pluralismo sindacale pieno e vitale. La rifondazione del sistema è stata poggiata su tre pilastri fondamentali: rimodulazione dei criteri legali attraverso l'introduzione del principio del cumulo degli stessi e la valorizzazione del criterio elettorale; eliminazione del criterio della rappresentatività presunta; generalizzazione della cosiddetta "regola di concordanza", secondo cui la rappresentatività deve essere fornita per ogni livello per il quale si voglia agire, cosicché un sindacato che abbia dimostrato di essere rappresentativo, per esempio, a livello di categoria non è esonerato dal dover dimostrare di esserlo al contempo al livello della singola impresa⁽⁸⁸⁾. Tornando al contesto nazionale, la normativa vigente non fornisce risposte sufficienti, né univoche, alla questione della reale rappresentatività di soggetti sindacali abilitati a porre in essere disposizioni di deroga alla legge, che siano efficaci oltre la cerchia degli iscritti alle associazioni stipulanti o dei non dissenzienti. I criteri adottati sono, come già notato, quelli della "mag-

⁽⁸⁶⁾ I. ALVINO, *L'introduzione di regole sulla rappresentatività e gli effetti sulla dinamica dei rapporti collettivi: esperienze a confronto*, in *DRI*, 2013, n. 1, 68 ss.

⁽⁸⁷⁾ I. ALVINO, *Guida alla lettura della recente legge di riforma della democrazia sindacale in Francia: piena compatibilità fra regolamentazione della contrattazione collettiva e principio del pluralismo sindacale*, in *DLRI*, 2009, n. 122, 365 ss.

⁽⁸⁸⁾ J. RASO DELGUE, *La rappresentatività del sindacato minoritario*, in *DRI*, 2014, n. 2, 563, rammenta che la prerogativa di stipulare, in Uruguay, contratti con efficacia *erga omnes* spetti solo ai sindacati individuati come maggiormente rappresentativi sulla base del numero degli affiliati, sebbene i sindacati minoritari siano comunque titolari degli altri diritti sindacali.

giore rappresentatività” – oramai recessivo – e della “maggiore rappresentatività comparata”.

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

Ma anche a prescindere dalla precisa individuazione di dette nozioni di sindacato, è certo che esse non s’identificano con quella di cui all’articolo 39, Cost. Sul piano formale, perché i “sindacati più rappresentativi” – comparativamente o meno – non sono i sindacati registrati, aventi uno statuto a base democratica, né pertanto possono avere personalità giuridica. Sul piano procedurale, perché non debbono essere rappresentati unitariamente in proporzione ai loro iscritti. Sul piano sostanziale, nessun sindacato richiamato in norme di legge, in assenza dell’attuazione della disposizione costituzionale, ha l’obbligo di offrire quelle garanzie di democraticità e di tutela delle minoranze previste dalla regola maggioritaria e proporzionale di cui all’articolo 39 Cost.

I dubbi sulla idonea selezione degli attori sindacali si aggravano se si pone mente alla contrattazione di prossimità (articolo 8, decreto-legge n. 138/2011), che tante discussioni ha suscitato nelle sedi ermeneutiche. Com’è noto, mediante tale contrattazione di secondo livello – territoriale ed aziendale – è possibile derogare alla legge, oltre che ai contratti collettivi nazionali, «con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati». Tale efficacia generale è dalla legge assicurata, alla condizione che si rispetti un indistinto “criterio maggioritario” relativo alle rappresentanze sindacali legittimate alla stipula. Queste ultime sono individuate in «associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti». Non solo la disposizione citata ha aggiunto un’ulteriore ipotesi, per di più molto ampia, di deroga alla legge da parte della contrattazione collettiva, ma ha anche introdotto ulteriori incertezze sull’individuazione di soggetti sindacali abilitati alla relativa stipulazione. Invero, – analogamente a ciò che si è verificato in merito alla nozione di organizzazioni comparativamente più rappresentative – finora in dottrina non si è raggiunta una significativa convergenza né sulla

nozione di “criterio maggioritario”, né sulla nuova concezione di sindacato «comparativamente rappresentativo sul piano territoriale», né sulle relative rappresentanze aziendali. Nel prosieguo della trattazione si darà conto della rilevanza del tema in esame nel diritto sanzionatorio, giacché tra le materie indicate dalla legge come soggette alla disciplina derogatoria (articolo 8, comma 2) rientrano svariati settori del diritto del lavoro sottoposti a sanzioni amministrative (orario di lavoro, contratto a termine, somministrazione).

8. Il sindacato maggiormente rappresentativo

Il primo criterio selettivo dei soggetti sindacali adottato dalla legge è, com'è noto, quello del “sindacato maggiormente rappresentativo”. Tale concetto manifesta «la capacità del sindacato di esprimere credibilmente gli interessi di cui è portatore»⁽⁸⁹⁾ e nasce storicamente con la legge n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori), la quale concede esclusivamente a tali soggetti i diritti sindacali di cui al titolo III della legge stessa, almeno sino al *referendum* del 1995 che ne pose in crisi l'impianto. Le leggi che hanno avvertito l'esigenza di selezionare, per altre finalità rispetto allo “Statuto”, i sindacati con tale criterio si dividono in due categorie⁽⁹⁰⁾. Con la prima, sono stati individuati i sindacati cui è concesso il potere di designare propri rappresentanti in organi collegiali (ad esempio Cnel). La seconda categoria di leggi, di peculiare interesse in questa sede, si prefigge l'obiettivo di selezionare le organizzazioni sindacali abilitate alla stipula dei contratti collettivi richiamati dalla legge. Un esempio rilevante di tal fatta è rinvenibile nell'articolo 4, comma 11, della legge n. 223/1991, il quale affida – in mancanza delle RSA – ai contratti collettivi stipulati con le associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale il notevole potere derogatorio dell'articolo 2103 c.c. In assenza di definizioni normative, la dottrina non ha tardato ad osservare che quello in discorso altro non è che un criterio di rappresentatività presunto – o “storico” –, in quanto riferito al dato acquisito dell'effettività del grado di azione sindacale delle tre maggiori confederazioni⁽⁹¹⁾. In tal senso, si è sottolineato che la chiave di volta del sistema sia stato il rapporto unitario che si è costituito con il patto federativo del 24 luglio 1972, il quale ha consentito un'identificazione con la base di tutti i lavo-

⁽⁸⁹⁾ V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *op. cit.*, 84.

⁽⁹⁰⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 63.

⁽⁹¹⁾ Ivi, 64.

ratori, iscritti e no, e quindi il completo distacco della nozione “politica” di rappresentatività dal concetto giuridico di rappresentanza ⁽⁹²⁾.

La lacuna definitoria normativa ha determinato anche la necessità di elaborare indici che consentissero, in concreto, l'individuazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative, soprattutto ove fosse in questione un contratto stipulato da associazioni diverse da quelle “storiche”. La necessità di elaborare vari indici e l'insufficienza del ricorso al solo indice quantitativo del numero di iscritti, derivava anche dall'osservazione che quello in discorso è un criterio che si presta ad essere misurato non in termini comparatistici, ma assoluti ⁽⁹³⁾. I maggiori indici individuati dalla giurisprudenza, come noto, sono: la consistenza del numero di iscritti, l'effettivo svolgimento di azione sindacale e di contrattazione, la presenza della sigla sindacale in più settori produttivi e più territori ⁽⁹⁴⁾. Peraltro, le oscillanti interpretazioni pretorie non hanno consentito a tali criteri di stabilizzarsi compiutamente. Inoltre, l'entrata in scena di varie organizzazioni sindacali minoritarie ed il cenato referendum del 1995 hanno posto in crisi la nozione in parola, inducendo il legislatore a mutare prospettiva ed a orientarlo verso il criterio del sindacato “comparativamente più rappresentativo” ⁽⁹⁵⁾. Non si è mancato di evidenziare, nel contesto della crisi della rappresentatività “storica”, la rottura del patto federativo del 1972 ⁽⁹⁶⁾. La rottura dell'unità sindacale determinava la caducazione di quella *ratio* della adeguatezza sociale delle scelte normative, che si è visto essere il fondamento del fenomeno della contrattazione collettiva “delegata”. Infatti, tale *ratio* poggiava sulla unitaria rappresentanza di interessi della classe lavoratrice da parte delle grandi confederazioni.

9. Il sindacato comparativamente più rappresentativo

È un dato acquisito che il metodo più utilizzato dal legislatore, per la disciplina del modello integrativo legge-contrattazione, sia oramai quello del “sindacato comparativamente più rappresentativo”; per quanto riguarda l'oggetto specifico della presente ricerca, il criterio in parola risulta il solo adottato nelle varie fattispecie sanzionatorie amministrative che accolgono la compartecipazione della fonte pattizia collettiva.

⁽⁹²⁾ A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, cit., 132.

⁽⁹³⁾ P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000, 18.

⁽⁹⁴⁾ Tali criteri sono stati da tempo individuati in giurisprudenza: tra le altre, Cass. 10 luglio 1991, n. 7622, Cass. 22 agosto 1991, n. 9027, e Cass. 27 aprile 1992, n. 5017.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 22 ss.

⁽⁹⁶⁾ A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, cit., 167.

Come suggerisce la stessa denominazione, la figura in esame impone una selezione, mediante un confronto di rappresentatività, dei soggetti sindacali legittimati alla stipula del contratto collettivo cui la legge rinvia. Tuttavia, sulle modalità della comparazione la dottrina risulta profondamente divisa sotto vari riguardi. Infatti, anche in questo caso, analogamente a quello della maggiore rappresentatività, la legge non specifica criterio alcuno per l'individuazione dei contratti idonei a produrre gli effetti previsti, né dei soggetti sindacali legittimati a stipularli.

L'esordio della nuova formula avviene con l'articolo 2, comma 25, della legge n. 549/1995, di interpretazione autentica della legge n. 398/1989, al fine di selezionare il contratto collettivo applicabile per la determinazione dei minimi contrattuali da adottare come base per il calcolo dei contributi previdenziali ⁽⁹⁷⁾.

La nuova scelta normativa ha creato una notevole criticità, poiché mentre quello della "maggiore rappresentatività" era un criterio tendenzialmente aperto e inclusivo, il meccanismo della comparazione è intrinsecamente selettivo ⁽⁹⁸⁾. In costanza di unità di azione sindacale, esso è in grado di funzionare adeguatamente, in contrapposizione a un sindacalismo minoritario e frazionistico, che dà luogo al fenomeno dei c.d. "contratti pirata". Tuttavia, il metodo diventa oltremodo critico nel momento in cui, venuta meno l'unità tra le principali confederazioni, il problema della comparazione si pone all'interno delle stesse. Quando ciò si verifica, il contratto "delegato" dalla legge potrebbe essere stipulato anche soltanto da alcuni dei sindacati richiamati, dando luogo all'ulteriore fenomeno dei c.d. contratti separati (su cui si veda *infra*, § 10). Tale possibilità crea, in effetti, un notevole dilemma di compatibilità costituzionale, con l'articolo 39, quarto comma, Cost., di tutte quelle norme che rinviano a contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

L'adozione legislativa della formula del sindacato comparativamente più rappresentativo sembra segnare il passaggio da una rappresentatività presunta ad una verificata attraverso il principio di maggioranza: in presenza di più contratti, deve essere stabilito la prevalenza dell'uno o dell'altro in virtù del principio detto, applicato mediante un procedimento di comparazione fondato sulla copertura associativa di ciascun soggetto sindacale ⁽⁹⁹⁾.

Tuttavia, un settore della dottrina osserva che il criterio in parola ha aggravato il già non semplice quadro determinato dal metodo della maggiore rap-

⁽⁹⁷⁾ Ivi, 203.

⁽⁹⁸⁾ G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.

⁽⁹⁹⁾ V. LUCIANI, R. SANTAGATA, *op. cit.*, 86 ss.

presentatività ⁽¹⁰⁰⁾. In questo contesto, se anche il criterio comparato segnasse il passaggio al principio maggioritario di derivazione costituzionale – come ritiene parte della dottrina (si veda *infra*) –, ciò non determinerebbe un nesso tra qualità rappresentativa dei sindacati ed efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, difettando un'espressa previsione normativa in tal senso. La dottrina in parola evidenzia «l'assoluta incertezza» della nozione circa: la fase della negoziazione in cui effettuare la comparazione (*ex ante* ovvero *ex post* alle trattative); la possibilità che il raffronto avvenga, o meno, all'interno dei sindacati maggiormente rappresentativi; l'individuazione dei criteri selettivi; infine, l'oggetto stesso della comparazione (contratti ovvero sindacati). La conclusione tratta da tale orientamento è che l'introduzione del concetto in questione ha accresciuto il *deficit* di trasparenza e democraticità del sistema, rendendolo oltremodo vulnerabile, in special modo nei periodi di divisioni sindacali tra le grandi confederazioni. Anche sotto tale profilo, è dubbia l'idoneità del metodo in caso di contratti separati. Altra criticità del criterio in esame è stata individuata nella mancanza di una soglia minima quantitativa per la selezione del sindacato comparativamente più rappresentativo ⁽¹⁰¹⁾. In tal senso, sarebbe necessario l'intervento del legislatore al fine di conferire effettività a regole di rappresentanza che, anche con norme dell'ordinamento intersindacale, ne sarebbero altrimenti prive.

L'adozione dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, del resto, ha sottratto ogni valore di garanzia alla formula in esame, che già difettava di idoneità selettiva per la sua vaghezza ⁽¹⁰²⁾. Tale disposizione, conferendo la legittimazione a negoziare in capo a qualunque sindacato “comparativamente più rappresentativo”, ha fatto definitivamente venir meno la condizione che aveva consentito di ritenere il sistema sindacale di fatto in grado di imporsi quale modello alternativo all'articolo 39, seconda parte, Cost. In tal modo, la legge, in luogo di contrastare la competizione sindacale, la riproduce nella misura in cui fa riferimento all'eventualità di stipulazioni non unitarie in capo ai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Alla stregua di altra impostazione, i criteri da utilizzare per misurare la maggiore rappresentatività comparata possono essere tratti dalla giurisprudenza formatasi in relazione al modello della maggiore rappresentatività, ai quali possono aggiungersi anche i dati quantitativi dei voti ricevuti all'esito delle elezioni RSU e quello delle deleghe sindacali ⁽¹⁰³⁾. Questo orientamento ri-

⁽¹⁰⁰⁾ P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 279.

⁽¹⁰¹⁾ S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, 2005, 141.

⁽¹⁰²⁾ S. SCARPONI, *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, cit., 4.

⁽¹⁰³⁾ P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 120.

tiene che il criterio in parola abbia introdotto il principio maggioritario. In tal senso, tale dottrina valorizza il carattere selettivo dell'avverbio "comparativamente" in due diverse direzioni. La prima opera in relazione ai soggetti sindacali («a tutti gli altri soggetti sindacali che stipulino contratti collettivi»), essendo diretta ad evitare che il potere integrativo della legge possa esercitarsi da un sindacato minoritario, in riferimento ad un unico contratto di settore da questo stipulato. In caso di unico contratto, dunque, questo potrebbe produrre gli effetti di legge solo se stipulato da un sindacato – o da una coalizione di sindacati – che rappresentino la maggioranza del comparto⁽¹⁰⁴⁾. La seconda direzione segnalata opera nelle ipotesi di concorrenza di diversi contratti collettivi già stipulati; in tal caso, prevarrebbe il contratto stipulato dalla coalizione sindacale maggiormente rappresentativa secondo i criteri menzionati. Questa lettura consente la comparazione anche all'interno dei sindacati "storicamente" maggiormente rappresentativi. Nel caso dei contratti "separati", tale dottrina ritiene che la scelta vada fatta comparando le organizzazioni che, nel loro insieme, raggiungano la soglia della maggiore rappresentatività. Una simile lettura sarebbe confermata dalla modifica legislativa del decreto legislativo n. 276/2003 che non parla più di contratti stipulati "dai", bensì "da" sindacati comparativamente più rappresentativi. Tale modifica lessicale nel linguaggio normativo è stata oggetto di aspre critiche da parte di taluni settori dottrinali, che ne hanno letto la volontà – politica – di estromettere una parte rappresentativa del sindacato⁽¹⁰⁵⁾. La stessa dottrina, più recentemente, alla luce della tendenza normativa all'aziendalizzazione delle relazioni sindacali, ha ritenuto oramai inadeguati gli indici di rappresentatività individuati per il sindacato maggiormente rappresentativo⁽¹⁰⁶⁾. Conseguentemente, tale orientamento propone una "decodificazione" ermeneutica della formula normativa in esame utilizzando i parametri di rappresentatività sindacale adottati nell'ultima, feconda, stagione contrattuale confederale e, segnatamente, nel protocollo del maggio 2013

⁽¹⁰⁴⁾ Va, peraltro, registrato che in dottrina è stato anche sostenuto che «il contratto che ha solo sé stesso come termine di comparazione non può conseguire gli effetti previsti dalla norma legale»: C. LA MACCHIA, *L'esercizio della rappresentanza sindacale nella riforma del mercato del lavoro del 2003*, in RGL, 2004, n. 2, I, 165.

⁽¹⁰⁵⁾ Tra gli altri, L. MENGHINI, *Incostituzionalità del concetto di sindacato comparativamente rappresentativo e carattere distorto dell'attuale dibattito sull'art. 18 St. lav.*, convegno Aidlass *Il Libro bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, Firenze, 18 gennaio 2002, in *www.aidlass.it*, 27.

⁽¹⁰⁶⁾ P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in DRI, 2014, n. 2, 378 ss., e P. PASSALACQUA, *Tenuta e rilancio del modello del sindacato comparativamente più rappresentativo dopo il protocollo del 31 maggio 2013*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 341 ss.

e nel c.d. Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 ⁽¹⁰⁷⁾. In tale ottica, si suggerisce l'adozione della soglia del 5%, quale media del dato elettorale con il dato associativo, quale criterio ermeneutico diretto ad individuare i sindacati comparativamente più rappresentativi legittimati ad attuare negli accordi collettivi la delega legale. Inoltre, trasponendo anche su questo punto le regole convenzionali introdotte dal protocollo del 2013, si propone che la regola contrattuale oggetto di rinvio legale sia ritenuta valida solo se espressa in contratti collettivi di lavoro sottoscritti da organizzazioni sindacali che nel loro complesso giungano al 50% +1 della rappresentatività. Con l'affermazione del principio maggioritario, l'orientamento in parole ritiene di poter superare le obiezioni in merito alla dubbia validità di accordi delegati sottoscritti da sigle sindacali nel loro complesso minoritarie, sebbene comparativamente più rappresentative. Questa dottrina non manca di evidenziare che una tale operazione ermeneutica estensiva si rileva necessaria, in quanto il valore solo obbligatorio e *inter partes* del protocollo del maggio 2013 non consente, in linea di stretto diritto, di ritenere che i criteri ivi adottati valgano automaticamente per le ipotesi di rinvio legale.

La panoramica dottrinale esposta evidenzia, dunque la sussistenza di numerose incertezze sull'idoneità del concetto di rappresentatività comparata a porsi quale adeguato criterio selettivo dei contratti abilitati a derogare alla legge. Tali dubbi condizionano negativamente sia l'idoneità astratta del modello di relazioni sindacali di diventare reale alternativa a quello prefigurato dal Costituente, sia le attività operative, tra cui quella ispettiva, che necessitano di criteri certi di individuazione dei soggetti sindacali stipulanti i contratti da applicare al caso concreto. In costanza di unità sindacale, il contratto sarà agevolmente individuabile in quello stipulato da tutte le maggiori organizzazioni; tuttavia, in caso di contrattazione c.d. "separata", è necessario ricorrere ad altre, puntuali, regole di identificazione. In merito, la giurisprudenza ha individuato vari indici di rappresentatività, quali la consistenza numerica degli iscritti, la presenza in un ampio ambito di settori produttivi, lo svolgimento di attività di negoziazione, contrattazione e autotutela con caratteri di effettività, continuità e sistematicità. Il Ministero del lavoro, dal canto suo, ha ritenuto che occorresse fare riferimento al numero complessivo delle imprese associate, a quello dei lavoratori occupati, alla diffusione

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. anche S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Giornate di Studio Aidlass 2016, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it. 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, 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)*, Giuffrè, 2016, 332.

territoriale – numero di sedi presenti sul territorio ed ambiti settoriali –, al numero dei contratti collettivi nazionali stipulati e vigenti ⁽¹⁰⁸⁾. Tuttavia, tali indici appaiono allo stato superati, almeno in parte, per due fondamentali ragioni. La prima è che essi – più precisamente quelli di matrice giurisprudenziale – furono elaborati principalmente in relazione alla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo in un periodo nel quale vigeva l'unità sindacale, sicché essi non appaiono adeguati ad identificare in maniera puntuale i sindacati legittimati, all'esito di un processo comparativo, specie se riguardante le maggiori organizzazioni. La seconda è che i criteri in parola non tengono conto dell'attuale processo di "aziendalizzazione" delle relazioni sindacali, sicché, principalmente con riguardo alla contrattazione di prossimità di cui all'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 – che pure fa riferimento al criterio comparativo di selezione dei sindacati – essi appaiono chiaramente inappropriati. Discende da quanto sopra che modalità selettive certe della contrattazione "autorizzata" dalla legge alla produzione normativa non sono, ad oggi, agevolmente rinvenibili.

L'unica soluzione ipotizzabile appare quella che deriva dalla combinazione dell'indeterminato "criterio maggioritario" di cui all'articolo 8 e dalle regole della recente stagione contrattuale sulla rappresentanza di cui Protocollo del 31 maggio 2013 e nel Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Da tale combinato disposto sembra discendere un generale principio maggioritario nelle relazioni sindacali, quale fondamento democratico delle decisioni negoziali in un contesto in cui la recente esperienza ha dimostrato che l'aspirazione all'unità sindacale può realisticamente venire meno. In questo senso, valorizzando tale principio, sembra da accogliere quella dottrina che ha recentemente proposto di adottare i criteri delle citate regole negoziali sulla rappresentanza ⁽¹⁰⁹⁾. Si tratterebbe di adottare la soglia del 5%, come media del dato elettorale con il dato associativo, quale criterio ermeneutico diretto ad individuare i sindacati comparativamente più rappresentativi legittimati ad attuare negli accordi collettivi la delega legale. Inoltre, trasponendo anche su questo punto le regole convenzionali introdotte dal protocollo del 2013, la regola contrattuale oggetto di rinvio legale dovrebbe essere ritenuta valida solo se espressa in contratti collettivi di lavoro sottoscritti da organizzazioni sindacali che nel loro complesso raggiungano il 50% +1 della rappresentatività.

⁽¹⁰⁸⁾ Lett. circ. Min. lav. prot. n. 10310/2012, ritenuta legittima da TAR Lazio 7 agosto 2014, n. 8865.

⁽¹⁰⁹⁾ P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, cit., 378 ss.

10. L'efficacia soggettiva del contratto "separato"

Per i rilevanti effetti pratici che determina, anche in merito alla vigilanza ispettiva, non può essere trascurata la problematica dell'efficacia soggettiva del contratto "separato", di quel negozio cioè – secondo una condivisa definizione dottrinale – sottoscritto non da tutte le organizzazioni sindacali che, secondo la prassi formatasi nel tempo, identificano le parti del sistema di relazioni negoziali operante nell'ambito di applicazione ove l'accordo è destinato ad operare⁽¹¹⁰⁾. Nel momento attuale e nel tema specifico in esame, si può dire che tali organizzazioni s'identificano con quelle "storicamente" più rappresentative. Ragion per cui, nel presente contesto per accordo "separato" si deve intendere il contratto stipulato non da tutti i sindacati tradizionalmente più rappresentativi.

Anche in relazione al tema dell'efficacia soggettiva degli accordi separati la dottrina è profondamente divisa⁽¹¹¹⁾. Un primo orientamento sostiene che il contratto nazionale di categoria a firma separata non sfugge alla regola, accolta dalla dottrina prevalente, secondo cui il vincolo giuridico che nasce dalla sottoscrizione del contratto nazionale di categoria impone al datore di lavoro iscritto alla organizzazione stipulante l'applicazione delle clausole collettive a tutti i prestatori di lavoro, anche non iscritti ad alcun sindacato o iscritti ad un sindacato non firmatario⁽¹¹²⁾. Secondo tale orientamento, in presenza di un nuovo contratto collettivo nazionale stipulato soltanto da alcuni sindacati, i lavoratori non iscritti al sindacato stipulante possono rinunciare all'applicazione della nuova disciplina collettiva e accontentarsi dei minimi di legge o accettare – anche tacitamente o per comportamento concludente o in virtù della clausola di rinvio – le clausole, anche quelle sfavorevoli, del nuovo contratto collettivo non sottoscritto dal sindacato di appartenenza. Nel caso del contratto aziendale "separato" questa dottrina ritiene sostanzialmente replicabile tale schema: il contratto aziendale, essendo firmato soltanto da alcune di quelle parti che hanno firmato il contratto nazionale, è efficace soltanto nei confronti dei sindacati che lo hanno sottoscritto e degli iscritti secondo il principio della rappresentanza associativa. I lavoratori iscritti al sindacato dissenziente possono rifiutare, in ragione del loro

⁽¹¹⁰⁾ A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, cit., 29 ss.

⁽¹¹¹⁾ Per la posizione della giurisprudenza cfr. P. TOMASSETTI, *Accordi separati e tutela del dissenso nella giurisprudenza*, in *ADL*, 2015, n. 2, II, 483 ss.

⁽¹¹²⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, cit., 487 ss.

vincolo associativo, il trattamento previsto da questo contratto e rivendicare il trattamento previsto dal contratto nazionale.

Secondo una diversa impostazione, l'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva di diritto comune non conseguirebbe alle regole civilistiche della rappresentanza e, quindi, all'adesione sia del datore che del dipendente alle associazioni stipulanti ⁽¹¹³⁾. Essa discenderebbe, invece, dalla prassi generalizzata di inserire nella lettera di assunzione una clausola di rinvio al contratto di primo livello stipulato dall'associazione imprenditoriale alla quale il datore di lavoro è iscritto o che, comunque, costui utilizza. Di conseguenza, secondo tale orientamento, l'accordo separato trova applicazione in base alla clausola di rinvio dinamico contenuta nel contratto individuale di lavoro, rispetto alla quale l'iscrizione del datore di lavoro all'associazione imprenditoriale assume rilievo perché orienta la scelta del contratto collettivo applicabile che, però, viene compiuta dai soggetti del rapporto individuale di lavoro nell'esercizio della loro autonomia privata. La pretesa del lavoratore di distaccarsi dal contratto separato non avrebbe fondamento giuridico in quanto determinazione unilaterale inidonea a modificare l'accordo individuale di rinvio dinamico alla contrattazione collettiva. A diversa conclusione questa dottrina perviene in caso di accordo separato modificativo di un contratto collettivo ancora in vigore: il primo è vincolante soltanto per le organizzazioni sindacali che lo hanno sottoscritto, per i lavoratori che ad esse aderiscono e per quelli che manifestano, anche per comportamenti conclusivi, la volontà di uniformarsi al nuovo accordo modificativo. Viceversa, per i lavoratori iscritti al sindacato dissenziente, continua ad applicarsi – finché resterà in vigore – il contratto collettivo che si intendeva modificare.

Ad opposte conclusioni perviene chi sostiene che la rottura dell'unità sindacale fa venire meno il sistema a cui il rinvio del contratto individuale a quello collettivo andrebbe riferito ⁽¹¹⁴⁾. Il rinvio aperto a tutti gli esiti della contrattazione collettiva si interrompe, secondo tale impostazione, quando muta l'identità dei soggetti collettivi stipulanti, dovendosi ritenere che in tal modo sia mutata la stessa fonte di produzione normativa oggetto di rinvio. Se ne inferisce il ritorno al diritto comune dei contratti, con la conclusione che gli accordi aziendali possono dirsi applicabili agli iscritti alle associazioni stipulanti, ma non anche ai lavoratori iscritti a sindacati dissenzienti, né a quelli non iscritti ad alcun sindacato, salvo che lo vogliano o mostrino di volerlo, rinviandovi esplicitamente o implicitamente.

⁽¹¹³⁾ A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, cit., 29 ss.

⁽¹¹⁴⁾ A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 124, 8.

In una diversa prospettiva si colloca l'orientamento che valorizza il principio di libertà sindacale di cui all'articolo 39, primo comma, Cost. ⁽¹¹⁵⁾. Tale dottrina non esclude, secondo la prassi del nostro sistema di relazioni industriali e di lavoro, che un'intesa "separata" possa proiettare la propria sfera di validità ed efficacia giuridica ben oltre la cerchia degli iscritti alle associazioni stipulanti. Tuttavia, è necessaria una valutazione caso per caso in ragione della natura dell'istituto disciplinato ovvero della tipologia di intervento contrattuale, per esempio in funzione di una delega di tipo "normativo" o "gestionale" concessa dalla legge al contratto collettivo sottoscritto, di regola, da soggetti sindacali dotati di un sufficiente ovvero qualificato grado di rappresentatività.

Secondo un'ulteriore corrente dottrinale, nelle ipotesi di rinvio legislativo alla contrattazione, la mancata sottoscrizione da parte del sindacato più rappresentativo, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo, renderebbe dubbia la legittimità costituzionale della norma legale di rinvio, per violazione del principio di ragionevolezza, ove si ritenga che il rinvio determini l'applicazione al contratto di un regime giuridico analogo a quello della legge ⁽¹¹⁶⁾. In tale ottica, si ritiene che solamente la stipulazione di contratto collettivo da parte di un soggetto – o coalizione – incontestabilmente più rappresentativo consenta l'integrazione tra norma legale e clausola contrattuale: altrimenti l'interesse generale non potrebbe essere legittimamente espresso dalla seconda. Quindi, il contratto "separato" avrebbe rilievo esclusivamente per i datori e lavoratori iscritti alle organizzazioni stipulanti e per i lavoratori che manifestino in via formale o per fatti concludenti l'intenzione di aderire a esso.

Peraltro, secondo una condivisibile impostazione, la divisione tra le organizzazioni sindacali di più significativa rappresentatività rende inevitabile, ai fini dell'operatività delle discipline legali di rinvio, la verifica in concreto del carattere comparativamente più rappresentativo della coalizione firmataria del contratto in rapporto all'insieme dei soggetti sindacali esistenti nel settore ⁽¹¹⁷⁾. Solo in tal modo è possibile riempire gli spazi regolativi delegati dal legislatore che utilizza la formula selettiva, pena l'invalidità o inefficacia delle norme contrattuali poste in tale ambito, in assenza del requisito soggettivo della coalizione stipulante. In tal caso non si porrebbe la questione

⁽¹¹⁵⁾ M. TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *DRI*, 2011, n. 2, 347.

⁽¹¹⁶⁾ A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *RGL*, 2010, n. 1, I, 58 ss.

⁽¹¹⁷⁾ F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *RGL*, 2010, n. 1, I, 10.

dell'efficacia generale o limitata del contratto collettivo ma della sua efficacia dispositiva in ordine alle clausole che attuano il rinvio legale. Pertanto, ove in una specifica occasione un contratto dovesse essere sottoscritto da una o alcune soltanto delle organizzazioni normalmente ritenute più rappresentative, e dovesse rilevarsi l'assenza del requisito di prevalente rappresentatività della coalizione stipulante in rapporto ai soggetti collettivi dissenzienti, le regole poste in attuazione della legge dovrebbero ritenersi inefficaci anche per i lavoratori e le imprese iscritte alle associazioni stipulanti. In altri termini, il problema non sarebbe quello della legittimazione alla rappresentanza, ma della legittimazione regolativa della fonte contrattuale in rapporto a quella legale: questa ultima rimane inderogabile da parte di atti stipulati da coalizioni prive della rappresentatività comparativamente più elevata.

Per quanto in precedenza sostenuto, occorre innanzitutto affermare che l'efficacia soggettiva del contratto "separato", in osservanza del principio di libertà sindacale, non può che essere limitata agli iscritti ed ai non dissenzienti, come del resto ritiene gran parte della dottrina e della giurisprudenza. Relativamente alla tesi avanzata in dottrina del rinvio del contratto individuale a quello collettivo che, in quanto rinvio dinamico ad una fonte e non ad uno specifico negozio, impedirebbe al singolo lavoratore il "distacco" dal contratto separato, bisogna precisare che tale rinvio non può ritenersi idoneo a vincolare in modo assoluto il prestatore. Se, infatti, costui fosse iscritto al sindacato dissenziente sarebbe lesa la sua libertà sindacale ove lo si ritenesse vincolato alle previsioni di un contratto che la sua associazione non ha condiviso, salvo che risulti altrimenti il suo consenso. L'opposta opinione apre alla possibilità che una clausola contrattuale individuale possa conculcare un diritto costituzionalmente garantito. Per lo stesso motivo, non può ritenersi vincolato il non iscritto ad alcun sindacato – che esercita la sua libertà sindacale negativa –, sempre salvo il suo consenso. Per quanto concerne, inoltre, il rinvio normativo al contratto stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, appare ancor più evidente la necessità della soluzione dell'efficacia meramente *inter partes* del negozio, in ragione dell'inattuazione dell'articolo 39 Cost., che non consente di identificare i sindacati comparativamente più rappresentativi – i soggetti sindacali richiamati dalle norme di rinvio – con quelli registrati. In questo ambito, è da accogliere quella dottrina la quale ritiene che la divisione tra le organizzazioni sindacali di più significativa rappresentatività renda inevitabile, ai fini dell'operatività delle discipline legali di rinvio, la verifica in concreto del carattere comparativamente più rappresentativo della coalizione firmataria del contratto in rapporto all'insieme dei soggetti sindacali esistenti nel settore. Solo in tal modo è possibile, invero, colmare gli spazi regolativi delegati dal

legislatore che utilizza la formula selettiva, pena l'invalidità delle norme contrattuali poste in tale ambito, in assenza del requisito soggettivo della coalizione stipulante. Si badi che in tal caso, come è stato correttamente evidenziato, non si pone la questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo ma, più a monte, della sua efficacia dispositiva, cioè della sua idoneità all'integrazione della legge. Ove, cioè, in un contratto dovesse rilevarsi l'assenza del requisito di prevalente rappresentatività della coalizione stipulante, in rapporto ai soggetti collettivi dissenzienti, le regole da esso poste in attuazione della legge devono ritenersi inefficaci anche per gli stessi iscritti alle associazioni stipulanti. Pertanto, in caso di contratto stipulato da soggetti sindacali sprovvisti del titolo della maggiore rappresentatività comparata il problema non è quello della legittimazione alla rappresentanza, ma della legittimazione regolativa della fonte contrattuale in rapporto a quella legale: questa ultima rimane inderogabile da parte di atti stipulati da coalizioni prive di un requisito legalmente richiesto.

11. Il contratto aziendale

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

Il livello aziendale di negoziazione presenta peculiari caratteri, strutturali e funzionali, che valgono a distinguerlo da quello dei livelli superiori. Le questioni che si agitano in questo ambito riguardano l'efficacia soggettiva del patto decentrato – e la sua discussa riconducibilità all'articolo 39 Cost. – e la possibilità di adattare a tale livello l'elaborazione relativa alla rappresentatività comparata.

In primis, bisogna considerare che la dottrina è profondamente divisa sull'applicabilità dell'articolo 39, seconda parte, Cost. al contratto aziendale. Da una parte c'è la tesi di chi sostiene che il contratto aziendale si sottrarrebbe alle disposizioni costituzionali e che, quindi, una legge che ne disponesse l'efficacia soggettiva generalizzata sarebbe pienamente legittima; dall'altra, vi è l'orientamento di coloro che ritengono l'accordo aziendale soggetto, come tutti gli altri livelli contrattuali, all'articolo 39 Cost., con la conseguente illegittimità costituzionale di leggi – come l'articolo 8 del decre-

to-legge n. 138/2011, di cui al prossimo paragrafo – che ne dispongano l'efficacia *erga omnes* senza il rispetto della disposizione costituzionale⁽¹¹⁸⁾. A sostegno della prima tesi si sottolinea come la formulazione dell'articolo 39, seconda parte, Cost. mal si concili con i caratteri del contratto aziendale⁽¹¹⁹⁾. In questo senso, il sindacato menzionato nella norma costituzionale è un organismo molto strutturato, piuttosto distante dagli attori della contrattazione aziendale, dalla commissione interna alle attuali RSU. Anche in riferimento alla legittimazione a contrattare con efficacia generale, sarebbero rinvenibili incongruenze, come le plausibili ridotte dimensioni delle rappresentanze unitarie, che potrebbero essere composte da pochi iscritti rispetto al complesso dei dipendenti; in tal modo, si avrebbe una sostanziale elusione del principio proporzionalistico di cui all'articolo 39 Cost. Pertanto, a stipulare contratti *erga omnes* sarebbero così soggetti privi di reale rappresentatività, in contrasto con lo spirito della norma costituzionale. Nella stessa linea di pensiero, da registrare la tesi secondo la quale sia la lettera, sia la genesi storica, sia infine la *ratio* dell'articolo 39 Cost. deporrebbero nel senso della sua inapplicabilità al contratto aziendale⁽¹²⁰⁾. In primo luogo, si sostiene, la lettera della norma costituzionale si riferisce alla categoria, concetto avulso dall'ambito aziendale; inoltre, l'esigenza dell'estensione *erga omnes* sarebbe propria del contratto di categoria nazionale, rimanendo estranea al contratto aziendale, rispetto al quale il fattore unificante è dato dalla dipendenza da uno stesso datore di lavoro. Infine, la stessa procedura costituzionale confermerebbe l'estraneità del contratto aziendale, poiché essa sarebbe espressione del potere di rappresentanza legale della categoria professionale che la norma costituzionale conferisce al collegio dei sindacati registrati. Ancora in questo ambito, si sostiene che l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale si giustifica in virtù dell'autorevolezza delle associazioni sindacali stipulanti ed alla unitarietà del datore di lavoro, il quale non ha interesse all'applicazione differenziata del contratto aziendale; ed in tale prospettiva è citato a supporto il divieto di discriminazione⁽¹²¹⁾. Nel caso di rinvio legislativo, questa dottrina evidenzia l'efficacia qualificativa "a monte" della selezione dei soggetti stipulanti, che deriverebbe dalla volontà legislativa di disciplinare la fattispecie in maniera unitaria. In un contesto simile si colloca chi pone

(118) A questo proposito T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, n. 3, 622-623, afferma: «la dottrina e la giurisprudenza si sono da tempo esercitate ad argomentare la (possibile) efficacia generale di tali contratti, pur nell'attuale ordinamento sindacale di fatto, quindi al di fuori delle strettoie dell'articolo 39 della Costituzione; ma con risultati incerti».

(119) A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, 294 ss.

(120) E. GHERA, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2014, n. 202, 7 ss.

(121) G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.

l'accento, più che sull'indivisibilità dell'interesse collettivo sotteso al contratto aziendale, sull'indivisibilità della materia su cui il patto aziendale, specie se di carattere "gestionale", è chiamato ad intervenire ⁽¹²²⁾. Inoltre, questa dottrina valorizza le c.d. clausole d'inscindibilità, le quali presuppongono che la disciplina collettiva, per realizzare il suo scopo di tutela, non può essere frammentata dal lato dei destinatari.

Sul versante opposto si registra l'orientamento, secondo il quale il contratto aziendale è sottoposto all'articolo 39 Cost., poiché anche il gruppo dei lavoratori dipendenti dal medesimo datore costituirebbe una delle categorie richiamate dalla disposizione costituzionale ⁽¹²³⁾. Inoltre, quelli aziendali, ricorda questa dottrina, sono contratti collettivi a tutti gli effetti e sottoposti, come tali, alla relativa disciplina. Nell'articolata prospettazione in esame, si segnala l'acuta osservazione secondo cui il contratto aziendale non può avere efficacia generale in quanto afferente ad interessi indivisibili – come sostenuto dalla tesi avversa –, giacché un conto è l'esigenza da tutelare, un altro è lo strumento normativo legittimato a soddisfarla, il quale deve essere compatibile con il disposto costituzionale. In linea con tale interpretazione si afferma che la contrattazione aziendale rientra a pieno titolo nell'ultimo comma dell'articolo 39 Cost., sia per *ratio*, poiché si tratta pur sempre di conferire alla contrattazione un'efficacia *ultra partes* che le è intrinsecamente estranea; sia per la lettera, giacché il termine "categorie" deve essere interpretato come equivalente ad unità contrattuali di qualsiasi livello, e la frase «con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce» è riferita proprio ai lavoratori non iscritti alle associazioni stipulanti, a prescindere dagli ambiti dei relativi contratti ⁽¹²⁴⁾. A tali argomentazioni si aggiunge che escludere i contratti aziendali dalla parte seconda dell'articolo 39 Cost., significherebbe implicitamente, e paradossalmente, sostenere che per tali contratti l'effetto "estensivo" prefigurato dal Costituente non sarebbe mai realizzabile, neppure in caso di attuazione della norma costituzionale ⁽¹²⁵⁾. Invero, si rammenta che l'articolo 39 introduce, nel nostro ordinamento, non il divieto ma l'eccezione al divieto di efficacia soggettiva generalizzata del contratto collettivo. Argomenti simili sono utilizzati dall'indirizzo secondo il quale l'unico modo per pervenire alla stipula-

⁽¹²²⁾ F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 2012, n. 133, 21 ss.

⁽¹²³⁾ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., 423.

⁽¹²⁴⁾ F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III Stat. lav. al TU sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in F. CARINCI (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, ADAPT University Press, 2014, XVII.

⁽¹²⁵⁾ V. LECCESE, *op. cit.*, 501.

zione di contratti collettivi a efficacia generale, evitando di incorrere nel limite derivante dalla previsione libertaria del primo comma, è l'utilizzazione dello schema previsto dallo stesso legislatore costituente nella seconda parte dell'articolo 39 Cost. ⁽¹²⁶⁾. Invero, alla stregua di questa impostazione, l'articolo 39 Cost., al primo comma, prevede anche la libertà sindacale negativa di poter rifiutare di aderire a un sindacato nonché di potersi sottrarre all'esercizio, da parte di terzi, di un potere di rappresentanza sindacale. Ciò significa che nessuno può essere costretto a rispettare un contratto collettivo stipulato da soggetti che non lo rappresentano. Questa dottrina aggiunge che il concetto di "categoria", rilevante ai fini della procedura negoziale finalizzata alla stipula del contratto collettivo a efficacia generale deve essere, volta a volta, identificata dalle parti sociali, nel pieno esercizio della loro libertà sindacale e contrattuale. L'argomentazione confuta l'obiezione della tesi avversa secondo cui il Costituente non poteva avere consapevolezza di contratti aziendali all'epoca della predisposizione dell'articolo 39: resta valida la necessità di riconoscere alla parola "categoria" un significato "aperto", attribuendo all'autonomia sindacale e contrattuale, in attuazione del principio di libertà sindacale, il compito di dare a esso contenuto concreto.

Riguardo al problema dell'adattabilità al livello contrattuale decentrato della nozione di rappresentatività comparata, si osserva, con riferimento al decreto legislativo n. 276/2003 – anche se, va notato, che il problema sussiste anche per i rinvii alla contrattazione collettiva operati dal decreto legislativo n. 66/2003 in materia di orario di lavoro –, che la previsione normativa di declinare detta nozione ai livelli decentrati determina evidenti complicazioni, derivanti dalla sua originaria adozione a livello nazionale o confederale ⁽¹²⁷⁾. In tal senso, è evocato il rischio che l'indefinito concetto di "territorio" sia potenzialmente utilizzabile per individuare aree contrattuali *ad hoc*, appositamente create per riconoscere rappresentatività a sindacati di dubbia consistenza. Più in generale, tale dottrina osserva che il legislatore non ha esplicitato che la rappresentatività comparata a livello nazionale racchiude in sé quella del livello decentrato, sicché essa non può che essere verificata al livello della contrattazione "delegata" dalla legge. La peggiore ipotesi si verifica, secondo questo orientamento, allorché si ha un rinvio generico alla contrattazione collettiva, privo di riferimenti ai relativi livelli; in tali casi, non è chiaro come bisogna effettuare la verifica della rappresentatività comparata. L'autore propone una lettura conforme alla *ratio* complessiva del rinvio

⁽¹²⁶⁾ U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in RGL, 2012, n. 3, I, 550.

⁽¹²⁷⁾ P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 125 ss.

legislativo al contratto collettivo: posto che la formula selettiva è diretta ad individuare il contratto dotato di maggiore effettività, tale dato non può che essere apprezzato con riguardo al corrispondente livello di contrattazione, pena l'assoluta indeterminatezza del carattere della rappresentatività.

A margine del dibattito sopra sintetizzato, la tesi che convince maggiormente è quella che assoggetta anche la contrattazione decentrata all'articolo 39 Cost. e ne limita, pertanto, l'efficacia soggettiva alle parti stipulanti ed ai relativi iscritti. In primo luogo, sul piano letterale va evidenziato come la disposizione costituzionale non escluda la contrattazione di secondo livello dal proprio ambito di applicabilità. Inoltre, come ben è stato osservato in dottrina, il contratto collettivo, come tutti gli altri contratti, ha un'efficacia limitata alle parti stipulanti *ex* articolo 1372 c.c.; ne consegue che le eccezioni a tale regola devono essere espressamente contemplate. Orbene, tale eccezione è contenuta appunto nell'articolo 39 Cost.: in mancanza della sua attuazione, pertanto, il contratto aziendale non può che avere efficacia soggettiva limitata ai sensi della disposizione codicistica richiamata.

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

Altro problema si riscontra ove la legge utilizzi la formula della maggiore rappresentatività comparata, nata in relazione alle organizzazioni nazionali, senza specificare il livello, sì da indurre l'interprete a ritenere compreso l'ambito contrattuale aziendale. La questione che emerge riguarda la necessità della verifica della rappresentatività anche a livello aziendale – secondo la regola della "concordanza", vigente ad esempio nell'ordinamento francese – ovvero la sufficienza della verifica al livello superiore confederale o nazionale. Al riguardo si deve concordare con chi ritiene che, posto che la formula selettiva è diretta ad individuare il contratto dotato di maggiore effettività, la rappresentatività non può che essere apprezzata in relazione al corrispondente livello di contrattazione. Quindi, se la legge nomina il contratto azien-

dale, la rappresentatività non può che essere commisurata a tale ambito decentrato. In caso contrario, invero, si rinunciarebbe a verificare un essenziale dato di idoneità del soggetto sindacale richiesto dalla legge, per presumere, senza riscontro alcuno, la rappresentatività di questo sulla base del possesso del requisito al livello superiore.

12. La contrattazione di prossimità

Nel dibattito sulle interrelazioni tra fonti di diritto del lavoro, già molto articolato, è necessario tener conto della rilevante innovazione normativa dei contratti di prossimità di cui all'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011. Quello della contrattazione di prossimità costituisce un argomento oltremodo sensibile, che ha dato luogo ad un ampio dibattito, tuttora in corso. In merito, la dottrina maggioritaria ha espresso notevoli riserve, oltre che sull'opportunità, sulla legittimità costituzionale di una disposizione che muta profondamente il sistema delle fonti del diritto del lavoro. Nell'economia del presente studio è necessario analizzare l'istituto, dal momento che la sua portata derogatoria della legge e della contrattazione di primo livello può avere notevole incidenza nel diritto sanzionatorio, come risulta evidente in tema, ad esempio, di orario di lavoro o di contratto a termine, materie devolute dall'articolo 8 alla competenza di tale negoziazione.

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

In tale quadro, si sostiene che il problema dell'illegittimità costituzionale dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 si pone, innanzitutto, per contrasto con il principio di legalità, individuato nell'articolo 101 Cost. ⁽¹²⁸⁾. Secondo questa dottrina, si è in presenza di un sovvertimento del sistema delle fonti, tale per cui la legge, senza averne disponibilità, autorizza la propria subordinazione alla fonte pattizia territoriale ed aziendale. Inoltre, la disposizione contrasterebbe con l'articolo 3 Cost. sotto il profilo della non arbitrarietà e ragionevolezza, poiché essa non offrirebbe tutela alcuna delle posizioni di interesse del lavoratore, se non il riferimento ai limiti derivanti dal

⁽¹²⁸⁾ L. FASSINA, *Costituzione e articolo 8 della legge n. 148/2011: il fascino «indiscreto» di una norma irragionevole*, in RGL, 2013, n. 3, I, 617 ss.

«rispetto della Costituzione» di cui al comma 2-*bis*. Detto riferimento, secondo questa tesi, si limita ad elencare le vastissime materie derogabili e le altrettante ampie e indistinte finalità degli accordi. In tal modo, la legge si spoglia del proprio compito di sintesi degli interessi e non risulta utilizzabile per la verifica di proporzionalità-congruità tra costi e benefici. Secondo altra impostazione, l'articolo 8 non può sottrarsi a censure d'illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 39 Cost., giacché esso contempla l'efficacia generale dei contratti territoriali ed aziendali con criteri di rappresentatività sindacale e procedure diversi da quelli imposti dalla disposizione sovra-primaria ⁽¹²⁹⁾. Tra l'altro, questa dottrina propone un'interpretazione logica della norma che stabilisce la derogabilità della legge ad opera della contrattazione di secondo livello (territoriale ed aziendale): premessa la palese irragionevolezza del disposto in questione ove interpretato letteralmente – che renderebbe il livello secondario di contrattazione sovraordinato rispetto a quello nazionale – si sostiene che esso abbia abilitato anche la contrattazione nazionale a derogare alla disciplina di fonte primaria ⁽¹³⁰⁾.

Per altra dottrina, il principale punto critico della norma è costituito dalla compatibilità con l'articolo 39 Cost. dei criteri selettivi delle organizzazioni sindacali abilitate a stipulare contratti di prossimità ⁽¹³¹⁾. In particolare, si evidenzia la mancata indicazione, nella norma, dei criteri di misurazione della rappresentatività dei contraenti, anche se il comma 1 dell'articolo 8 rinvia in proposito agli «accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011».

Merita evidenza chi rammenta che le associazioni comparativamente più rappresentative non possono, come tali, costituire loro rappresentanze sindacali, come pretenderebbe l'espressione utilizzata dal comma 1 dell'articolo

⁽¹²⁹⁾ G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 129, 23 ss.

⁽¹³⁰⁾ Peralto, M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 2012, n. 1, 8, individua un criterio di ragionevolezza nel fatto che il potere di deroga negoziale è concesso solo in presenza di specifiche esigenze del contesto produttivo e che solo a livello aziendale possono essere individuate queste specifiche esigenze.

⁽¹³¹⁾ I. SENATORI, *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, QFMB – Saggi, 2011, n. 2.I, 5. L'A. sottolinea anche come non sia pacifico «se detto rinvio operi unicamente in merito alla misurazione della rappresentatività maggioritaria delle istanze sindacali in sede decentrata (di cui alle clausole 4 e 5 dell'accordo interconfederale), ovvero se si estenda ai criteri di certificazione della rappresentatività delle organizzazioni esterne (di cui alla clausola 1 dell'accordo interconfederale, che a tale stregua potrebbe servire ad identificare le “associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale” menzionate nel primo comma dell'articolo 8)».

8⁽¹³²⁾. In merito all'efficacia generale del contratto di prossimità, questa dottrina ritiene che l'espressione utilizzata dalla norma, "lavoratori interessati", evochi la possibilità che vi siano dissenzienti. In tale ricostruzione, non si ritiene possa applicarsi un sistema di deroghe alla contrattazione nazionale e alla legge, attesa la mancata delega alle organizzazioni sindacali da parte di lavoratori, per l'appunto, non interessati. Ulteriore impostazione si appunta, più specificamente, sul contrasto tra articolo 8, decreto-legge n. 138/2011, ed articolo 39, seconda parte, Cost., poiché la disposizione di legge citata, essendo la prima dal 1959 a porsi l'obiettivo esplicito di attuare la Costituzione, deve essere analizzata rigorosamente alla luce del dato costituzionale⁽¹³³⁾. Secondo tale ragionamento, il contrasto detto non può essere negato, poiché l'articolo 8 non reca traccia della registrazione dei sindacati, né del principio proporzionalistico richiesti dal precetto costituzionale.

Altro parere notevolmente critico lamenta uno stravolgimento del sistema delle fonti del diritto del lavoro, poiché l'autonomia collettiva della contrattazione di prossimità può regolamentare le materie di riferimento con la stessa "forza" della legge e gli interessi che essa esprime sono considerati equivalenti a quelli pubblici posti a fondamento delle norme inderogabili di legge⁽¹³⁴⁾. Tale filone ermeneutico evoca, inoltre, il rischio di una lesione generale del principio di uguaglianza, poiché i criteri che giustificano la stipula di intese con efficacia generalizzata ed in deroga alla legge ed al CCNL sono così generici da impedire una effettiva selezione in base alla diversità delle singole situazioni interessate. In sostanza, questa tesi rimarca che la legge affida alla contrattazione collettiva un potere incontrollato di deroga, che potrà consentire differenze sostanziali di trattamento non giustificate da ragionevoli diversità.

Ulteriore intervento che evidenzia limiti di costituzionalità dell'articolo 8 è quello di chi sostiene il contrasto della disposizione con l'articolo 39, primo comma, Cost., a causa dello stravolgimento del sistema delle fonti contrattuali ideato dalle parti sociali, con l'articolo 3 Cost., per la creazione di un diritto del lavoro frammentato e diversificato, e con l'articolo 35 Cost., per la rinuncia ad un sistema lavoristico di tutela minima dei diritti dei prestatori

(132) C. ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, n. 4-5, I, 857 ss.

(133) U. CARABELLI, *op. cit.*, 542 ss.

(134) A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 132, 23 ss.

(¹³⁵). Ulteriore orientamento affronta, in chiave molto critica, tre aspetti della contrattazione di prossimità introdotta dall'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 (¹³⁶). Il primo aspetto è teorico-concettuale: la contrattazione di prossimità viene collocata nell'alveo della tendenza ad un neo-feudalesimo giuridico, che nel diritto del lavoro prende la forma della aziendalizzazione della regolazione. Il secondo aspetto è comparatistico: l'articolo 8 sembra rappresentare un *unicum* nel panorama europeo, caratterizzato da un modello organizzato di decentramento contrattuale, simile solo al sistema spagnolo. Il terzo aspetto è applicativo: l'analisi di taluni accordi concretamente stipulati suggerisce di identificare tre tipi di utilizzo della contrattazione di prossimità; ad un uso solo prudenziale ed improprio, caratterizzato dal ricorso all'articolo 8 in aree ove erano già consentite deroghe alla legge, si affianca un uso corretto e fisiologico, ma non mancano casi di abuso del potere di deroga attribuito alle «specifiche intese» dall'articolo 8, in quanto – tra l'altro – carenti dell'idonea specificazione degli obiettivi in concreto perseguiti. A questo proposito si ritiene che la contrattazione di prossimità sia astretta da reali vincoli di scopo tali da rendere possibile una declaratoria di nullità delle clausole incoerenti o contrastanti con tali vincoli. Pertanto, questa dottrina opina nel senso che deve ritenersi invalido non solo l'accordo che non indica alcuna finalità, ma anche quello che le indica in modo talmente generico da rendere impraticabile il vaglio giudiziario di adeguatezza e congruità causale.

Anche altra autorevole dottrina si esprime in termini molto critici sull'articolo 8, per motivi di opportunità e costituzionalità simili a quelli sopra illustrati da altri autori, evidenziando che la norma menziona solo la parte sindacale legittimata a concludere contratti territoriali di prossimità, con la conseguenza che l'efficacia generale *ex lege*, per tale livello, deve ritenersi relativa ai soli lavoratori (¹³⁷). Ne deriva che i datori di lavoro rimasti estranei all'accordo territoriale non sono tenuti ad applicarlo. Ancora, l'orientamento in questione ritiene che la formula normativa di un «criterio maggioritario relativo alle [...] rappresentanze sindacali», che condiziona l'efficacia *erga omnes* della contrattazione di prossimità, sia tanto generica da risultare del tutto sprovvista di operatività. Ulteriore osservazione riguarda la possibilità

(¹³⁵) C. ZOLI, *Dall'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del D.L. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Ipsa, 2012, 135.

(¹³⁶) A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in RIDL, 2013, n. 4, I, 919 ss.

(¹³⁷) F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 133, 28 ss. Nello stesso senso A. TURSI, *op. cit.*, di cui in seguito nel testo.

di un contrasto tra un contratto nazionale che, ai sensi di un disposto precedente, abbia introdotto una deroga alla legge e un contratto aziendale, *ex* articolo 8, che sostituisca quella deroga con un'altra. Se il contratto è di categoria, la deroga originaria dovrebbe essere sostituita da quella introdotta dal contratto aziendale concluso secondo l'articolo 8, come tale efficace rispetto a tutti dipendenti. Tale conclusione contribuisce, secondo questa tesi, a potenziare l'impatto destabilizzante e destrutturante della disposizione in esame sul sistema contrattuale, sì da rendere ancor più percepibile il suo contrasto con l'articolo 39, primo comma, Cost. A tutti i dubbi di costituzionalità avanzati in dottrina v'è chi aggiunge un grave fattore di incertezza sulla tenuta degli accordi eventualmente stipulati ai sensi dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011: le possibili censure d'incostituzionalità della Consulta sulla disposizione determinerebbero la caducazione automatica, per il venire meno del relativo presupposto di legittimità, di tutte le intese di prossimità ⁽¹³⁸⁾.

Per altro verso, è necessario distinguere tra efficacia derogatoria ed efficacia soggettiva dei contratti di prossimità. Dal primo punto di vista, l'articolo 8 abilita i contratti collettivi di prossimità alla deroga *in peius* rispetto alle norme imperative di legge, in presenza dei requisiti di legittimazione, delle finalità e delle materie stabilite dai commi 1 e 2 ⁽¹³⁹⁾. L'efficacia soggettiva, invece, è legata al requisito maggioritario stabilito dal comma 1, il quale opera sul versante dei lavoratori e non su quello dei datori di lavoro. A tale limitazione consegue la realizzazione dell'efficacia *erga omnes* solo in caso di contratto di prossimità aziendale; se invece si tratta di contratto territoriale, l'effetto *ultra partes* riguarda solo i lavoratori dipendenti da datori di lavoro vincolati al contratto medesimo, non gli altri datori di lavoro i relativi dipendenti.

Altra parte della dottrina si attesta su una diversa posizione, apertamente adesiva al nuovo sistema della contrattazione di prossimità. In tal senso, si evidenzia le potenzialità della norma, che non può essere ritenuta un intervento dirigista che interferisce nelle dinamiche intersindacali, ma uno strumento che affida all'autonomia degli attori sociali un libero e responsabile sistema di relazioni industriali ⁽¹⁴⁰⁾. Il tema del primato di una contrattazione di prossimità, secondo questo indirizzo, trova un autorevole antecedente nello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi, il quale valorizzava la "derogabilità assistita" anche nel rapporto tra contratto individuale e legge, oltre al prima-

⁽¹³⁸⁾ C. ROMEO, *Riflessioni sulla contrattazione di prossimità e dintorni*, in *MGL*, 2011, n. 12, 872.

⁽¹³⁹⁾ A. TURSI, *op. cit.*, 958 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ M. TIRABOSCHI, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *DRI*, 2012, n. 1.

to della contrattazione aziendale su quella nazionale. Sullo stesso fronte si situa quella parte della letteratura che sottolinea che con l'articolo 8 sarebbe stato introdotto il principio di responsabilità nello Stato sociale ⁽¹⁴¹⁾. Al fine di superare la tecnica della norma inderogabile di diritto del lavoro, che produrrebbe rigidità incapaci di adeguarsi alle diverse situazioni reali, si sostiene che l'articolo 8 ha attuato la derogabilità assistita come tecnica della regola specifica e del caso concreto, che trasforma la norma imperativa in semi-imperativa. Si affida così agli attori sindacali il proporzionamento delle tutele a specifici contesti, al fine di favorire sviluppo ed occupazione. Sul piano tecnico, questa dottrina sottolinea che le finalità dell'accordo di prossimità sono dalla legge previste in modo così ampio, che difficilmente in giudizio se ne potrà dichiarare la nullità. Per quanto concerne i soggetti stipulanti, la formulazione normativa indurrebbe a ritenere che, ai fini derogatori della legge e della contrattazione nazionale, sia sufficiente la stipula anche di una sola delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, giacché, secondo tale orientamento, la regola della maggioranza prevista dalla norma varrebbe esclusivamente per l'efficacia *erga omnes*. Circa la costituzionalità dell'articolo 8, nella parte in cui dispone l'efficacia *erga omnes* degli accordi di prossimità, l'autore sostiene che condizione necessaria è che alle trattative ed alla stipulazione possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati.

Discusso è anche il rapporto dell'articolo 8 con la legislazione previgente ⁽¹⁴²⁾. Secondo una prima tesi, l'incidenza della disposizione è oltremodo rilevante, nel senso che le condizioni dell'efficacia *ultra partes* dei contratti aziendali e territoriali in deroga sono, attualmente, in linea generale, quelle stabilite dall'articolo 8 ⁽¹⁴³⁾. Quest'ultimo non solo avrebbe conformato tutte le preesistenti previsioni legislative recanti rinvii alla contrattazione collettiva aziendale e territoriale, ma avrebbe anche attribuito alle medesime efficacia *ultra partes*. Tale dottrina sostiene anche che sono retti dall'articolo 8 tutti gli accordi decentrati stipulati, anche se privi di un qualunque riferimento a det-

⁽¹⁴¹⁾ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Boll. ADAPT*, 2011, n. 32.

⁽¹⁴²⁾ In merito ai rapporti tra la riforma del *Jobs Act* e la preesistente contrattazione collettiva si veda lo studio ADAPT, *Jobs Act: l'operatività del "Codice dei contratti" alla luce della contrattazione collettiva*, Working Paper ADAPT, 2015, n. 181, che presenta i risultati di una mappatura della disciplina delle tipologie contrattuali nella contrattazione collettiva di rilevanza nazionale in 26 settori dell'economia, e in 41 integrativi aziendali. In particolare, sono state raccolte informazioni relative ai seguenti contratti: contratto a termine e somministrazione; part-time; lavoro ripartito.

⁽¹⁴³⁾ A. TURSI, *op. cit.*, 958 ss.

ta norma. Di diverso avviso è chi sostiene la facoltà di scelta della contrattazione aziendale tra la norma speciale che prevede la possibilità di stipula di un contratto di secondo livello – con conseguente applicazione del tradizionale orientamento della giurisprudenza, che afferma l'equiparazione delle pattuizioni nazionali e decentrate – e l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, con le opportunità ed i vincoli in esso previsti ⁽¹⁴⁴⁾.

Recentemente è emersa l'opposta questione, riguardante cioè il rapporto della disposizione in esame con normative successive che incidano nelle medesime materie di competenza della contrattazione di prossimità mediante rinvii di varia natura alla contrattazione collettiva. La dottrina è divisa tra chi ritiene che l'articolo 8, in quanto norma speciale, continui a trovare applicazione autonoma e chi, invece, ne sostiene l'abrogazione implicita in relazione a quelle materie oggetto di disciplina posteriore. Nel primo senso si segnala l'opinione secondo la quale, posto che l'articolo 8 riconosce al contratto aziendale il duplice effetto dell'efficacia generale e di quella derogatoria, i contratti dell'articolo 8 costituiscono una specie particolare ⁽¹⁴⁵⁾. Queste caratteristiche del contratto inducono a ritenere che l'articolo 8 non possa ritenersi formalmente abrogato da normative successive – l'esempio più lampante in proposito è costituito dall'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015 – che abbiano disciplinato diversamente le materie già prese in considerazione dalla stessa disposizione. Di parere opposto è la dottrina che sostiene l'abrogazione implicita dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, almeno nei casi in cui le riforme legislative abbiano regolato un particolare istituto prevedendo appositamente competenze derogatorie in capo ai contratti collettivi, come nel caso del contratto a termine e del mutamento delle mansioni del lavoratore ⁽¹⁴⁶⁾. Nello stesso senso, è stato osservato che il potere della contrattazione collettiva, previsto dall'articolo 47, comma 2, lettera *a*, dello schema delle «nuove tipologie contrattuali» del *Jobs Act* solo per i sindacati confederali, abrogherebbe per incompatibilità il potere analogo attribuito ai contratti di prossimità, stipulabili da qualunque rappresentanza purché approvati con votazione a maggioranza dei lavoratori, in merito alle «modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA» (articolo 8, comma 2, lettera *e*, decreto-legge n. 138/2011) ⁽¹⁴⁷⁾. In

⁽¹⁴⁴⁾ L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 143 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, cit., 18.

⁽¹⁴⁶⁾ S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in RGL, 2015, n. 1, I, 121 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ M. MISCIONE, *Le collaborazioni autonome dopo il Jobs Act*, in DPL, 2015, n. 14, 866. In termini dubitativi si esprime P. RAUSEL, *Contratti di prossimità dopo il Jobs Act*, in DPL, 2015, n. 27, il quale evidenzia la portata generale ed astratta dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, e la

proposito, altra dottrina ritiene che gli spazi di deroga *in peius* concesso dal decreto-legge n. 138/2011 vengano oggi ristretti, in chiave di successione delle leggi nel tempo, almeno con riferimento a istituti (termine, somministrazione, part-time, apprendistato) o specifiche clausole dove gli spazi di modificazione della disciplina legale per opera della contrattazione collettiva – non solo di livello nazionale ma anche aziendale – siano chiaramente ed espressamente delineati dal legislatore del testo organico ⁽¹⁴⁸⁾.

Nel contesto comparato europeo, l'unico paese che si ritiene abbia adottato un sistema simile a quello del contratto di prossimità è la Spagna, dove la legge n. 3/2012 ha conferito priorità ed autonomia alla contrattazione aziendale, riducendo il condizionamento dei livelli superiori ⁽¹⁴⁹⁾. Quella al decentramento contrattuale è una tendenza comune a molti paesi europei, tra cui la Germania; tuttavia, solo in Spagna ed in Italia tale processo avviene attraverso l'iniziativa della legge e non degli attori sociali, con il pericolo di un decentramento etero-diretto e disorganizzato. I contratti aziendali possono derogare ai contratti di livello superiore, statale o di comunità autonoma, in talune materie indicate dalla legge, la cui ampiezza suscita in questa dottrina non poche perplessità. Le deroghe devono essere giustificate con la ricorrenza di «cause economiche, tecniche, organizzative o produttive», formula normativa così generica da far dubitare sulla sua reale precettività. Per di più la legge pone una presunzione relativa di sussistenza delle

coerenza interna della norma in prospettiva diacronica, del quadro normativo di riferimento. In tale quadro, potrebbe riconoscersi, secondo l'A., ancora una operatività significativa dei contratti collettivi di prossimità anche rispetto alla nuova disciplina del d.lgs. n. 81/2015, fatta eccezione, presumibilmente, per gli ambiti regolatori affidati esclusivamente alla contrattazione di livello nazionale. In questo contesto rileva in particolare l'art. 51 del d.lgs. 81/2015, che sembra aver abilitato, in via generale, i contratti aziendali – «stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» – alla deroga alle norme di legge, ridimensionando la portata dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011.

⁽¹⁴⁸⁾ M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015, 28. Secondo V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2014, n. 233, 37, in tema di mansioni con l'art. 1, comma 7, lett. e, della l. n. 183/2014 si introduce una ipotesi “speciale” che dovrebbe costituire una deroga alla disciplina generale di competenza normativa introdotta dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011.

⁽¹⁴⁹⁾ F. NAVARRO NIETO, *La riforma del quadro giuridico della contrattazione collettiva*, in DRI, 2012, n. 3, 928 ss. A. OJEDA AVILÉS, *La priorità legale del contratto aziendale. Un quadro mancante nel continente europeo*, in DRI, 2014, n. 2, 529 ss., pone in rilievo, tra l'altro, una fondamentale differenza tra il modello italiano di decentramento contrattuale e quello spagnolo e cioè la possibilità di deroga non solo al contratto nazionale, ma anche alla legge.

causali, con il risultato che il controllo giudiziale è limitato all'esistenza di frode, dolo, coercizione o abuso del diritto nel concludere l'accordo. In tal modo, le deroghe della contrattazione aziendale, lungi dal configurarsi quali ipotesi eccezionali, diventano strumenti fisiologici di sistema. Il modello spagnolo contiene un altro elemento peculiare, che suscita anch'esso notevoli perplessità in questa dottrina, costituito dalla previsione dei soggetti abilitati a stipulare le clausole in deroga; in mancanza dei rappresentanti sindacali aziendali, la legge autorizza direttamente i lavoratori a negoziare con il datore, attraverso una commissione composta di dipendenti dell'azienda o da rappresentanti sindacali di settore. Quindi, la legge spagnola affida funzioni tipicamente sindacali a soggetti che simile natura di contropotere collettivo non hanno.

Sul piano dell'effettività, una recente ricerca sul decentramento contrattuale condotta nelle aziende della Lombardia, evidenzia lo scarso ricorso pratico all'istituto, quantificabile nell'1,4% del campione esaminato ⁽¹⁵⁰⁾. Tra le cause di tale mancato decollo della contrattazione vi sarebbero, oltre allo scarso interesse delle attuali parti sociali, la perdurante situazione di crisi economica che impedirebbe l'attuazione della logica di investimento propria dell'istituto.

In merito al rapporto tra l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 e gli articoli 3 e 39 Cost., appare arduo non concordare con la grande maggioranza della dottrina che ne ravvisa evidenti profili di contrasto. Con l'articolo 3, perché appare indubbio che consentire la potenziale deroga a praticamente quasi tutta la disciplina, legislativa e contrattuale di primo livello, del rapporto di lavoro è irragionevole e sproporzionato nella sede decentrata di contrattazione. In tal modo si rendono possibili, in astratto, radicali differenze di trattamento tra lavoratori, le quali non possono ritenersi costituzionalmente giustificate dalla mera appartenenza degli stessi ad aziende diverse, una che stipula la contrattazione di prossimità e l'altra che non lo fa. Si osservi, in tal senso, che la legge consente che le aziende ipotizzate possono essere anche del tutto simili, quanto a dimensioni, numero di dipendenti, patrimonio. Né i vincoli di scopo normativi appaiono idonei a giustificare trattamenti differenziati, attesa la loro palese genericità ed indeterminatezza, come correttamente osservato in dottrina. In questi termini, non sembra che il legislatore abbia adeguatamente considerato che la razionalità economico-produttiva – indubbiamente alla base della previsione dell'articolo 8 – non coincide necessariamente con quella giuridica.

⁽¹⁵⁰⁾ P. TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, in *ADL*, 2014, n. 6, I, 1334.

In relazione all'articolo 39, seconda parte, Cost., il contrasto appare ancor più stridente. Invero, quanto alla contrattazione territoriale, la cui sottoposizione alla disposizione costituzionale nessuno ha mai discusso, è pacifico che i sindacati abilitati a porre in essere i contratti di prossimità – qualunque sia la loro concreta connotazione soggettiva – non possano identificarsi con i sindacati registrati aventi statuto a base democratica di cui all'articolo 39 Cost., i soli soggetti autorizzati a stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*. Circa la contrattazione aziendale, valgono le medesime considerazioni se si ammette, come in questa sede, che anche tale livello è assoggettato all'articolo 39 Cost. Né l'indistinto “criterio maggioritario” citato nell'articolo 8 può identificarsi con il diverso principio proporzionale preteso dal precetto costituzionale. Da non sottovalutare, inoltre, è il contrasto con l'articolo 39, primo comma, poiché la legge citata impone, di fatto, una gerarchia – per di più “alla rovescia” – tra i livelli di contrattazione, che dovrebbe essere lasciata alla libera determinazione degli attori sociali. E quando tale determinazione si è tradotta in atti concreti, come il Testo Unico sulla rappresentanza, il suo contenuto ha contrastato in maniera palese con il disposto dell'articolo 8, nella misura in cui ha affidato il rapporto tra livello nazionale e livelli decentrati alla tradizionale sovraordinazione del primo, quantomeno in termini di coordinamento.

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

CAPITOLO II

IL CONTRATTO COLLETTIVO NEL SISTEMA SANZIONATORIO AMMINISTRATIVO

1. Premessa

Si è finora illustrato, nelle sue linee essenziali, il dibattito sul modello generale di integrazione tra legge e contratto collettivo. È ora il momento di analizzare il paradigma nel contesto del diritto delle sanzioni amministrative con tutte le relative problematiche che esso pone, ciò che costituisce l'oggetto specifico della presente ricerca. Prima di trattare dei singoli aspetti di rilievo, pare opportuno evidenziare talune differenze con il modello generale.

In primo luogo, mutano i soggetti della vicenda. Non solo entra in scena la pubblica amministrazione, nella veste di organo di controllo, ma cambia il ruolo delle parti contrattuali. Invero, posto che nel diritto sanzionatorio il destinatario delle misure repressive è il datore di lavoro – o chi lo rappresenta –, è questo, e non il lavoratore, il soggetto protagonista delle vicende del fenomeno. Quindi, ai fini dell'efficacia oggettiva e soggettiva del contratto collettivo, della coerenza delle singole disposizioni con i principi generali e così via, la posizione da scrutinare è quella datoriale. La posizione del lavoratore resta, invece, sullo sfondo, dal momento che non rileva l'applicazione di un contratto collettivo in relazione agli ordinari effetti di questo sul contratto individuale, ma ai ben differenti fini dell'irrogazione di sanzioni amministrative. Sicché, rispetto al fenomeno gius-sindacale, la prospettiva subisce una non indifferente metamorfosi, di cui è ovviamente necessario tenere conto.

Inoltre, come conseguenza del primo punto, è diverso anche il contesto sistematico di riferimento, che non è più – almeno non solo – il diritto civile, nella sua declinazione lavoristica, ma il diritto pubblico, ai cui principi pertanto il paradigma in argomento deve uniformarsi.

Viceversa, sul piano della struttura e della funzione, si possono scorgere analogie. Dal primo punto di vista, il fenomeno si esprime secondo la tecni-

ca del rinvio legislativo, che nella fattispecie assume le forme esclusive del rinvio proprio, essendo le disposizioni sanzionatorie evidentemente inderogabili. Dal secondo punto di vista, la finalità perseguita dal legislatore è quella tradizionale dell'adesione dei destinatari al sistema normativo, oltre che la promozione della contrattazione collettiva.

In uno dei rari riferimenti dottrinali al diritto sanzionatorio è stato sostenuto, in merito alla funzione del contratto collettivo di integrazione del precetto nelle fattispecie sanzionatorie amministrative, che non si sarebbe in presenza di un effetto legale derivante dalla stipulazione di un accordo, come nel modello generale, bensì di un effetto sanzionatorio connesso alla sua violazione ⁽¹⁾. Nondimeno, tale osservazione appare possedere solo valore descrittivo, atteso che sul piano sostanziale e ricostruttivo appare problematico scorgere differenze di rilievo. Si deve considerare infatti che, a ben vedere, lo schema strutturale è identico; invero, nel modulo sanzionatorio alla stipula dell'accordo consegue l'effetto legale della costituzione di una nuova fattispecie sanzionatoria, "integrata" con la partecipazione della fonte autonoma. Pertanto, l'effetto legale immediato è la nascita di una nuova figura di illecito, risultante dalla combinazione tra legge e contratto, mentre l'effetto sanzionatorio è soltanto mediato.

Sezione I

I PRINCIPI PUBBLICISTICI

2. Principio di legalità dell'amministrazione

Il primo dei principi fondamentali dell'attività amministrativa da considerare in questa sede è quello di legalità, che, per quanto non espressamente previsto in Costituzione, è comunemente desunto dagli articoli 97, 23, 24, 101 e 113 della Carta ⁽²⁾. Com'è noto, esso indica il primato della legge, cioè la subordinazione della pubblica amministrazione alle disposizioni primarie, che devono definire fini ed interessi pubblici che la stessa pubblica amministra-

⁽¹⁾ U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2004, n. 22, 83, nota 234.

⁽²⁾ Sul principio di legalità, inteso come soggezione dell'esecutivo alla legge, si veda, da ultimo, R. GUASTINI, *In tema di legalità*, in *olympus.uniurb.it*, 2013, nell'ambito del progetto di ricerca *LEGAL_frame_WORK. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*. Per un inquadramento generale S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII.

zione deve tutelare ed attuare (cfr. articolo 1, legge n. 241/1990). È d'obbligo precisare che la specifica finalità del presente studio non consente di trattare, nemmeno parzialmente, il principio di legalità, sicché ci si limiterà ad illustrare gli aspetti ritenuti ad essa strettamente pertinenti.

La dottrina pubblicistica tradizionale riconduceva il principio di legalità al primato della legge, inteso come soggezione dell'azione dei pubblici poteri alle leggi ed alla Costituzione ⁽³⁾. La dottrina più moderna esprime una posizione maggiormente articolata evidenziando che il necessario rispetto del principio di legalità, da parte della pubblica amministrazione, comporta che l'azione amministrativa – anche di carattere normativo-regolamentare – abbia uno specifico fondamento legislativo (principio di legalità formale) e che sia conforme alla disciplina sostanziale posta dalla legge (principio di legalità sostanziale) ⁽⁴⁾. In quest'ultimo senso, la legge costituisce parametro dell'attività dei pubblici poteri; tale dottrina precisa che per legittimità dell'atto si intende la sua conformità a parametri anche diversi dalla legge, ancorché ad essa collegati, quali le fonti secondarie da essa richiamate.

Peraltro, si è anche sottolineata da tempo la crisi della legalità, come “relativizzazione” del primato della legge nell'ordinamento ⁽⁵⁾. In questo quadro, si osserva come detto processo si caratterizzi per la crisi del potere legislativo come luogo di produzione normativa e per la sua riconosciuta difficoltà nell'esplicare integralmente la funzione legislativa, in ragione delle molteplici istanze, di ordine anche socio-economico provenienti dallo Stato-comunità ⁽⁶⁾. In tale fenomeno di erosione della funzione legislativa si verifica l'immissione di fonti materialmente alternative rispetto alla norma primaria. È stato anche sottolineato il nesso tra l'istanza democratica, espressa attraverso il principio di rappresentanza, ed il principio di legalità ⁽⁷⁾. L'obiettivo ideale di tale legame è individuato nell'autonormazione dei destinatari delle norme, i quali creano da se stessi le regole cui dovranno uniformarsi.

Da altra prospettiva, che pone in rilievo una dimensione dialettica tra il diritto pubblico ed il diritto sindacale, è utile evidenziare come, sempre in ambito pubblicistico, si sia affermato che il principio di legalità, in quanto pretende di porsi come criterio di validità degli atti di produzione del diritto,

⁽³⁾ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 583.

⁽⁴⁾ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2009, 42 ss., F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2006, 845 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., tra gli altri, S. FOIS, *op. cit.*, nonché, più recentemente, L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in DP, 2005, n. 3, 885 ss., e C. MEOLI, *Il declino della legge statale*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013.

⁽⁶⁾ P. STANCATI, voce *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, VIII, 696 ss.

⁽⁷⁾ S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in DP, 2005, n. 2, 467 ss.

esclude la concepibilità di una norma per cui la validità dei medesimi dipenda puramente e semplicemente dall'effettività, criterio molto invocato da taluni settori della dottrina sindacalista ⁽⁸⁾. Invero, ove si rovesciassero i termini della menzionata dicotomia, nel senso della prevalenza di una pretesa effettività, si avvererebbe il rischio secondo cui il singolo giurista, in definitiva, affermi come "diritto" ciò che egli spera diventi effettivamente tale o ciò che ritiene probabile diventi effettivamente tale o ciò che abbia avuto la forza di imporsi di fatto come tale. Secondo questo orientamento, il principio di effettività, considerato nelle sue implicazioni e conseguenze, rischia di entrare in radicale contrasto con il principio di legalità. Questa osservazione consente di puntualizzare che anche il diritto sanzionatorio integrato con la fonte autonoma non può tollerare regole di effettività, vere o presunte, che contrastino con il canone di legalità, in special modo con la sua declinazione specifica della riserva di legge.

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

È vero che in ambito pubblicistico, all'opposto di ciò che si riscontra nel diritto civile ed in maggior grado che nel diritto del lavoro, l'attributo generale della legge è costituito dalla sua inderogabilità, vigendo un rigido principio di gerarchia tra le fonti. Tuttavia, tale primato risulta attualmente temperato da numerosi fenomeni, tra i quali vanno citati, per quanto riguarda il sistema delle fonti, la delegificazione; mentre, per quanto concerne i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, è d'uopo riferirsi alle modalità di partecipazione dei consociati all'attività amministrativa, alla sussidiarietà, alle tecniche di amministrazione "concordata" e "contrattata". Tali fattori "dal basso" della fonte legislativa, in combinazione con quelli "dall'alto" – le fonti internazionali e comunitarie –, hanno posto le basi della cennata "crisi della legalità", ossia il ridimensionamento della centralità della legge nel sistema giuridico generale. Per quanto qui rileva, si può dire che imprescindibili istanze di democrazia e di rappresentanza di istanze sociali hanno determinato un inedito assetto di rapporti tra le due tradizionali sfere dell'autorità e della libertà, che si traduce in nuovi paradigmi.

⁽⁸⁾ S. FOIS, *op. cit.*

3. Delegificazione e deregolamentazione

Nella dottrina costituzionalista, è stato da tempo evidenziato il fenomeno della delegificazione in senso ampio come dismissione della disciplina di una determinata materia o attività ad opera di norme contenute in fonti legali ⁽⁹⁾. La delegificazione in senso stretto, o tecnico, riguarda, secondo questo orientamento, il trasferimento della disciplina normativa dalla sede legislativa a quella regolamentare. Invece, il differente fenomeno della deregolamentazione – o *deregulation* – è caratterizzato dall'affidamento a poteri privati di parti della disciplina di determinate e specifiche materie o attività. È stata proposta, più recentemente, una distinzione tra i due fenomeni, la quale puntualizza che mentre la delegificazione consiste nel trasferimento della disciplina di una materia dalla sede legislativa a quella regolamentare, la deregolamentazione consiste nella rinuncia dello Stato a disciplinare alcuni settori, sia con normazione primaria che secondaria, lasciando spazio all'autonomia privata ⁽¹⁰⁾.

Autorevole orientamento di matrice pubblicista indica con il termine delegificazione un intervento legislativo volto a consentire che una materia, regolata mediante l'impiego di una fonte primaria, venga ad essere invece disciplinata, a partire da un certo momento, mediante l'impiego di una fonte regolamentare, abrogandosi la disciplina legislativa contemporaneamente all'entrata in vigore della disciplina regolamentare di essa, o restringendola alla semplice indicazione di una serie di principi al cui perseguimento la disciplina regolamentare deve essere orientata ⁽¹¹⁾. A livello normativo, lo schema appena descritto corrisponde a quello contemplato nell'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/1988.

Tale dottrina sostiene che la delegificazione non va confusa con la deregolamentazione, che si realizza quando lo Stato rinuncia a disciplinare una determinata materia con norme giuridiche imposte autoritativamente, lasciando spazio all'iniziativa degli operatori del settore. Rileva particolarmente, nella presente sede, l'osservazione secondo la quale un'ipotesi che riunisce in sé caratteri dell'uno e dell'altro tipo è quella che si ha nei casi di delegificazione a favore dell'autonomia sindacale: i contratti collettivi, infatti, costituiscono manifestazione di autonomia privata, ma derivano la loro efficacia *erga omnes* da un'attribuzione di competenze normative che nel nostro sistema generalmente si ricava solo per implicito dalle disposizioni vigenti.

⁽⁹⁾ T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Rufina*, Giuffrè, 1987, 865.

⁽¹⁰⁾ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004, 224.

⁽¹¹⁾ A. PIZZORUSSO, voce *Delegificazione*, in *Enc. Dir.*, 1999, III.

Da diversa prospettiva si osserva come, tra l'altro, il nuovo rapporto tra legge e contrattazione collettiva, che registra il declino della fonte eteronoma in vari ordinamenti europei, trovi il suo fondamento teorico nella dottrina *Law and Economics* ⁽¹²⁾. Essa tende a rapportare tutte le regole di un ordinamento giuridico ad un calcolo di utilità, che rappresenta la fonte e la misura della loro legittimità. Tale tendenza fa ritenere il consenso come condizione necessaria e sufficiente della legittimità della regola di diritto e l'individuo come fonte ultima di ogni legittimità. Questa nuova dimensione si può rilevare in tutte le branche del diritto, ivi comprese quelle tradizionalmente affidate all'eteronomia, come avviene, ad esempio, nella contrattualizzazione dell'azione dei pubblici poteri e nei dispositivi di patteggiamento della pena.

4. Il principio di sussidiarietà orizzontale

Alla stregua dell'accezione che più interessa in questa sede, la sussidiarietà prevede che l'intervento dei pubblici poteri sia giustificato solo ove i privati, singoli o associati, non siano in grado di provvedere da se stessi al soddisfacimento dei propri interessi (sussidiarietà orizzontale). Tale principio è ora espressamente recepito nella Carta costituzionale all'articolo 118, quarto comma: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». La sussidiarietà è, inoltre, rinvenibile nell'articolo 2 Cost., che stabilisce la centralità degli individui e delle formazioni sociali che preesistono all'intervento statale.

Nel presente studio rileva specificamente il principio di sussidiarietà orizzontale il quale, dunque, definisce i rapporti tra la sfera d'intervento pubblica e quella privata – da intendersi come singoli o gruppi organizzati –, conferendo priorità a quest'ultima e, correlativamente, spazio residuale alla prima ⁽¹³⁾. La disposizione costituzionale citata valorizza, dunque, una nuova funzione dei soggetti pubblici come fautori della promozione e del sostegno dell'attività di interesse generale svolta dai cittadini, singoli o associati. Le leggi che danno attuazione alla sussidiarietà orizzontale non affermano la valenza negativa del principio stesso, quale dovere di astensione della sfera pubblica. Piuttosto, il significato che la legislazione nazionale conferisce alla

⁽¹²⁾ A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *DLRI*, 2005, n. 106, 155 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *DP*, 2002, n. 1, 52.

sussidiarietà è quello di imporre all'intervento pubblico di svolgersi secondo un criterio di prossimità alle istanze dei consociati, nella direzione dello sviluppo della personalità degli individui ⁽¹⁴⁾. Perché ciò possa verificarsi in modo adeguato è necessario, tra l'altro, un'adeguata selezione dei soggetti privati "delegati" a svolgere attività di interesse pubblico.

È stato osservato che in relazione all'attività amministrativa il principio di sussidiarietà orizzontale si traduce nella semplificazione e delegificazione dei procedimenti amministrativi, secondo il paradigma degli articoli 20 ss. della legge n. 59/1997, il quale, tra l'altro, consente la sostituzione dell'attività amministrativa diretta con forme di autoregolamentazione da parte dei cittadini ⁽¹⁵⁾. Con particolare riguardo all'incidenza della sussidiarietà sul sistema delle fonti, sembra emergere una nuova concezione della legge come norma sulla normazione, cui spetta, quale fonte regolatrice del sistema, il ruolo di ordinazione e distribuzione delle competenze normative ⁽¹⁶⁾. In questa ottica, la legge risponde alla sua identità anche quando sceglie di autolimitarsi in favore di altre fonti, secondo il criterio di competenza piuttosto che quello di gerarchia. Del resto è il primo criterio, e non il secondo, ad implicare la vicinanza agli interessi coinvolti ed il miglior soddisfacimento degli stessi.

Per quanto concerne l'oggetto della presente analisi, si deve rilevare che il modello di integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio sembra pienamente inquadrarsi nel principio di sussidiarietà orizzontale ⁽¹⁷⁾. Invero, la legge affida al livello più prossimo ai potenziali destinatari della sanzione compiti di integrazione del testo normativo che stabilisce la condotta vietata o doverosa. Bisogna, peraltro, precisare che il modello in esame consiste in una modalità del principio di sussidiarietà sul piano delle fonti, da inquadrare nel paradigma della deregolamenta-

⁽¹⁴⁾ Ivi, 78 ss.

⁽¹⁵⁾ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1013.

⁽¹⁶⁾ G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la «semplificazione»*, in *Diritto Amministrativo*, 2001, n. 2-3, 284 ss.

⁽¹⁷⁾ Con riferimento ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva nell'ottica della sussidiarietà si veda M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *DLRI*, 2002, n. 93, 85 ss. Questa dottrina sostiene che l'integrazione delle fonti legale e contrattuale avvenga quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, mediante il riconoscimento da parte statale della sede più appropriata di regolazione, quella più prossima agli interessi da regolare. Peraltro, secondo lo stesso orientamento, in tale contesto il contratto collettivo non potrebbe essere ritenuto un contratto di diritto comune, ma una vera e propria fonte tipica non solo sociale ma anche normativa. Anche P. TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, in *ADL*, 2005, n. 1, 164 ss., dopo aver rammentato i postulati della teoria "sistemica", accoglie l'impostazione che vuole il principio di sussidiarietà quale fondamento del rapporto legge-contrattazione collettiva.

zione o, meglio, in quello della – parziale – autoregolamentazione. La fondamentale differenza con il fenomeno della delegificazione si può esprimere nei seguenti termini. Il soggetto pubblico, nella veste di legislatore, nell'ipotesi in discorso, non affida definitivamente la materia alla fonte delegata, ma compartecipa alla definizione della fattispecie, quantomeno nella previsione della sanzione. Inoltre, la sfera pubblica, in qualità di organo ispettivo, vigila sulla corretta applicazione non solo della legge – compito connaturato alla sua funzione – ma anche dei prodotti dell'autonomia collettiva. Nel contesto sanzionatorio amministrativo, ovviamente, la consistenza degli interessi pubblici implicati, come si vedrà, è tale da non poter fare a meno tanto dell'uno quanto dell'altro ruolo dell'attore pubblico. Da questo punto di vista, tuttavia, non può parlarsi di “funzionalizzazione” del contratto collettivo all'interesse pubblico, giacché l'ordinamento generale conferisce rilevanza all'autonomia collettiva in quanto tale, poiché ritenuta adeguata all'adesione dei consociati al sistema sanzionatorio. Quindi, si può assistere ad un processo ben diverso dalla funzionalizzazione: non è il contratto collettivo a perseguire interessi pubblici; viceversa, è la legge che viene incontro alle esigenze dei destinatari delle norme, prendendo in considerazione la posizione dei medesimi in un'ottica che fuoriesce dalla pura, tradizionale, logica repressiva. Tuttavia, la fonte di rango primario non si affida al mero arbitrio della parte datoriale, che costituisce il potenziale soggetto passivo delle sanzioni, ma richiede la contrattazione con la controparte sindacale, in un contesto di complessivo equilibrio di interessi, pubblici e privati. Posto quanto sopra, la sostenibilità ordinamentale del modello di integrazione tra la fonte legislativa e quella autonoma nel diritto sanzionatorio del lavoro dipende dalle sue interrelazioni con i principi cardine del sistema sanzionatorio amministrativo, la riserva di legge e la tassatività.

5. Il principio di riserva di legge del sistema sanzionatorio amministrativo

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

Si è sopra cennato al principio di legalità, quale paradigma generale di azione dei pubblici poteri, osservando come ne sia stata acquisita una nuova, più ampia, visione che include anche fonti extralegislative. Da tale ottica, quindi,

il principio di legalità non è di ostacolo alla partecipazione dell'autonomia collettiva alle figure di illecito amministrativo, la quale costituisce, anzi, una moderna risposta a nuove esigenze di democrazia ed autoregolamentazione. Appare ora necessario concentrare l'analisi verso una proiezione specifica di tale canone nel settore delle sanzioni amministrative, la riserva di legge contemplata dall'articolo 1 della legge n. 689/1981, nel cui ambito bisogna comprendere la funzione che possono svolgere i contratti collettivi.

È ben conosciuta la storica *ratio* di garanzia del canone in parola, diretta ad impedire abusi del potere esecutivo e giudiziario, che conculchino i diritti di libertà dei cittadini⁽¹⁸⁾. Nei moderni Stati di diritto, le misure punitive devono promanare dall'organo legislativo, espressione della volontà popolare, cioè della platea potenziale di destinatari delle misure citate. La previsione delle pene deve avvenire, quindi, attraverso un processo normativo nel quale possano partecipare ed esprimersi le varie istanze presenti nella comunità di riferimento.

Devono essere qui evidenziate talune diversità di rilievo, nel confronto con l'analogo principio vigente nel sistema penale, che riflettono il differente bene garantito dai due sistemi, la libertà personale nell'uno ed il patrimonio nell'altro. Sul piano formale, mentre, com'è noto, il sistema penale prevede una riserva di legge di rango costituzionale (articolo 25, secondo comma, Cost.), l'analoga riserva dell'illecito amministrativo è enunciata in una norma di livello primario (articolo 1, legge n. 689/1981); sorge, di conseguenza, il problema di comprendere se la riserva di legge in ambito amministrativo abbia o meno "copertura" costituzionale. La questione ha una rilevanza pratica notevole, poiché in caso di responso positivo, le disposizioni che si ponessero in contrasto con la riserva di legge sarebbero costituzionalmente illegittime e non si collocherebbero, perciò, semplicemente in una ordinaria posizione di successione di leggi nel tempo.

In merito, la dottrina prevalente non dubita del fondamento costituzionale dell'articolo 1 della legge n. 689/1981, il quale è riscontrabile, secondo le diverse impostazioni, nell'articolo 23 ovvero nello stesso articolo 25 della Carta⁽¹⁹⁾; in linea di massima, a tale distinzione corrisponde quella tra chi sostiene la riserva relativa e, rispettivamente, assoluta di legge. È noto che tale ultima distinzione condiziona il rapporto tra le fonti della fattispecie sanzio-

(18) Non è qui possibile dare conto dell'enorme letteratura sul principio di riserva di legge, come noto nato e sviluppato in ambito penalistico. Per una trattazione generale si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, 42 ss., nonché F. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, 2007, 50 ss. e bibliografia ivi richiamata.

(19) Si rinvia sul punto, da ultimo, a G. PAGLIARI, *Il principio di legalità*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012, 21 ss., nonché agli AA. di cui di seguito nel testo.

natoria: mentre la riserva relativa ammette la compartecipazione della fonte secondaria, quella assoluta, in linea di principio, non consente tale ruolo alla fonte extralegislativa o lo limita fortemente.

Orbene, mentre in ambito penalistico si afferma unanimemente il carattere assoluto della riserva, in quello sanzionatorio amministrativo non è del tutto pacifico se questa sia assoluta o relativa – pur prevalendo quest’ultima tesi – sicché l’unico dato certo appare la esclusiva attribuzione della legge nella introduzione e fissazione della sanzione, mentre si discute sulle modalità e sui limiti dell’etero-integrazione del precetto con fonti di rango inferiore. Riguardo al rapporto tra fonti sublegislative e principio di legalità delle sanzioni amministrative, secondo la dottrina penalistica la riserva di legge in materia di sanzioni amministrative non è assoluta, come in materia penale, ma relativa; ne deriva che, sebbene alla legge sia riservata comunque una preminenza nella produzione della fattispecie, è ben possibile l’etero-integrazione della fonte primaria con fonti di rango inferiore ⁽²⁰⁾. Peraltro, l’orientamento in questione non esclude che l’articolo 25, secondo comma, Cost. affermi la riserva di legge rispetto all’intero sistema punitivo, purché la riserva di legge si ritenga assoluta in diritto penale e relativa nel diritto sanzionatorio amministrativo. Nel medesimo filone interpretativo, si sostiene che in materia di illecito amministrativo la riserva di legge sia ricavabile dall’articolo 23 Cost., con conseguente carattere relativo della stessa ⁽²¹⁾. Pertanto, uno spazio può essere lasciato alla normazione secondaria, richiedendosi solo che il legislatore fissi con sufficiente determinatezza i principi e i criteri per l’esercizio del potere regolamentare da parte dell’autorità amministrativa cui è rimessa la definizione della previsione sanzionatoria. Peraltro, lo stesso orientamento nota che, pur essendo il principio di legalità in materia ascrivibile all’articolo 23 Cost., il legislatore del 1981 ha riprodotto pressoché testualmente la formula impiegata dal Costituente nell’articolo 25, secondo comma, Cost. Ne deriva, secondo tale dottrina, una parificazione dei due tipi di illecito – penale ed amministrativo – nel regime delle fonti, con l’eccezione della competenza legislativa regionale in materia sanzionatoria amministrativa. Il principio sancito dall’articolo 1, secondo questa visione, andrebbe accreditato degli stessi contenuti vincolanti che si ricavano dall’articolo 25, secondo comma. La conclusione che l’orientamento in parola trae da simili osservazioni è che la funzione di garanzia connessa alla riserva di legge si realizzi nella limitazione delle fonti del diritto sanzionatorio amministrativo alla legge – statale e regionale – in senso formale ed agli altri atti aventi forza di legge. E, inoltre, che l’articolo 1 afferma un principio di legalità e, in par-

⁽²⁰⁾ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 1005.

⁽²¹⁾ C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 1989, XLI.

ticolare, di riserva «tendenzialmente assoluta» di legge sia con riferimento al precetto, sia con riferimento alla “pena”. Alle disposizioni extralegislative, conclude la dottrina in parola, è interdotta, a livello di normazione primaria, tanto l’integrazione “precettiva” della fattispecie sanzionatoria amministrativa, quanto la fissazione delle relative sanzioni.

Un’analogia posizione sostiene che, sebbene l’articolo 23 Cost. esprima una riserva relativa di legge, l’articolo 1 della legge n. 689/1981 ne esprime, invece, una assoluta, giacché esso riprende quasi letteralmente l’articolo 25, secondo comma, Cost. ⁽²²⁾. Tuttavia, posto che la riserva assoluta è formulata in una disposizione di legge, e non nella Costituzione, si ritiene che una legge ordinaria ben possa derogare all’articolo 1 della legge n. 689/1981 – secondo il brocardo *lex posterior derogat priori* – prevedendo che la condotta sanzionata sia delineata in una fonte secondaria. Inoltre, è sempre ammessa l’etero-integrazione tecnica della norma primaria da parte della fonte extralegislative. Secondo dottrina amministrativistica ⁽²³⁾ a favore della natura relativa della riserva di legge in materia di illecito amministrativo depone la disposizione di cui all’articolo 20-*bis* della legge n. 50/1999, la quale estende l’ambito di operatività della delegificazione regolamentare ai «procedimenti amministrativi che prevedono obblighi la cui violazione costituisce illecito amministrativo». Come osserva questa dottrina, tale disposizione presuppone la natura relativa della riserva di legge di cui all’articolo 1 della legge n. 689/1981, nella misura in cui consente che il precetto possa essere interamente disciplinato dal regolamento di delegificazione, mentre affida all’esclusiva sfera di azione della legge la sola sanzione.

L’esame sommario dell’elaborazione dottrinale evidenzia che il fenomeno della etero-integrazione del precetto legislativo mediante fonti secondarie è pacificamente ritenuto ammissibile anche nel sistema sanzionatorio amministrativo, al pari di quanto l’articolo 25 Cost. consente in materia di reati ⁽²⁴⁾. Naturalmente, la condizione perché avvenga ciò è la sussistenza di una “delega” del legislatore statale che autorizzi la fonte secondaria a derogare o modificare e specificare gli elementi costitutivi del fatto delineati dalla norma primaria, o ancora preveda le sanzioni amministrative applicabili per l’ipotesi di violazione delle fonti subordinate. Pertanto, la riserva di legge relativa posta dalla Costituzione e dall’articolo 1 della legge n. 689/1981 im-

⁽²²⁾ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, 593 ss., nonché P. CERBO, voce *Sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, VI, 5426.

⁽²³⁾ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 230.

⁽²⁴⁾ Cfr. F. VERGINE, *Il principio di riserva di legge in materia di sanzioni amministrative. Abrogazione dell’art. 106 tulcp e legge n. 689/1981*, in www.lexitalia.it, 2001.

pedisce che il regolamento – o altra fonte secondaria – preveda interamente la condotta illecita e la sanzione amministrativa, potendo solo disciplinare aspetti delegati dalla legge alla fonte secondaria.

In argomento, la giurisprudenza offre un quadro non stabile ed in parte contraddittorio. È stato affermato che l'unico intervento ammissibile dalla fonte sotto-ordinata riguardi il precetto, mentre non può riguardare in alcun caso la sanzione, la quale resta affidata all'esclusiva area della legge ⁽²⁵⁾. Ad ostacolare, infatti, tale possibilità sono i disposti costituzionali, tanto quello dell'articolo 23, quanto quello dell'articolo 25. Pertanto, le fonti sublegislative sono abilitate, entro limiti peraltro non lampanti, a prevedere la condotta illecita ma non la conseguenza punitiva che da essa scaturisce. La ragione di garanzia è evidente ed è stata già ricordata: solo il legislatore può determinare, in via generale, la misura della compressione dei diritti individuali del cittadino, al fine di evitare l'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario. Inoltre, è stato chiarito che non è compatibile con il principio di legalità l'introduzione diretta, da parte della fonte secondaria, della fattispecie sanzionatoria ⁽²⁶⁾. La fonte extralegale può intervenire, per immettere specificazioni tecniche, unicamente allorché i precetti normativi sono sufficientemente individuati. Fin qui, dunque, la giurisprudenza si mantiene entro i confini tradizionali dell'etero-integrazione tecnica del precetto da parte della fonte extralegislative.

Si ritiene, tuttavia, ammissibile anche che la legge stabilisca una sanzione amministrativa per la violazione di regolamenti o di atti amministrativi ⁽²⁷⁾. Con quest'ultimo orientamento si è certamente varcata una soglia di attenzione, nella misura in cui non si tratta più di assegnare alla fonte subordinata un ruolo meramente integrativo, bensì compiutamente precettivo. Peraltro, nella stessa legislazione non mancano esempi in questa direzione, quale l'articolo 7-*bis* del decreto legislativo n. 267/2000. Nel medesimo senso, non può essere trascurata un'ulteriore disposizione, il menzionato articolo 20-*bis* della legge n. 50/1999, il quale, pur riguardando il fenomeno specifico della delegificazione riferito ai regolamenti dell'Esecutivo, appare espressione di un indirizzo normativo generale nei confronti del principio di legalità delle sanzioni amministrative. Essa consente, infatti, che il precetto possa essere interamente disciplinato dal regolamento di delegificazione, mentre affida all'esclusiva sfera di azione della legge la sola sanzione.

Dalle illustrate elaborazioni ermeneutiche dovrebbe derivare, per estensione, l'ammissibilità anche di un precetto compiutamente fissato da clausole con-

⁽²⁵⁾ Cass. 18 gennaio 2005, n. 936.

⁽²⁶⁾ Cass. 26 aprile 2006, n. 9584.

⁽²⁷⁾ Cass. 25 gennaio 2005, n. 1696; Cass. 23 marzo 2004, n. 5743.

trattuali collettive. Anzi, tale conclusione appare viepiù agevolata dalla natura di atto di autonomia della contrattazione, proveniente dagli stessi destinatari della sanzione, come si osserverà a breve.

Segnali contrari a tale evoluzione normativa e giurisprudenziale si ricavano, nondimeno, da talune, recenti, acquisizioni dottrinali e della giurisprudenza costituzionale, le quali si stanno orientando, dietro l'influenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, verso la natura assoluta della riserva di legge *ex* articolo 25, secondo comma, Cost. anche in materia amministrativa ⁽²⁸⁾. Da tale impostazione conseguirebbe che il principio di riserva di legge di cui all'articolo 1 della legge n. 689/1981 non ammette la fissazione del comportamento vietato da parte di una fonte diversa dalla norma primaria e che, pertanto, il compito della fonte subordinata deve arrestarsi sulla soglia dell'integrazione tecnica della legge. Tale concezione è stata recentemente ripresa da chi evidenzia l'insufficienza, sia dell'articolo 23 Cost. sia dell'articolo 1 della legge n. 689/1981, a costituire fondamento per il principio di legalità dell'illecito amministrativo, dovendosi invece optare per una riserva assoluta di legge con copertura costituzionale *ex* articolo 25, secondo comma, Cost., in maniera analoga alla disciplina penale ⁽²⁹⁾. Questo indirizzo ermeneutico richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché gli ultimi arresti della Consulta ed in particolare la sentenza n. 196/2010. Ne deriva il rifiuto del ruolo della fonte sublegislativa nella creazione delle fattispecie di illecito amministrativo, se non nei limiti in cui è ammesso nell'ordinamento penale.

Peraltro, va detto che il problema della natura, assoluta o relativa, della riserva di legge in materia sanzionatoria amministrativa va sdrammatizzato, giacché, per un verso, anche l'articolo 25 Cost. ammette l'etero-integrazione del precetto con fonti secondarie e, per altro verso, l'articolo 23 Cost. non lascia libero il legislatore di fissare il confine tra disciplina legislativa e integrazione delle norme secondarie ⁽³⁰⁾. Invero, entrambe le disposizioni costituzionali, come pacificamente interpretate in dottrina e giurisprudenza, pongono il principio della sufficiente determinatezza, o tassatività, della fat-

⁽²⁸⁾ La tesi avversa al carattere relativo della riserva di legge nel sistema sanzionatorio amministrativo è stata già sostenuta da un tradizionale orientamento penalistico (P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, 19), secondo il quale l'art. 25, secondo comma, Cost. afferma la riserva – assoluta – di legge in riferimento ad un concetto sostanziale di punizione, che afferisce a qualsiasi trattamento punitivo, anche extrapenale.

⁽²⁹⁾ F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *FA TAR*, 2013, n. 4, 1228 ss.

⁽³⁰⁾ D.M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Il Diritto Processuale Amministrativo*, 2001, n. 2, 366.

tispecie da parte della legge. Pur essendo tale limite flessibile, in campo sanzionatorio i margini di etero-integrazione secondaria sono estremamente ridotti, dovendo la legge fissare in modo preciso gli estremi del precetto, il tipo ed i limiti edittali della sanzione. In questa ottica, anche l'articolo 23 Cost. vieta alla fonte legislativa di demandare alla fonte subordinata, oltre che la determinazione della sanzione, la descrizione degli elementi essenziali del fatto vietato.

6. La riserva di legge e la contrattazione collettiva

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

Si è sopra sostenuto (cap. I, § 5.2) che il contratto collettivo, nel sistema di integrazione funzionale tra lo stesso e la legge, non rientra tra le fonti del diritto, non tanto e non solo perché escluso dall'elenco di cui all'articolo 1 delle preleggi. Si è, infatti, osservato come la contrattazione collettiva resti atto di autonomia privata anche nel modello integrativo legge-contratto, né può assumere la natura di fonte del diritto oggettivo, in assenza di attuazione dell'articolo 39, seconda parte, Cost. In tale ordine di idee, è perfettamente coerente con l'ottica della sussidiarietà e della deregolamentazione la scelta legislativa di affidare parte della disciplina del mercato del lavoro e dei rapporti lavorativi individuali ad un atto che proviene dai destinatari – o dai loro rappresentanti – della medesima disciplina. In altri termini, il legislatore prende in considerazione il contratto collettivo non in quanto fonte del diritto eteronoma, giacché in tal modo non sarebbe colta la specificità dell'autonomia collettiva, cioè la sua idoneità a realizzare un sistema sanzionatorio “partecipato”. Viceversa, anche nel diritto sanzionatorio il patto collettivo è trattato, in conformità alla sua natura originaria, quale negozio liberamente voluto dalle parti ⁽³¹⁾. Da questo punto di vista, la contrattazione

⁽³¹⁾ Una diversa impostazione è seguita da P. PENNESI, M. TRAVAGLINI, *Il rapporto tra legge e contrattazione nei più recenti orientamenti ministeriali*, in *GLav*, 2011, n. 21, 28 ss., i quali sostengono, con particolare riferimento alle ipotesi di rinvio normativo alla contrattazione, che le clausole contrattuali diverrebbero parte integrante del dettato normativo, e pertanto assurgerebbero a vere fonti del diritto dotate del carattere dell'inderogabilità e di un'efficacia applicativa che travalica i tradizionali limiti dell'orizzonte privatistico. Sennonché, tale conclusione creerebbe problemi di compatibilità delle figure di illecito “delegificate” con il princi-

collettiva si presta ad essere uno strumento innovativo ed atipico, pur all'interno della tralatizia concezione generalpreventiva della sanzione, atteso che lo scopo di deterrenza è perseguito dalla legge in un rapporto dialettico tra autorità e libertà e non già nell'ambito del tradizionale paradigma della supremazia generale della sfera pubblica ⁽³²⁾.

In relazione al sistema sanzionatorio, sul piano strutturale la lettura dell'articolo 1 della legge n. 689/1981 si presta all'inclusione anche della fonte contrattuale nelle figure di illecito amministrativo, alla precisa condizione che il contratto collettivo sia specificamente "autorizzato" dalla legge stessa a concorrere alla creazione della fattispecie, come effettivamente avviene nelle ipotesi in questione. È evidente che, essendo la legge la tendenziale unica fonte delle figure di illecito, deve essere la stessa legge a "delegare" espressamente eventuali altre fonti a dettare discipline derogatorie. Sicché, un primo rapporto tra legge e contrattazione, nel quadro del principio di riserva, può essere definito come quello tra atto "autorizzatorio" ed atto "autorizzato".

Dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, tuttavia, non si ricavano distintamente le modalità ed i limiti della presenza della fonte diversa dalla legge, essendo pacifica solo l'inammissibilità dell'introduzione, da parte di detta fonte, della misura sanzionatoria. Invero, non è del tutto chiaro se il ruolo dell'autonomia – ed in generale delle fonti extralegislative – possa esplicitarsi semplicemente in chiave di etero-integrazione tecnica del precetto, ovvero possa estendersi sino a stabilire direttamente la condotta illecita, eventualità quest'ultima pacificamente rigettata in diritto penale.

Nondimeno, in riferimento alla contrattazione collettiva, sembra che il problema possa essere affrontato non già nella tradizionale ottica del rapporto tra fonti, bensì risalendo alla *ratio* originale del principio di legalità. In altri termini, bisogna valutare il rapporto tra la fondamentale ragione garantista propria del principio di riserva di legge e l'autonomia collettiva, la quale – secondo l'assunto qui sostenuto – fonte del diritto non è. Da questo punto di vista, è noto che la *ratio* di garanzia di tale canone è storicamente,

pio di riserva di legge delle sanzioni amministrative. Invero, anche nel diritto sanzionatorio, la natura e la funzione del contratto collettivo sono quelle proprie dell'atto di autonomia privata, perché la partecipazione dei contratti collettivi alle fattispecie sanzionatorie può avere un senso solo in quanto questi siano concepiti quali espressioni di consenso liberamente prestato e non quali ulteriori fonti eteronome.

⁽³²⁾ Sulla crisi del concetto di "supremazia generale" della PA vi è universale consenso tra gli autori moderni. Cfr., tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, 2014. La crisi della nozione è stata normativamente acquisita con il comma 1-bis dell'art. 1 della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 15/2005, che pone il principio secondo il quale la pubblica amministrazione agisce ordinariamente in regime di diritto civile.

dall'epoca illuministica in poi, quella di contrastare gli atti di arbitrio tanto del potere esecutivo quanto di quello giudiziario. È agevole notare che nei confronti di un atto di autonomia, che proviene dagli stessi destinatari delle sanzioni, l'esigenza di tutela avverso l'arbitrio dei pubblici poteri, sottesa al principio di riserva di legge, è evidentemente meno avvertita. Da questo punto di vista, la *ratio* di evitare abusi di poteri estranei alla sfera soggettiva dei destinatari non è configurabile, giacché i soggetti che pongono in essere la contrattazione sono espressione, diretta o indiretta, degli interessi dei potenziali destinatari delle sanzioni. Ciò porta a concludere che la contrattazione, con le condizioni ed i limiti appresso evidenziati, potrebbe spingersi sino alla previsione del precetto e può certamente etero-integrare/derogare il precetto della fonte primaria. Quanto osservato, peraltro, non impone di verificare che l'atto di autonomia collettiva promani direttamente da coloro – i datori di lavoro – che assumono la qualità anche di destinatari dei provvedimenti sanzionatori adottati sulla base della combinazione del medesimo atto con la legge punitiva. In altri termini, per poter affermare che l'accordo collettivo sia atto che provenga anche dal destinatario della sanzione, e per ciò stesso abbia il carattere proprio dell'“autonomia”, non è necessario verificare se esso sia stato stipulato proprio dal soggetto interessato (esempio contratto aziendale) ovvero da un suo rappresentante sindacale (esempio contratto di primo livello). Infatti, è sufficiente che l'atto provenga dalla comunità di riferimento dell'interessato, dal momento in cui si deve ritenere che questa ne abbia tenuto in considerazione le legittime istanze.

7. Le condizioni di ammissibilità della contrattazione collettiva quale fonte di diritto sanzionatorio

7.1. Riserva legislativa della sanzione

La prima condizione che si deve porre alla possibilità dello schema rigido precetto contrattuale-sanzione legale è che sia la legge a stabilire la sanzione. Invero, solo la legge, nella sua esclusiva attribuzione del perseguimento della tutela degli interessi pubblici coinvolti, può stabilire l'introduzione di misure sanzionatorie avverso determinate condotte ritenute socialmente dannose. Inoltre, la fonte primaria, in quanto atto dotato di astrattezza e generalità, assicura la parità di trattamento sanzionatorio dei trasgressori, ai sensi dell'articolo 3 Cost., che non potrebbe essere evidentemente garantita da clausole contrattuali che prevedessero direttamente le sanzioni. In tal modo si può precisare un altro profilo del rapporto tra i due atti, nel contesto della

riserva di legge, nel senso che il contratto collettivo non può andare oltre la previsione della condotta vietata, cioè non può svolgere alcun ruolo nella fissazione della misura sanzionatoria, come già chiarito dalla giurisprudenza⁽³³⁾.

7.2. Accessorietà del ruolo dell'autonomia

È necessario sostenere, quale ulteriore limite al relativo ruolo, il carattere essenzialmente accessorio e complementare della contrattazione all'interno della fattispecie sanzionatoria. In altri termini, nel sistema sanzionatorio il negozio collettivo può certamente svolgere una funzione integrativa del precetto legislativo, come avviene nella disciplina dell'apprendistato (cap. III, § 9). Esso, inoltre, può anche adempiere ad una funzione derogatoria di una norma di rango primario "cedevole", la quale si applica fino a quando non intervenga la contrattazione ed è questa, peraltro, la modalità principale di integrazione tra le fonti nel diritto sanzionatorio. Viceversa, non può disciplinare la condotta vietata in maniera esclusiva ed originaria, mediante una disposizione legislativa che si limiti a stabilire la sanzione per la violazione di un precetto negoziale. Una tale legge sanzionatoria di mero rinvio equivarrebbe ad una norma "in bianco", come tale inammissibile anche in virtù del principio di tassatività, di cui *infra*, nel testo.

Tale assunto deriva sia da ragioni relative al diritto sindacale ed alla natura del contratto collettivo quale atto di autonomia, sia da ragioni interne al sistema sanzionatorio. Quanto al primo ordine di ragioni, in virtù del principio di libertà sindacale di cui al noto articolo 39, primo comma, Cost. il datore di lavoro applica il contratto in quanto iscritto all'associazione stipulante o per scelta autonoma; ma, in base al medesimo principio, può anche non applicarlo – libertà negativa – ed in tale ultimo caso interviene la disciplina legislativa suppletiva. Dunque, non potrà essere imposto al medesimo datore l'applicazione dell'atto di autonomia, neppure – ed, anzi, tantomeno – ai soli fini sanzionatori. Invero, al contrario della posizione dei lavoratori (su cui *infra*, nel testo), l'applicazione del contratto in tale ipotesi incide palesemente nella sfera giuridico-datoriale, sicché rileva certamente il relativo consenso dell'interessato. Ritenerne il contrario significherebbe conferire efficacia *erga omnes* al contratto collettivo compartecipe della fattispecie sanzionatoria, in contrasto anche con la seconda parte dell'articolo 39 Cost.

Relativamente alle ragioni interne al sistema punitivo, è evidente che se la tecnica sanzionatoria fosse congegnata con rinvio assoluto e incondizionato

⁽³³⁾ Cass n. 936/2005, cit.

alla fonte pattizia, la legge limiterebbe il proprio ruolo a “canale di trasmissione” dei contenuti negoziali alla fattispecie illecita, con l’evidente rischio, particolarmente in due casi, di un inammissibile vuoto di tutela del bene protetto dalla figura di illecito. L’ipotesi più grave, in quanto valevole *erga omnes*, sarebbe quella della mancata stipula del contratto “delegato” dalla legge; è evidente che in tale dispositivo la conclusione del contratto rappresenterebbe la *condicio iuris* per l’operatività dell’intera fattispecie punitiva, sicché la sua omissione renderebbe lettera morta la previsione normativa primaria. L’altra situazione riguarda il caso in cui il datore di lavoro non applichi il contratto previsto; tale scelta, pienamente legittima *ex* articolo 39, primo comma, Cost., lascerebbe tuttavia all’arbitrio di costui il proprio assoggettamento alle sanzioni amministrative. Per tale motivo, un’ipotesi sanzionatoria con il contratto in funzione di precetto senza quantomeno la previa legge “cedevole”, non potendo essere efficace *erga omnes* in contrasto con l’articolo 39, seconda parte, Cost., costituirebbe un potente disincentivo all’applicazione del contratto da parte dei datori di lavoro interessati.

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

Consegue a quanto sopra che un’ipotesi sanzionatoria con un precetto posto direttamente dalla contrattazione collettiva, senza una previsione legislativa “cedevole”, è suscettibile di illegittimità costituzionale per violazione degli articoli 97, 23, 25, 101 e 113 della Carta, cioè del principio di legalità (§ 2) – e non solo dunque della riserva di legge – perché rimetterebbe alle decisioni delle organizzazioni sindacali l’operatività della previsione punitiva o, peggio, all’arbitrio del singolo la propria assoggettabilità alle sanzioni amministrative, rendendo di fatto la volontà di parti private prevalente su quella della legge che ha previsto l’ipotesi sanzionatoria rilevante ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ La tesi riportata nel testo è stata già sostenuta da una Corte di merito (App. Torino 17 agosto 2015, n. 487, citata in C. SANTORO, *La contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio amministrativo*, in *LG*, 2016, n. 6, 558 ss.), la quale ha stabilito che la deroga all’art. 7 del d.lgs. n. 66/2003, prevista dall’art. 17 comma 6-*bis*, non può trovare applicazione in assenza di clausole contrattuali volte a disciplinare, in sua vece, il regime dei riposi giornalieri per il personale del SSN; ne consegue che deve ritenersi pienamente operante anche per il personale sanitario il limite legale delle 11 ore consecutive di riposo ogni 24 ore, previsto quale regola generale dall’art. 7 del d.lgs. n. 66/2003, atteso che il contratto di categoria non contempla deroghe.

L'ulteriore profilo della relazione tra legge e contrattazione, nel quadro del principio di legalità, è quindi l'essenziale ruolo della legge, in funzione ordinaria di previsione del precetto integrabile dalla fonte autonoma ovvero suppletiva di quest'ultima.

In relazione alle singole fattispecie sanzionatorie in cui si realizza il modello integrativo legge-contratto collettivo, parte della dottrina nega che l'applicazione delle sanzioni, quale conseguenza dell'inosservanza di limiti contrattuali, determini profili di criticità rispetto al principio di riserva di legge di cui all'articolo 1 della legge n. 689/1981 ⁽³⁵⁾. In questa visione si ritiene che le previsioni contrattuali introducano non un elemento integrativo del precetto normativo, quanto piuttosto una «condizione di non punibilità» dell'agente. Tuttavia, in senso contrario si può osservare che in ogni fattispecie sanzionatoria coinvolgente l'autonomia collettiva la previsione negoziale si inserisce strutturalmente nel precetto legale, integrandolo, modificandolo e perfino sostituendolo. In tal modo, con l'intervento della contrattazione la legge si "ritrae", con i limiti e le modalità osservate, ed affida la disciplina all'autonomia. Quest'ultima sostituisce l'eteronomia, non operando dall'esterno della fattispecie, ma dal suo interno. Viceversa, le cause di non punibilità, se con questa locuzione si intendono le esimenti o cause di giustificazione, operano dall'esterno del precetto normativo, che resta integro, essendo previste in disposizioni diverse dalla fattispecie tipica. Inoltre, sul piano funzionale, le esimenti comprimono l'area della punibilità in relazione alla necessità di tutela di interessi, rilevanti nel caso concreto, che contrastano con l'esigenza di reprimere la condotta illecita; viceversa, da tale ottica, la funzione della contrattazione collettiva è ben diversa ed attiene, come detto, alla ricerca del consenso dei destinatari in vista della tenuta del sistema sanzionatorio.

8. Il principio di tassatività delle fattispecie di illecito

Il principio di tassatività, di ascendenza penalistica, svolge un ruolo centrale anche nel sistema sanzionatorio amministrativo. Analogamente alla riserva di legge, esso è ritenuto un corollario del principio di legalità. Nondimeno,

⁽³⁵⁾ P. PENNESI, *Orario di lavoro: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *GLav*, 2005, n. 11, 17. Secondo un diverso parere (G. LELLA, *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004), il legislatore delegato del d.lgs. n. 66/2003 avrebbe operato la precisa scelta di non collegare alcuna sanzione amministrativa alla violazione di clausole contrattuali.

come insegna la migliore dottrina penalistica, mentre la riserva di legge attiene al rapporto tra fonti, la tassatività riguarda la tecnica di formulazione della legge e sta ad indicare il dovere legislativo di determinare precisamente la fattispecie legale, affinché risultino tassativamente stabiliti i confini tra ciò che è illecito e ciò che è lecito ⁽³⁶⁾. Il principio comporta anche, per il giudice e per altri interpreti, il divieto di analogia, cioè di applicare la fattispecie a casi da essa non previsti. Dunque, la tassatività presiede ad una fondamentale funzione di certezza, di assicurare cioè l'agevole conoscenza delle disposizioni che stabiliscono la fattispecie di illecito da parte dei destinatari, ma anche di garanzia, affinché l'ambito di applicazione delle figure di illecito non sia dilatato oltre la volontà della legge.

Il principio di determinatezza della fattispecie nel sistema sanzionatorio amministrativo è stato in dottrina recentemente enfatizzato quale "principio di principi" per la sua capacità di racchiudere in sé e rafforzare l'efficacia degli altri canoni del sistema sanzionatorio ⁽³⁷⁾. Il suo fondamento costituzionale non è in discussione, potendo rinvenirsi negli articoli 23 e 97 della Carta, con la conseguenza che le norme che non ne osservano i postulati sono da ritenere costituzionalmente illegittime ⁽³⁸⁾. Dunque, dagli articoli 23 e 97 Cost. è ricavabile un generale obbligo costituzionale di determinatezza della fattispecie sanzionatoria e della sanzione, ed in tal senso la regola è imposta al legislatore. Tale obbligo è notoriamente funzionale alla realizzazione della *ratio* di certezza connaturata al principio di riserva di legge in tema di sanzioni: non avrebbe fondamento logico riservare al legislatore la fissazione di fattispecie strutturalmente così ampie, da essere suscettibili di attribuzione di qualsiasi contenuto da parte dell'autorità competente ad applicare la sanzione.

Il principio coinvolge il tema del presente studio, perché riguarda la tecnica di formulazione delle figure illecite e quindi anche le clausole contrattuali collettive. Più precisamente, il canone riguarda sia le clausole in se stesse considerate, sia il loro rapporto con la norma primaria di rinvio.

Il primo è un problema di fatto, che riguarda la formulazione delle norme dell'autonomia, le quali devono essere idonee ad integrare/derogare il precetto primario, nel senso di rendere immediatamente percepibile ai destinatari la condotta che l'ordinamento ritiene illecita. Sul piano pratico, la criticità rileva notevolmente, ove si consideri le non infrequenti dubbie ed indeterminate lettere di talune clausole negoziali, spesso frutto di accordi faticosi

⁽³⁶⁾ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 64 ss.

⁽³⁷⁾ F.F. TUCCARI, *Il principio di determinatezza*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 248 ss.

⁽³⁸⁾ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *op. cit.*

e di compromessi, che lasciano aperte possibili diverse interpretazioni dei testi. Si pensi, inoltre, alla frequente presenza di clausole di stile, o meri rinvii generici alla legge o alla contrattazione di diverso livello.

Il secondo è invece un problema di diritto, che riguarda il meccanismo di integrazione tra legge e contratto, che segue, come osservato, il metodo del rinvio; tale tecnica sanzionatoria deve essere attuata in modo da poter quantomeno agevolmente ricostruire il contenuto della norma in via interpretativa, secondo la regola della “sufficiente” determinatezza. Ne deriva, anche su tale piano, l’*inammissibilità* di norme “in bianco”, cioè disposizioni primarie sostanzialmente senza precetto che si limitino a rinviare genericamente alla contrattazione collettiva, senza fornire corretti criteri ermeneutici per l’*identificazione* della condotta vietata.

Sezione II LE PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI E CIVILISTICHE

9. Il problema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo

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

9.1. Efficacia nei confronti dei datori di lavoro

Dal punto di vista datoriale, la questione non è particolarmente rilevante in diritto sanzionatorio. Non lo è in punto di diritto, giacché le disposizioni primarie che rinviano all’autonomia collettiva hanno, di norma, carattere suppletivo cosicché, in difetto delle previsioni contrattuali, si applica la legge; né in punto di fatto, perché il personale ispettivo è tenuto a verificare, per prassi costante, l’applicazione del contratto da parte del datore ispezionato, in mancanza della quale dovrà ritenere vigente la norma di legge. In

entrambi i casi non si rinviene una questione di inoperatività della fattispecie sanzionatoria e, quindi, di vuoto di tutela ⁽³⁹⁾.

Naturalmente, questo sistema entra in crisi nelle fattispecie ove non fosse prevista la norma di legge suppletiva, come sopra argomentato (§ 7.2). Peraltro, in astratto si potrebbe registrare una criticità derivante dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il contratto collettivo vincola anche il datore di lavoro il quale, pur non essendovi tenuto, ne abbia spontaneamente recepito il contenuto nei contratti individuali ⁽⁴⁰⁾. Secondo questo orientamento, la fonte dell'obbligo di applicazione del contratto discende non solo, ovviamente, dal rinvio espresso, ma anche dal comportamento concludente, che si evince dalla costante corrispondenza del contenuto dei contratti individuali a quello del contratto collettivo ⁽⁴¹⁾.

Ora, in sede ispettiva, il rinvio espresso, in linea di principio, non crea problemi giacché l'ispettore ha gli strumenti per verificare nella documentazione aziendale – nella specie, nelle dichiarazioni di assunzione o nei modelli di comunicazione di assunzione al centro per l'impiego – la sussistenza del rinvio. Viceversa, in assenza del formale rinvio, volendo assecondare l'impostazione pretoria, l'organo ispettivo dovrebbe verificare l'eventuale corrispondenza, di fatto, dei contratti individuali a quello collettivo. È intuitivo che tale operazione, non rivestendo carattere formale come la precedente, non si presenta affatto agevole in sede accertativo-amministrativa, trattandosi di attività ermeneutica di notevole impegno, che può comportare significative criticità, *ex* articolo 14, comma 2, legge n. 689/1981, in ordine alla dilatazione dei tempi procedimentali ⁽⁴²⁾.

Sul piano pratico, l'operazione di verifica in argomento potrebbe rivelarsi necessaria, ove si individuasse l'interesse concreto del datore di lavoro a vedersi applicato il contratto collettivo in sede sanzionatoria. Infatti, la fonte autonoma, nella prassi corrente, contiene non di rado precetti più favorevoli al trasgressore rispetto a quelli stabiliti dalla legge. In sede accertativa,

⁽³⁹⁾ In virtù del presupposto dell'efficacia meramente *inter partes* anche dei contratti collettivi delegati dalla legge a funzioni normative, U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, 83, nota 234, avanzano il dubbio che le tecniche sanzionatorie di rinvio alla contrattazione collettive si pongano in contrasto sia con l'art. 3 Cost., poiché porrebbero le basi per un'applicazione differenziata delle sanzioni amministrative, discriminando tra coloro che sono tenuti all'applicazione del contratto collettivo e coloro che non lo sono, sia con l'art. 39 Cost., poiché imporrebbero clausole contrattuali efficaci *erga omnes*, senza rispettare le condizioni imposte dalla disposizione costituzionale.

⁽⁴⁰⁾ Cass. 14 aprile 2001, n. 5596.

⁽⁴¹⁾ Cass. 8 maggio 2009, n. 10632.

⁽⁴²⁾ Sulla complessità di tale accertamento anche per il giudice cfr. Cass. 3 novembre 2005, n. 21302.

l'indagine più efficace potrebbe essere condotta attraverso l'esame dei cedolini paga, dal quale viene desunta l'applicazione di «istituti propri del c.c.n.l.»⁽⁴³⁾. Peraltro, nella pratica, l'ipotesi realisticamente più probabile è che la questione emerga non già in sede ispettiva – salvo l'implausibile caso che l'ispettore la rilevi autonomamente – bensì in quella contenziosa, laddove il datore ispezionato opponga l'applicazione di fatto del contratto. Dunque, è ipotizzabile un motivo di doglianza, in detta sede, relativo al profilo della mancata applicazione ispettiva della previsione di un contratto collettivo asseritamente applicato per comportamento concludente. È da ritenere che in tale ipotesi spetterebbe al datore di lavoro sanzionato l'onere della prova della ricorrenza, in concreto, del comportamento concludente e della conseguente applicabilità del contratto collettivo. Invero, pur in considerazione della posizione delle parti nel processo di opposizione a sanzioni amministrative⁽⁴⁴⁾, si tratterebbe di un'eccezione in senso tecnico alla pretesa punitiva della pubblica amministrazione, che, in quanto tale, onera l'interessato di provare i fatti su cui essa si fonda (articolo 2697, secondo comma, c.c.). Un'altra ipotesi critica riguarda la contrattazione territoriale di prossimità, laddove è possibile che il datore di lavoro non sia tenuto ad applicare il contratto perché non iscritto all'associazione stipulante, atteso che l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 riferisce l'efficacia *erga omnes* solo al versante dei prestatori. A questo riguardo, la soluzione concreta non può che essere quella dell'inapplicabilità del patto di cui all'articolo 8, salvo che risulti la poco probabile applicazione di fatto come sopra esaminata.

9.2. Efficacia nei confronti dei lavoratori

Sul versante dei lavoratori, il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo acquista, apparentemente, maggiore consistenza rispetto all'ipotesi soggettiva datoriale. Invero, se si accoglie la tesi – che appare l'unica costituzionalmente accettabile, come sopra argomentato – secondo cui il contratto è efficace esclusivamente nei confronti dei lavoratori iscritti o non dissenzienti, si potrebbe ritenere che l'organo accertatore abbia l'onere di verificare la posizione dei singoli prestatori, ai fini della determinazione del

⁽⁴³⁾ Cass. 23 marzo 2002, n. 4175.

⁽⁴⁴⁾ Secondo un consolidato orientamento, che deriva dalla disposizione di cui al comma 12 dell'art. 23 della l. n. 689/1981 (ora art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 150/2011: «Il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente»), la pubblica amministrazione che ha adottato il provvedimento sanzionatorio impugnato è «attore sostanziale», giacché su di essa incombe l'onere della prova del fondamento della propria pretesa punitiva.

quantum della sanzione, laddove la legge proporzioni questa al numero dei prestatori.

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

Ma anche nel caso maggiormente problematico, quello del contratto "separato", la questione dell'efficacia soggettiva del contratto per i prestatori non può emergere, in disparte la stipulazione complessivamente minoritaria, ove difetterebbe la stessa efficacia oggettivo-derogatoria del contratto. Ove, invece, risulti in concreto che uno o più lavoratori non abbiano accettato i contenuti dell'autonomia collettiva – in quanto iscritti ad un sindacato che non ha sottoscritto l'accordo e non intendono avvalersi del contenuto di questo – nei loro confronti non sarebbe efficace il precetto contrattuale, che ad esempio prevedesse riposi settimanali con cadenza diversa da quella legale. Invero, la soluzione dell'applicazione differenziata del contratto ai vari lavoratori coinvolti nell'azione di vigilanza appare, in tal caso, astrattamente necessitata. In questa ottica, è vero che i singoli lavoratori non vedono incisa la propria sfera giuridica, poiché non è la controparte datoriale ad applicare le previsioni negoziali, bensì un organo pubblico in posizione di terzietà per fini estranei alla sfera di autonomia delle parti. In tal senso, è anche vero che la questione difficilmente potrebbe emergere in sede ispettiva, appunto per la mancanza di interesse dei lavoratori ad opporla. Tuttavia, potrebbero essere i datori di lavoro ad avere l'interesse ad invocare l'applicazione differenziata, nelle ipotesi in cui le previsioni contrattuali abbiano carattere più sfavorevole del regime legale. In tal modo, infatti, limiterebbero l'irrogazione delle sanzioni ai soli iscritti ai sindacati stipulanti e ai non dissenzienti. Peraltro, sul piano pratico la questione non appare dotata di particolare rilevanza, atteso che normalmente i lavoratori menzionati costituiscono una minoranza, sicché la relativa eccezione sarebbe degna di attenzione solo nel caso di contratti separati, laddove invece la consistenza

numerica dei prestatori dissenzienti può essere significativa, e sempreché il datore non abbia comunque applicato il contratto anche ai dissenzienti.

Quindi, nella pratica non è verosimile assistere, in sede ispettiva, al poco razionale scenario dell'applicazione di differenti precetti – e quindi di differenti sanzioni – ad uno stesso datore di lavoro, in funzione del consenso dei singoli lavoratori al contratto che deroga alla fattispecie sanzionatoria. Naturalmente resta acquisito che – se si accoglie la tesi del contratto di diritto comune –, ai fini contrattuali individuali, il contratto risulta inapplicabile ai prestatori dissenzienti in ordine ai profili economici e normativi.

10. Il principio di eguaglianza

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

Nell'archetipo di integrazione legge-contratto collettivo sussistono analoghe discriminazioni, ad esempio, tra coloro che applicano il contratto che assicura incentivi economici e normativi e coloro che non lo applicano, i quali non godono di tali benefici. In siffatto contesto, si ritiene comunemente che il contrasto con le disposizioni costituzionali, l'articolo 39 oltre l'articolo 3, sia escluso dalla finalità di tutela del lavoro che la legislazione persegue tramite l'incentivo all'applicazione dei contratti collettivi, nonché dal carattere di onere e non di obbligo che la legge configura in riferimento all'applicazione dei contratti collettivi. In altri termini, la legge impone non un obbligo – che sarebbe certamente incostituzionale *ex* articolo 39 Cost. –, bensì un onere all'applicazione dei contratti, nell'interesse del datore che vede accresciuta la propria sfera giuridica. Ed in effetti, anche nel diritto san-

zionario, la questione potrebbe essere risolta con il medesimo schema argomentativo, ritenendo il trattamento sanzionatorio differenziato un incentivo alla applicazione dei contratti collettivi, stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi. Pertanto, solo ove fosse ravvisabile un vero e proprio obbligo di applicazione dei contratti collettivi, come adombra parte della dottrina ⁽⁴⁵⁾ – senza peraltro specificare il concetto –, si potrebbe parlare di violazione dell'articolo 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento tra coloro che sono soggetti a tale obbligo e coloro che non lo sono.

Verificata la compatibilità ordinamentale del sistema integrativo legge-contratto alla luce dei potenziali punti di conflitto con i principi generali sia del sistema amministrativo, sia di quello sindacale, è il momento di passare ad esaminare ulteriori profili di rilievo, cominciando dall'esame dei poteri ispettivi sulla corretta applicazione della contrattazione collettiva. Occorre, in tal senso, comprendere con quali modalità ed entro quali limiti l'organo pubblico di vigilanza può sindacare le pattuizioni dell'autonomia collettiva.

Sezione III
I POTERI ISPETTIVI
SULLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

11. Il fondamento: l'articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004 e la singola norma “delegante”

L'ordinamento prevede da tempo una disposizione che conferisce il potere all'organo ispettivo di fare riferimento, oltre alla legge, alla contrattazione collettiva quale parametro normativo di correttezza dell'operato dei datori di lavoro. Si deve citare, in proposito, l'articolo 4, lettera *b*, della legge n. 628/1961, che stabilisce la potestà ispettiva di vigilanza sull'esecuzione dei contratti collettivi. In tempi più recenti, l'articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004 ha conferito al personale ispettivo del Ministero del lavoro il potere di vigilare, oltre che sull'esecuzione delle leggi in materia di lavoro (lettera *a*), sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro (lettera *b*). Inoltre, la legge n. 183/2010 (c.d. “collegato lavoro”) ha inciso nel testo dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 124/2004, stabilendo che la constatata inosservanza non solo di norme di legge ma anche di clausole di contratto collettivo costituisce l'antecedente fattuale necessario del potere

⁽⁴⁵⁾ U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, 83, nota 234.

ispettivo di diffida (comma 2). È significativa l'aggiunta del riferimento alla contrattazione, laddove il testo originario contemplava, quale impulso all'esercizio del potere ispettivo di diffida, esclusivamente la violazione di norme di rango primario.

I disposti di cui agli articoli 7 e 13 del decreto legislativo n. 124/2004 sembrano compiere un'operazione di tendenziale equiparazione delle fonti, normativa e contrattuale, quali parametri dell'attività di accertamento ispettiva, analoga a quella che le norme di riforma del processo civile (decreto legislativo n. 40/2006) sopra menzionate svolgono in ambito processuale (cfr. cap. I, § 5.1). Invero, nei rari tentativi dottrinali di illustrare il fondamento della vigilanza ispettiva sull'applicazione dei contratti collettivi, pare prevalere la tesi secondo la quale tale il potere, attribuito dall'articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004, si spiega con la funzione integrativa e complementare della contrattazione rispetto alle norme di diritto obiettivo svolta in virtù dei rinvii da queste a quella⁽⁴⁶⁾. In tal senso, dunque, la potestà dell'ispettore del lavoro può esplicitarsi con esclusivo riferimento a quei contratti che svolgono una funzione di fonti del diritto *extra ordinem* secondo l'impostazione seguita anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 344/1996⁽⁴⁷⁾. Per la precisione, appare maggiormente appropriato attribuire tale operazione alla normativa più recente, laddove quella pregressa di cui all'articolo 4 della legge n. 628/1961 interveniva nel diverso contesto determinato dalla legge n. 741/1959, che aveva, com'è noto, recepito a livello normativo primario i contratti collettivi contenenti livelli minimi inderogabili di trattamento economico e normativo. Dunque, l'ingerenza del personale ispettivo ministeriale nei rapporti interprivati collettivi potrebbe giustificarsi, secondo questa lettura, in virtù della nuova funzione della contrattazione collettiva quale fonte "atipica" di diritto del lavoro.

Da altro punto di vista, si sostiene che l'articolo 7 del decreto di riforma dei servizi ispettivi abbia in considerazione il ruolo di «completamento normativo» della contrattazione collettiva rispetto alla disciplina legale, come nei molti esempi in tal senso contenuti nel decreto legislativo n. 66/2003, in materia di orario di lavoro, ovvero anche nel decreto legislativo n. 276/2003, con riferimento a talune tipologie contrattuali⁽⁴⁸⁾. Tuttavia, alla luce delle odierne interazioni fra legge e contrattazione collettiva, l'articolo 7, comma 1, lettera *b*, del decreto legislativo n. 124/2004 va inteso nel senso di una verifica ispettiva subordinata alla volontà delle parti del rapporto di

⁽⁴⁶⁾ Cfr. S. MARGIOTTA, *La vigilanza pubblica sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *MGL*, 2006, n. 12, 914 ss.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ P. RAUSEI, *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2008, n. 24.

lavoro oggetto di accertamento di applicare esplicitamente al relativo contratto individuale uno specifico contratto collettivo di lavoro. Invero, l'azione ispettiva deve esplicarsi nel rispetto dei limiti posti dalla libertà sindacale e dal pluralismo sindacale (articolo 39 Cost.), da un lato, nonché dalla autonomia negoziale e dalla libertà imprenditoriale (articolo 41 Cost.), dall'altro. In tale prospettiva, l'ispettore del lavoro potrà legittimamente verificare la corretta applicazione di contratti collettivi di ogni livello stipulati da una qualsiasi associazione di categoria od organizzazione datoriale con una qualsiasi rappresentanza sindacale dei lavoratori. Nondimeno, il personale ispettivo deve verificare, in ragione della natura di diritto comune del contratto collettivo di lavoro, se questo risulta essere effettivamente applicato fra le parti, sia per volontaria adesione alle organizzazioni firmatarie dello stesso, sia per rinvio contenuto nel contratto individuale di lavoro ⁽⁴⁹⁾.

Quindi, secondo questa apprezzabile impostazione, la vigilanza pubblica sul contratto collettivo di lavoro non può prescindere dalla verifica della condivisa applicazione delle relative clausole nel contesto del rapporto individuale. Da questo punto di vista si spiegherebbe anche la diversa terminologia utilizzata dal legislatore del 2004, rispetto a quello del 1961, laddove il primo fa riferimento alla "applicazione", mentre il secondo alla "esecuzione" dei contratti collettivi, a sottolineare l'attuale rilevanza della libera volontà di applicazione dell'autonomia collettiva come scelta imprenditoriale rispondente al disposto di cui all'articolo 39, primo comma, Cost. ⁽⁵⁰⁾.

In merito, l'orientamento ministeriale, di cui alla circolare n. 41/2010, si esprime nel senso che la disposizione di cui all'articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004 trovi applicazione nelle sole fattispecie in cui la contrattazione collettiva svolga una funzione integratrice del precetto normativo, per la cui violazione sia stabilita una sanzione amministrativa ⁽⁵¹⁾. Con tale orientamento restrittivo, il Ministero ha inteso limitare la portata di disposizioni tendenzialmente omnicomprensive, in quanto riferentesi alla contrattazione collettiva *tout court*, verosimilmente per fugare il dubbio di un'estesa ingerenza del personale ispettivo nei rapporti interprivati collettivi.

Sempre il Ministero del lavoro, sollecitato a chiarire in generale l'ambito del potere ispettivo *ex* articolo 7, decreto legislativo n. 124/2004, ha precisato che l'eventuale accertamento, da parte del personale ispettivo, di inosservanze ai precetti contrattuali collettivi non determina l'applicazione di sanzioni pecuniarie amministrative, salve talune ipotesi individuate esplicitamente dal legislatore – ad esempio la violazione dell'articolo 5, comma 5, del

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ P. RAUSEI, *Busta paga, contratti collettivi*, Ipsoa, 2013, 29.

⁽⁵¹⁾ Cfr. P. PENNESI, M. TRAVAGLINI, *op. cit.*

decreto legislativo n. 66/2003, secondo il quale «il lavoro straordinario deve essere [...] compensato con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi di lavoro», è punita in via amministrativa – e salva l'inosservanza di contratti collettivi *erga omnes*, di cui alla c.d. “legge Vigorelli” (legge n. 741/1959) ⁽⁵²⁾. Piuttosto, secondo il Ministero, la vigilanza sui contratti collettivi di lavoro, di cui al citato articolo 7, comma 1, lettera *b*, del decreto legislativo n. 124/2004 trova il suo principale strumento attuativo nell'istituto della diffida accertativa per crediti patrimoniali disciplinata dall'articolo 12 del medesimo decreto ⁽⁵³⁾. La previsione da ultimo menzionata consente, infatti, al personale ispettivo di diffidare, in sede ispettiva, il datore di lavoro a corrispondere direttamente al lavoratore le somme che risultino accertate quali crediti retributivi derivanti dalla corretta applicazione dei contratti collettivi di lavoro applicabili. Peraltro, con successive prese di posizione lo stesso Ministero del lavoro ha concepito l'ambito di intervento dell'organo di vigilanza su basi decisamente più ampie di quelle sin qui riferite, giungendo a configurare un vero e proprio potere ispettivo di disapplicazione delle clausole collettive previste nei c.d. “contratti pirata” e nei contratti di prossimità privi dei requisiti legali ⁽⁵⁴⁾. In tempi recenti, anche l'Ispettorato nazionale del lavoro, in linea di continuità con l'indirizzo seguito dal Ministero, ha stabilito a chiare lettere che, laddove la legge rimette alla contrattazione collettiva il compito di integrare la disciplina delle tipologie contrattuali, le clausole di contratti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi non hanno alcuna efficacia ⁽⁵⁵⁾. Circa i poteri ispettivi sulla contrattazione di prossimità, l'intervento del legislatore con l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 comporta l'affiancamento, alla tradizionale attività di verifica ispettiva, di un inedito controllo della legittimità della contrattazione collettiva di prossimità e di accertamento della clausola applicabile in regime di pluralità di fonti legali e contrattuali concorrenti ⁽⁵⁶⁾. In particolare, gli organi ispettivi possono sin-

⁽⁵²⁾ Int. Min. lav. n. 21/2009.

⁽⁵³⁾ Sulla diffida accertativa si rinvia a P. RAUSEI, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali – Articolo 12*, in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, ADAPT University Press, 2014, 185 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. lett. circ. Min. lav. 9 novembre 2010, prot. n. 1452, lett. circ. Min. lav. 6 marzo 2012, prot. n. 4610, e lett. circ. Min. lav. prot. n. 10310/2012. Da ultima, nota Min. lav. prot. n. 10599/2016, in *Boll. ADAPT*, 2016, n. 26. Per un'illustrazione dell'orientamento ministeriale espresso con i documenti di prassi indicati si veda V. LIPPOLIS, *Applicazione dei contratti collettivi: controlli ispettivi*, in *DPL*, 2016, n. 40, 2352 ss.

⁽⁵⁵⁾ Circ. dell'Ispettorato nazionale del lavoro 25 gennaio 2018, n. 3.

⁽⁵⁶⁾ P. CAPURSO, *Il controllo ispettivo sulla contrattazione collettiva di prossimità*, in *IPrev*, 2012, n. 1-2-3-4, 18.

dacare il rispetto dei parametri fissati dal legislatore in ordine alle finalità dell'accordo, alle materie oggetto dell'intesa, e al rispetto delle fonti superiori inderogabili, a pena di nullità della pattuizione perché contraria a norma imperativa. Sotto il profilo della legittimazione al controllo, è stato sostenuto che, nella ipotesi in cui l'accordo di prossimità preveda clausole derogatorie da cui derivino effetti sulla determinazione della retribuzione imponibile ai fini contributivi, il potere di contestare la validità dell'accordo possa essere legittimamente attribuito anche agli organi ispettivi degli enti previdenziali, rientrando tale ambito di intervento nelle funzioni loro assegnate dall'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo n. 124/2004, ed in quanto portatori di un interesse di natura pubblicistica comunque legittimante l'azione di nullità del contratto *ex* articolo 1421 c.c. ⁽⁵⁷⁾. Peraltro, il decreto legislativo n. 149/2015, che istituisce l'Agenzia unica ispettiva (Ispettorato nazionale del lavoro) ⁽⁵⁸⁾, attribuisce al personale di vigilanza previdenziale tutti i poteri di quello ministeriale (articolo 1, comma 2), sicché ogni incertezza sul punto può ormai dirsi superata ⁽⁵⁹⁾.

In realtà, in relazione alle figure di illecito amministrativo oggetto del presente studio, non sembra che l'articolo 7 del decreto legislativo n. 124/2004 abbia una specifica funzione normativa da svolgere. Ciò in quanto il potere del personale ispettivo di conoscere ed applicare le clausole contrattuali complementari del precetto di legge sembra discendere, piuttosto, dalla singola disposizione di "delega" alla contrattazione collettiva, contenuta nella fattispecie illecita di volta in volta rilevante. In altri termini, l'organo di vigilanza, anche in assenza dell'articolo 7, avrebbe comunque il potere di applicare ai fini sanzionatori il contratto collettivo, perché la fonte della relativa legittimazione è la singola disposizione di legge che prevede la figura di illecito. Quest'ultima, ove non comprendesse in sé la potestà degli organi ispettivi e sanzionatori di conoscere il negozio collettivo integrativo, non potrebbe applicarsi e costituirebbe, pertanto, un non-senso logico.

Conferma dell'assunto deriva da un'ulteriore riflessione. Secondo il sistema della legge n. 689/1981, la fattispecie di illecito amministrativo, ai fini della

⁽⁵⁷⁾ Cfr. A. TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive*, in *DRI*, 2015, n. 2, 345 ss.

⁽⁵⁸⁾ In merito al nuovo organo si rimanda a P. RAUSEI, *La regia unica della vigilanza all'Ispettorato nazionale del lavoro*, in *LG*, 2016, n. 1, 5 ss.; M. SIMONELLI, *La razionalizzazione dell'attività ispettiva nel jobs act: problemi e prospettive*, in *Tutela e Sicurezza del Lavoro*, 2016, n. 1, 103 ss.; S. CAFFIO, A. GRIECO, *Ispettorato Nazionale del Lavoro*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, 273 ss.; M. ESPOSITO, *Le attività ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del "Jobs Act"*, in *RGL*, 2016, n. 3, I, 575 ss.

⁽⁵⁹⁾ Nello stesso senso anche il Ministero del lavoro nella nota prot. n. 10599/2016, cit.

sua applicazione, implica la partecipazione, oltre che dell'organo accertatore, di quello sanzionatorio, *id est* l'autorità competente a ricevere il rapporto ispettivo (articoli 17 e 18, legge n. 689/1981). Ora, posto che l'articolo 7 sopra menzionato prevede la potestà di verificare l'applicazione del contratto collettivo in capo al solo personale ispettivo, se non fosse la singola norma incriminatrice a legittimare la conoscenza del patto sindacale in capo all'organo pubblico, ne deriverebbe l'irragionevole conseguenza che l'autorità sanzionatoria di cui agli articoli 17 e 18 della legge depenalizzatrice non potrebbe applicare la misura punitiva per la violazione di un precetto integrato dal medesimo patto. Sicché, è del tutto plausibile ritenere che la reale portata normativa dell'articolo 7 sia da ricercare altrove, in fattispecie che esulano dai fini della presente ricerca ⁽⁶⁰⁾.

12. Gli strumenti accertativi

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

Da quanto sopra osservato circa il principio di libertà sindacale e la inattuazione della seconda parte dell'articolo 39 Cost. deriva la necessità per l'organo di vigilanza di verificare, ove siano in questione norme sanzionatorie di rinvio alla fonte negoziale, l'applicazione di un contratto collettivo da parte del datore di lavoro ispezionato. In questa ottica, si rivela certamente necessaria l'assunzione di informazioni dal vertice aziendale circa la sussistenza di tale circostanza. Tuttavia, in considerazione della notevole rilevanza sanzionatoria dell'eventuale intervento dell'autonomia collettiva nella fattispecie, occorrono riscontri oggettivi all'effettiva applicazione del contratto. Pertanto, l'ispettore deve anche esaminare le dichiarazioni di assunzione consegnate ai dipendenti, al fine di verificare l'esistenza nelle stesse del rinvio al contratto collettivo, ovvero – allo stesso scopo – le comunicazioni di assunzione effettuate al centro per l'impiego. Nella maggioranza dei casi pratici, tali riscontri sono sufficienti ad appurare se l'azienda si assoggetta, o meno, alla disciplina contrattuale della categoria. Peraltro, gli strumenti descritti non sarebbero idonei ad accertare l'eventuale applicazione del contratto collettivo attraverso comportamento concludente. Si renderebbe inevitabile, in proposito, il non agevole riscontro dell'applicazione delle clausole collettive nei contratti individuali dei lavoratori coinvolti nelle violazioni accertate. In tale contesto, il mezzo accertativo più efficace risulta l'esame

⁽⁶⁰⁾ Ad esempio in tema di diffida accertativa (art. 12, d.lgs. n. 124/2004).

dei cedolini paga, dal quale può essere desunta l'applicazione degli istituti del CCNL, come ad esempio la tredicesima e quattordicesima mensilità ⁽⁶¹⁾.

In relazione al riscontro della rappresentatività comparata, oltre che utilizzare i tradizionali indici giurisprudenziali, potrebbe essere utile che il personale ispettivo si rifaccia alle regole del Testo Unico sulla rappresentanza, ed in particolare al principio maggioritario. A tal fine, potrà disporre della banca dati indicata nella direttiva del Ministro del 25 settembre 2014 di cui di seguito nel testo.

13. La verifica dell'abilitazione dei sindacati stipulanti

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

Si è osservato quanto il criterio in questione sia tutt'altro che definito, sussistendo vari dubbi sulla sua esatta individuazione. Peraltro, non si può prescindere dalla concreta verifica della rappresentatività, dal momento che tale requisito condiziona, a monte dell'efficacia soggettiva, la stessa efficacia oggettiva e dispositiva delle previsioni contrattuali collettive, cioè la capacità di queste di derogare alla legge. Pertanto, si deve ritenere che all'accordo stipulato da associazioni comparativamente non rappresentative sia precluso *tout court* di derogare/integrare il disposto legislativo ⁽⁶²⁾. È il problema che si pone nel caso della contrattazione "pirata", nei confronti della quale – dopo l'orientamento anche di recente espresso dal Ministero del lavoro e dall'Ispettorato nazionale (*supra*, § 11) – non è dubbia ormai la doverosità ispettiva della disapplicazione e dello "stralcio", trattandosi di patti collettivi minoritari e concorrenti nel medesimo settore di quelli stipulati dalle maggiori organizzazioni.

Ma è anche il caso della contrattazione "separata", laddove, invece, il contratto – che potrebbe essere anche l'unico nella categoria – è sottoscritto so-

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass. n. 4175/2002, cit.

⁽⁶²⁾ Cfr. circ. dell'Ispettorato nazionale del lavoro n. 3/2018, cit.

lo da talune associazioni maggiormente rappresentative. In virtù di quanto considerato, il personale ispettivo dovrebbe verificare la sussistenza della maggiore rappresentatività, secondo gli indici elaborati dalla giurisprudenza e ripresi dal Ministero del lavoro ⁽⁶³⁾, che risultano però di dubbia applicazione nel presente contesto sistematico (cfr. cap. I, § 9). Peraltro, la direttiva del Ministro del lavoro in materia di rappresentanza e rappresentatività sindacale del 25 settembre 2014 conferisce risalto, ai fini della misurazione della rappresentatività, al parametro rappresentato dai risultati delle elezioni delle RSU. A tal proposito, la direttiva richiama il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Il Ministro ha disposto che, gli uffici territoriali dovranno raccogliere i dati relativi ai risultati elettorali, mentre l'Inps provvederà a raccogliere quelli afferenti alle deleghe associative. La direttiva indica nella misurazione della rappresentatività una priorità di azione per le strutture centrali e periferiche del Ministero, giacché l'oggettiva individuazione di affidabili interlocutori sindacali conferisce certezza tanto alle relazioni sindacali quanto alla declinazione delle regole sul mercato del lavoro. Dunque, si può ritenere che, quando la banca dati sarà disponibile, il personale ispettivo disporrà di un utile strumento per verificare la rappresentatività delle varie organizzazioni stipulanti.

Nondimeno, anche quando ciò avverrà, rimarrà l'incertezza riguardante la questione se, ferma l'inapplicabilità dell'eventuale contratto "pirata", il contratto stipulato da una coalizione complessivamente minoritaria (ad esempio Cisl e Uil) rispetto al sindacato non firmatario (ad esempio Cgil) possieda o meno il requisito in discorso. Applicando, peraltro, le regole del Testo Unico – come sembra intendimento della menzionata direttiva del Ministro –, che si attestano sul principio maggioritario, si dovrebbe concludere per la soluzione negativa. In questo senso, cioè, la logica che pervade il sistema delle relazioni sindacali è che il contratto vincoli tutti gli appartenenti alla categoria, compresi i dissenzienti, solo se approvato da quelle organizzazioni sindacali che rappresentino la maggioranza della comunità di prestatori del settore. Viceversa, il contratto vincolerebbe solo gli iscritti ai sindacati stipulanti, ove non integrasse tale condizione. Dunque, in questo quadro, il Testo Unico citato, nonostante abbia efficacia limitata alle parti stipulanti, costituirebbe parametro di riferimento – almeno per l'applicazione del principio maggioritario – anche per il personale ispettivo, al fine di verificare il possesso del requisito della maggiore rappresentatività comparata.

⁽⁶³⁾ Lett. circ. Min. lav. prot. n. 10310/2012, cit.

14. La contrattazione di prossimità

In merito alla tanto discussa disposizione dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011, che ha istituito la contrattazione di prossimità, bisogna rilevare che, anche in tal caso, le problematiche attinenti specificamente all'attività ispettiva e sanzionatoria sono più limitate rispetto a quelle che affliggono l'istituto in generale. Per un verso, infatti, sarebbe vano soffermarsi sulle conseguenze derivanti dalla peculiarità della sua efficacia normativamente prevista, che ne fa un negozio estensibile *erga omnes* alla comunità di prestatori di riferimento, territoriale o aziendale. In siffatta ipotesi, non solo l'efficacia generalizzata del contratto – dal versante dei lavoratori – è disposta espressamente dalla legge ma, come già osservato, il tema non rileva nel diritto sanzionatorio, le cui peculiari finalità non sono incise dalla questione dell'efficacia soggettiva del contratto. Piuttosto, sarà necessario indagare, come nell'ipotesi del contratto collettivo ordinario, sulla sussistenza del requisito della maggiore rappresentatività comparata – al livello di riferimento: territoriale o aziendale – in capo alle associazioni stipulanti, con tutte le difficoltà già descritte.

Ben diversa è, invece, la rilevanza delle condizioni legali di validità dell'accordo di prossimità, ed in particolare della conformità del patto di prossimità ai vincoli costituzionali e comunitari (articolo 8, comma 2-*bis*) e delle finalità cui il negozio è astretto dalla legge (articolo 8, comma 1), il cui difetto comporta – secondo l'orientamento prevalente – la nullità delle clausole di deroga, se non dell'intero accordo.

Sotto il primo profilo, il riscontro circa l'osservanza della disciplina costituzionale e comunitaria implica un'idonea preparazione giuridica del personale ispettivo, prossima a quella del giudice. Tranne casi di palese, e poco probabile, contrasto del negozio con i parametri normativi di riferimento – come ad esempio una clausola che non consentisse il riposo settimanale del lavoratore, in contrasto con l'articolo 36, terzo comma, Cost. –, è da ritenere molto problematico tale scrutinio, anche per i connessi margini di opinabilità, che richiederebbero una complessa motivazione, scarsamente concepibile in un verbale ispettivo.

In relazione al secondo profilo, è opportuno rammentare che tali finalità, secondo quanto dispone l'articolo 8, comma 1, del decreto-legge n. 138/2011, sono dirette «alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». È evidente, almeno in astratto, la doverosità di una concreta verifica in sede ispettiva di-

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

Sul piano operativo, il Ministero del lavoro ritiene che la potestà di controllo ispettivo sulla contrattazione di prossimità sussista relativamente sia al possesso del requisito della maggiore rappresentatività comparata, sia all' effettività del perseguimento dei fini indicati dalla legge, quando sia accertato il carattere peggiorativo, per i lavoratori e per le casse degli istituti previdenziali, delle condizioni previste in tali negoziazioni ⁽⁶⁴⁾. L' orientamento di prassi amministrativa si giustifica soprattutto con l' intento di reprimere il fenomeno dei contratti “pirata” i quali, abbassando i livelli di tutela, creano estesi danni sociali e incentivano la concorrenza sleale tra imprese, come risulta da altri interventi del Dicastero, ad esempio nel settore cooperativo ⁽⁶⁵⁾, che sollecitano l' adozione delle diffide accertative da parte del personale di vigilanza.

Sul piano dogmatico, parte della dottrina, con riferimento alla disciplina dell' orario di lavoro, dubita che un accordo di prossimità *ex* articolo 8, decreto-legge n. 138/2011, possa legittimamente derogare ad obblighi del datore di lavoro presidiati da sanzioni amministrative, giacché in tali ipotesi il legislatore ha disposto per l' indisponibilità dell' interesse protetto dalla norma ⁽⁶⁶⁾. In questa visione, un ulteriore limite del ricorso alla contrattazione di prossimità sarebbe da individuare nella natura pubblica degli interessi protetti dalle fattispecie sanzionatorie. Tuttavia, accogliere tale argomentazione significherebbe escludere l' ammissibilità dell' intero modello di integrazione funzionale legge-contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio, giacché è evidente che ogni fattispecie sanzionatoria implica la natura pubblica ed indisponibile degli interessi da tutelare.

La corretta osservazione sull' indisponibilità degli interessi sottesi alle ipotesi di illecito consente, peraltro, di precisare che il ruolo della contrattazione non può arrivare sino al punto di rendere inoperative le sanzioni per esse

⁽⁶⁴⁾ Nota Min. lav. prot. n. 10599/2016, cit. In dottrina, si rinvia a P. CAPURSO, *op. cit.*

⁽⁶⁵⁾ Lett. circ. Min. lav. prot. n. 1452/2010, cit., lett. circ. Min. lav. prot. n. 4610/2012, cit., e lett. circ. Min. lav. prot. n. 10310/2012, cit.

⁽⁶⁶⁾ A. RUSSO, *Interventi*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Ipsoa, 2012.

previste, con una deroga assoluta al precetto legislativo, poiché in tal caso essa si sostituirebbe alla legge nella determinazione dei beni da proteggere (cfr. § 16). In tal senso, la legittimità della deroga negoziale è subordinata al suo ambito di operatività, potendo essa esplicarsi in ordine al *quomodo* ed al *quantum* della fattispecie illecita, ma non in ordine all'*an*, cioè privando questa di efficacia ed operatività.

Piuttosto le perplessità sistematiche della compartecipazione degli accordi di prossimità nella produzione del diritto sanzionatorio possono derivare dalla sua compatibilità con il principio di eguaglianza. Bisogna, invero, chiedersi quanto la deroga contrattuale di prossimità a disposizioni sanzionatorie assicuri la parità di trattamento tra situazioni aziendali – o territoriali – che possono obiettivamente essere del tutto assimilabili. Certamente è da escludere la deroga *in toto* al precetto legale – c.d. clausola interdittiva –, tale da privare di efficacia la fattispecie sanzionatoria prevista dalla legge ⁽⁶⁷⁾: una simile deroga – che lederebbe innanzitutto il principio di riserva di legge, come sarà argomentato più avanti (§ 16) – sostituirebbe la volontà legislativa di protezione del bene giuridico con quella delle parti contraenti in un contesto, oltretutto, molto particolare e limitato come quello aziendale o territoriale. Si produrrebbe, in altri termini, una sorta di circoscritta “zona franca” esente da sanzioni, riguardante una stretta cerchia di soggetti beneficiari o addirittura singoli beneficiari. Ma anche modifiche al precetto che lascino immutato il quadro sanzionatorio possono ledere il principio di eguaglianza, almeno se non adeguatamente giustificate da una o più finalità previste dall'articolo 8 per la legittima stipulazione degli accordi decentrati. In generale, può dirsi che proprio la previsione delle finalità di cui sopra può costituire l'argine, una sorta di “contrappeso” contro possibili violazioni del principio di eguaglianza e, quindi, contro eventuali declaratorie di illegittimità costituzionale da parte della Consulta.

⁽⁶⁷⁾ Ad esempio, un contratto aziendale che prevedesse l'azzeramento del limite di contingentamento per il ricorso a rapporti di lavoro a termine: cfr. int. Min. lav. n. 30/2014, in *Boll. ADAPT*, 2014, n. 43, sebbene il documento di prassi faccia riferimento alla sola disciplina comunitaria quale ostacolo all'eliminazione, per via contrattuale, del limite in parola.

Sezione IV
LE QUESTIONI SPECIFICHE
DEL MODELLO INTEGRATIVO SANZIONATORIO

15. La funzione esimente della deroga contrattuale: critica

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

Si è osservato che nel fenomeno in esame vari elementi della fattispecie sanzionatoria, tra i quali può rientrare anche l'intera condotta illecita, sono stabiliti dal contratto collettivo in deroga alla legge; sorge a questo proposito l'interrogativo sulla possibilità della deroga contrattuale *in peius* alla fonte primaria, tale cioè da aggravare la posizione del datore di lavoro-trasgressore rispetto al regime legale. Come l'analisi dei vigenti accordi collettivi dimostra⁽⁶⁸⁾, nella pratica si registrano fattispecie nelle quali la fonte contrattuale contempla, nei confronti dell'autore dell'illecito, un trattamento deteriore – perché ad esempio impone limiti più stringenti, violati i quali si applica la sanzione – rispetto a quello previsto dalla legge. Il quesito che emerge riguarda allora la legittimità, ai fini sanzionatori, di tale deroga e se, conseguentemente, possa individuarsi un principio di inderogabilità *in peius* della legge da parte del contratto.

Il problema sembra essere stato tenuto presente dal Ministero del lavoro, nella circolare n. 8/2005 in tema di orario di lavoro, laddove alle deroghe contrattuali relative ai limiti del ricorso al lavoro straordinario è stata affidata, sul piano sanzionatorio, la funzione di esimente nelle ipotesi in cui il limite contrattuale sia superiore a quello legale. Viceversa, nei casi in cui i limiti negoziali siano inferiori a quelli legali, il Ministero ha ritenuto che, ai fini sanzionatori, vadano applicati comunque questi ultimi, in funzione agevolatoria del trasgressore. Identica impostazione il Dicastero ha seguito in tema di ferie, laddove ammette «la possibilità per le parti sociali di introdurre una disciplina modificativa che, sotto un profilo sanzionatorio, dia luogo ad una serie di esimenti che determinano la non punibilità della condotta quando la

⁽⁶⁸⁾ Cfr. P. TOMASSETTI, *Riordino delle tipologie contrattuali e contrattazione collettiva*, 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)*, Giuffrè, 2016, 342 ss., nonché ADAPT, *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper ADAPT, 2014, n. 153.

stessa, pur derogando alle disposizioni di legge, sia conforme alla previsione contrattuale». La stessa posizione era stata già espressa dal Dicastero nella circolare n. 10/1999 con riferimento alla disciplina, allora vigente, del lavoro straordinario. In definitiva, per tale prassi ministeriale l'intervento contrattuale nel *corpus* normativo della fattispecie di illecito, almeno nei casi descritti, non opererebbe nel senso di deroga – o modifica/integrazione – del precepto, che si è visto essere la funzione ordinaria della contrattazione nel modello in esame, bensì in funzione di scriminante della condotta del trasgressore.

Dall'impostazione ministeriale deriva l'assunto secondo il quale la deroga contrattuale può operare solo in senso favorevole al trasgressore e non può rendere la condotta di questi più onerosa, quanto a trattamento sanzionatorio, di quella prevista dalla legge. Per riprendere le parole della circolare *de qua*, resta ferma «ovviamente la sanzionabilità esclusivamente per la violazione del minimo previsto dalla legge». Parte della dottrina ritiene condivisibile l'interpretazione del Ministero del lavoro, rammentando la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune ⁽⁶⁹⁾. Solo entro tali limiti soggettivi il contratto collettivo potrà derogare ai limiti legali, anche innalzandoli.

Tuttavia, emergono serie perplessità sull'uso della fonte di prassi nella fattispecie, tanto sul piano del metodo quanto del merito. Dal primo punto di vista la circolare, attraverso un'azzardata interferenza con il principio di legalità, manipola le disposizioni di legge che non dispongono alcun divieto di deroga *in peius* del trattamento sanzionatorio. Sul piano del merito, il quadro è aggravato dall'apoditticità delle affermazioni ministeriali, le quali non richiamano alcun principio o regola a sostegno della scelta ermeneutica. Si può ipotizzare che il Dicastero abbia inteso riferirsi al *favor rei*, principio penalistico discendente dalla disciplina della legge posteriore più favorevole al reo di cui all'articolo 2 c.p. Bisogna, però, osservare che l'estensibilità al diritto sanzionatorio amministrativo di tale canone non è scontata; anzi, essa è esclusa dalla giurisprudenza e da buona parte della dottrina ⁽⁷⁰⁾. In questo

⁽⁶⁹⁾ Cfr. G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, inserto di DPL, 2005, n. 21, svolge un'articolata disamina sui rapporti tra legge e contrattazione collettiva in materia di orario di lavoro. In particolare, l'A. pone l'accento sulle improprie ed a volte palesemente illegittime, soprattutto in relazione alla normativa comunitaria ed alla Costituzione, formulazioni delle clausole dei contratti collettivi esaminati.

⁽⁷⁰⁾ Tra le altre, C. cost. ord. 15 luglio 2003, n. 245, e C. cost. ord. 28 novembre 2002, n. 501; Cass. 25 giugno 2009, n. 14959; C. Stato 3 giugno 2010, n. 3497; Cass., sez. un., 12 aprile 2012, n. 5756. La Corte costituzionale ha recentemente ribadito tale orientamento nella sentenza 20 luglio 2016, n. 193 (per un commento alla pronuncia cfr. M. GALDI, *La*

contesto, si afferma comunemente che la disciplina del trattamento posteriore più favorevole al trasgressore non si applica alle sanzioni amministrative in virtù dell'articolo 1 della legge n. 689/1981. Quest'ultimo stabilisce il principio di stretta legalità, già proprio dell'articolo 14 delle preleggi, secondo il quale deve applicarsi la legge – sia essa più o meno favorevole di quella successiva – vigente al momento della commissione del fatto (*tempus regit actum*). In ogni caso, il principio richiamato sarebbe applicabile, a tutto concedere, in caso di incertezza ermeneutica in relazione ad un testo lacunoso o oscuro (*in dubio pro reo*), condizione che nel caso di specie non sussiste, giacché le disposizioni che rinviano alle deroghe contrattuali – almeno per il profilo qui in discussione – non creano dubbi sulla loro interpretazione ed applicazione.

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

La prima notazione è di tipo letterale: la legge non stabilisce, né nelle singole fattispecie né, tantomeno, in via generale, l'applicazione delle clausole contrattuali solo se più favorevoli al trasgressore. Anzi, come si osserverà a breve in merito all'articolo 5, comma 4, del decreto legislativo n. 66/2003, essa ammette espressamente l'eventualità di una deroga peggiorativa ad opera dell'autonomia collettiva.

La seconda è di ordine logico-sistematico: se, come si sostiene in questa sede, quello della contrattazione collettiva è un intervento di autonomia in funzione di sussidiarietà nell'impianto legislativo-sanzionatorio, allora tale atto comporta tutte le conseguenti responsabilità che ne derivano. È noto infatti che qualunque atto espressione di autonomia implica, ad un tempo, libertà e responsabilità. In questo contesto concettuale, il principio del *favor rei*, anche ove fosse ritenuto applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo, non avrebbe alcun ruolo da svolgere in quanto riferito ad un quadro dominato dalla fonte eteronoma, quale non è quello che si sta esaminando. In definitiva, applicare il contratto solo se più favorevole all'autore delle vio-

Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193, in AIC – Osservatorio Costituzionale, 2016, n. 3); in ragione di tale pronuncia dovrebbe oramai essere definitivamente acquisita l'estraneità del principio del favor rei all'ordinamento sanzionatorio amministrativo. Peraltro, in dottrina si è sviluppato un intenso dibattito sulla perdurante vigenza della regola del tempus regit actum nel campo delle sanzioni amministrative: cfr., tra gli altri, P. CHIRULLI, L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza, ivi, 2014, n. 2; P. PROVENZANO, La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative, in RIDPC, 2012, n. 5, 877 ss.

lazioni non sarebbe rispondente alla logica della sussidiarietà e dell'autonomia, ma a quella di uno Stato paternalistico.

Ma è soprattutto un ulteriore argomento di ordine logico-giuridico ad escludere la correttezza della tesi ministeriale: se le clausole contrattuali fossero davvero assimilabili alle esimenti, allora nelle ipotesi in cui siano violate le prescrizioni poste da queste – ad esempio un limite contrattuale che sostituisce quello legale – si riscontrerebbe la non comune contraddizione sistematica di applicare sanzioni amministrative per la violazione di una causa di non punibilità. Se, invece, si intendesse la clausola contrattuale come esimente solo nelle ipotesi in cui l'agente non osservi la disposizione di legge derogata, e come precetto quando ad essere violata sia la stessa clausola, emergerebbe l'evidente non-senso logico e giuridico di un istituto che muta la sua natura in relazione al comportamento dei destinatari. In definitiva, si è in presenza di un vero e proprio intervento “correttivo” della legge ad opera della prassi amministrativa, che crea seri problemi di compatibilità con l'esaminato principio di riserva di legge.

Inoltre, vi è un argomento di ordine positivo, in materia di orario di lavoro, che smentisce l'ipotizzabilità della vigenza del *favor rei*. Si deve fare riferimento al comma 4 dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 66/2003, che dispone l'ampia ed indefinita derogabilità («Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi»), ad opera della contrattazione collettiva, di una serie di ipotesi scriminanti in tema di ricorso al lavoro straordinario. In altri termini, come rammenta lo stesso Ministero nella circolare n. 8/2005 citata, la legge consente all'autonomia collettiva di escludere, in tutto o in parte, l'operatività delle esimenti di cui alla disposizione citata e, quindi, di derogare *in peius* alla legge sotto il profilo sanzionatorio.

I dubbi espressi non vengono meno in virtù di successive prese di posizione dell'amministrazione del lavoro. Invero, nella circolare n. 18/2014, in tema di contratti a termine, il Ministero ha semplicemente affermato che la sanzione amministrativa prevista per il superamento del limite quantitativo per l'utilizzo di tali contratti si applica anche nel caso di violazione del limite contrattuale. In tale documento di prassi non vi è alcun cenno alla funzione “scriminante” delle clausole contrattuali, né all'applicazione “ovvia” del solo limite legale ai fini sanzionatori. Sicché, rimane l'incertezza se la condotta del datore che violi anche l'eventuale limite contrattuale inferiore a quello di legge debba, o meno, essere sottoposta a trattamento punitivo. Il difetto di coordinamento tra i due interventi ministeriali crea evidenti criticità ermeneutico-applicative, perché delle due l'una: o si ritiene che la successiva circolare abbia superato la precedente impostazione, ed allora la clausola contrattuale può sempre modificare anche *in peius* il precetto di legge, oppure si

deve ritenere estensibile l'assunto della circolare n. 8/2005 anche al regime sanzionatorio del novellato contratto a termine e punire il superamento del solo limite legale o di quello superiore contrattuale. Certamente è da escludere, per evidente contrasto con il principio di eguaglianza e di ragionevolezza *ex* articolo 3 Cost., l'ipotizzabilità di un trattamento differenziato delle ipotesi sanzionatorie previste per i tempi di lavoro rispetto a quella del tempo determinato.

Deve osservarsi che la questione segnalata riveste notevole rilevanza pratica, posto che la contrattazione collettiva delle varie categorie prevede spesso limiti di contingentamento che derogano verso il basso il limite legale (ad esempio il CCNL Tessili e abbigliamento prevede – a fronte del limite legale del 20% – il limite del 10% dei lavoratori a tempo indeterminato per le aziende fino a 70 dipendenti; ed addirittura il 5% per le aziende con oltre 70 dipendenti).

16. L'inammissibilità sistematica delle clausole “interdittive”

Altra ipotesi problematica attiene alla possibilità che la legge affidi alla contrattazione collettiva l'operatività della fattispecie sanzionatoria. In altri termini, posto un precetto legislativo che consenta la deroga negoziale, ci si deve chiedere se questa possa estendersi sino al punto da far venire meno la applicabilità del medesimo precetto e, conseguentemente, della sanzione. Si tratta della fattispecie che la dottrina ha denominato “contrattazione interdittiva” ⁽⁷¹⁾. Riprendendo l'esempio del contratto a termine, si pensi all'ipotesi in cui un contratto collettivo preveda la libertà di stipula senza alcun limite percentuale di contingentamento, o escluda esplicitamente la applicabilità del limite in questione. La risposta negativa discende dalla considerazione che, in tal caso, si rimetterebbe surrettiziamente all'atto di autonomia la valutazione dell'antigiuridicità del comportamento vietato, con evidente violazione del principio di riserva di legge. Infatti, solo il legislatore, operando una valutazione di interesse pubblico, può stabilire quali comportamenti, in quanto ritenuti antisociali, debbano essere assoggettati a misure punitive. Ovviamente, nessun atto di autonomia può compiere tali valutazioni. Sicché, si deve concludere che tanto nel caso della mancata previsione, quanto in quello dell'esclusione espressa va ritenuta applicabile la misura legale.

⁽⁷¹⁾ A. MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi: l'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, tomo I, 482. Cfr. cap. I, § 2.

Ricorre tale criticità, in materia penale, nell'ipotesi di cui al combinato disposto degli articoli 11 e 18, commi 4 e 4-*bis*, del decreto legislativo n. 276/2003, che dispone il divieto ai soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro di percepire compensi dal lavoratore. Tale divieto può essere derogato dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati. Ove un contratto contempli effettivamente tale deroga, non si applicherebbero le sanzioni penali previste dall'articolo 18, commi 4 e 4-*bis*. Per quanto sopra precisato, tali disposizioni vanno ritenute costituzionalmente illegittime per violazione, quantomeno, degli articoli 25, secondo comma, e 3 Cost. Ancor meno giustificata costituzionalmente sarebbe una simile deroga contenuta nella contrattazione di prossimità. L'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 consente alla contrattazione di prossimità di intervenire in più settori presidiati da sanzioni amministrative, tra i quali la disciplina dei tempi di lavoro e dei riposi, il contratto a termine, il contratto di somministrazione. Invero, ove si ritenga che la legge consente all'accordo di prossimità di derogare *in toto* ad un precetto sanzionato in via amministrativa, in modo cioè da rendere inoperativa, nel contesto territoriale o aziendale di applicazione dell'accordo, la sanzione pur prevista dalla legge, si aprirebbe la strada dell'illegittimità costituzionale dell'articolo 8 per contrasto con le disposizioni citate. A ben vedere, tuttavia, non si tratterebbe di deroga, bensì di sospensione, nel contesto di riferimento, di una legge che continuerebbe ad applicarsi nella restante generalità dei casi.

17. La punibilità del datore di lavoro che applichi clausole negoziali invalide

Bisogna affrontare un'ulteriore questione sollevata in dottrina, la quale attiene alla punibilità del datore di lavoro che abbia applicato una clausola contrattuale accertata come invalida ⁽⁷²⁾. In tale ipotesi, invero, si “riespande” il disposto legislativo derogato dall'autonomia, con la conseguenza che devono essere irrogate sanzioni che altrimenti, in caso di validità del contratto, sarebbero rimaste inoperative. L'eventualità è di non improbabile verificazione pratica nelle fattispecie in cui la legge sottopone il contratto a particolari requisiti, condizioni, limiti; si pensi, per esemplificare, alla con-

⁽⁷²⁾ Cfr. G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e “creatività”*, cit.

trattazione di prossimità laddove, come osservato, l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 pone diversi requisiti di legittimità dell'accordo.

Per affrontare il problema è necessario esaminare il disposto dell'articolo 3 della legge n. 689/1981, che disciplina l'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo. La disposizione stabilisce, com'è noto, che nelle violazioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa (comma 1). Il secondo comma aggiunge che l'agente non risponde in caso di errore incolpevole sul fatto.

È pacifico che, al fine di integrare l'elemento soggettivo nell'illecito amministrativo, non sia necessario il dolo – come in campo penale – ma sia sufficiente la colpa. Come la migliore dottrina penalistica ha osservato, il comma 2 dell'articolo 3 distingue implicitamente tra errore sul fatto ed errore sul precetto ⁽⁷³⁾. Il primo è determinato da un errore di fatto oppure da un errore su legge diversa da quella che configura l'illecito; tale errore, se incolpevole, esclude la responsabilità dell'agente. Il secondo deriva da errore sulla legge che configura l'illecito; esso non esclude la responsabilità del trasgressore, in applicazione dell'antico brocardo *ignorantia legis non excusat*.

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

Posto ciò, in linea di principio, è ancora necessario verificare se l'errore sul precetto in esame sia evitabile con l'ordinaria diligenza, e come tale irrilevante, oppure inevitabile secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 364/1988 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 5 c.p. La giurisprudenza ha stabilito che è inevitabile l'ignoranza sul precetto laddove sia stata indotta da un elemento positivo, estraneo alla condotta dell'agente, idoneo a determinare un errore scu-

⁽⁷³⁾ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 1008.

sabile ⁽⁷⁴⁾. Inoltre, l'apprezzamento dell'inevitabilità dell'ignoranza del precepto violato va effettuato alla luce della conoscenza e dell'obbligo di conoscenza delle leggi che grava sull'agente, in relazione alla sua attività professionale, al suo dovere di informazione sulle norme, sull'interpretazione che di esse è data, che specificamente disciplinano l'attività che egli svolge ⁽⁷⁵⁾.

Sulla base di tale orientamento giurisprudenziale, è certamente da escludere che l'eventuale contratto aziendale invalido – di prossimità o meno – possa costituire l'elemento positivo di esclusione della responsabilità, per il semplice motivo che il datore di lavoro ha concorso a determinarlo e non è, quindi, estraneo alla sua condotta. Ne deriva che la stipula, e la successiva applicazione, di un invalido contratto di livello aziendale non esime da responsabilità il datore di lavoro, perché questi ha contribuito, quantomeno con colpa, a tale invalidità. Invece, il contratto nazionale, o territoriale, potrebbe costituire l'elemento in questione se, ed in quanto, a tale negoziazione il datore interessato sia rimasto estraneo. Nondimeno, come correttamente osservato in dottrina, qui occorre verificare se il titolare aziendale sia un *quisque de populo* al quale è richiesta un'ordinaria conoscenza, ovvero se sia un agente qualificato dal quale possa pretendersi un obbligo di conoscenza specifico in ordine alle norme che disciplinano il relativo settore di attività. In altri termini, bisogna chiedersi se il datore di lavoro che decida di applicare un contratto collettivo sia gravato dell'onere non solo di conoscere le clausole, ma anche di apprezzarne gli eventuali profili di illegittimità, per le conseguenze sfavorevoli che potrebbe ricavarne. Sembra di poter dire che sul datore di lavoro, in quanto agente qualificato sul piano dell'attività produttiva svolta, gravi un onere di diligenza nel senso di esaminare attentamente, prima di applicarle, le clausole contrattuali così da evitare difformità delle stesse rispetto ai vincoli comunitari, costituzionali e normativo-primari. Non si può negare, infatti, che i contenuti del contratto collettivo, che liberamente si è scelto di applicare, costituiscono parte importante dell'attività produttiva dell'imprenditore. Ne deriva che, per il principio di autoresponsabilità, l'applicazione di un contratto illegittimo non può costituire idonea causa di esenzione da pena. Naturalmente, l'agente va invece scusato nelle ipotesi oggettivamente dubbie, tali da determinare, anche potenzialmente, gravi contrasti interpretativi sulla contrarietà della clausola contrattuale rispetto ai suoi parametri di legittimità.

In ogni caso, va detto che, per costante orientamento pretorio, nel sistema dell'illecito amministrativo la colpa si presume, e chi invoca l'errore è onera-

⁽⁷⁴⁾ Tra le altre, Cass. 14 marzo 2007, n. 5894; Cass. 12 maggio 2006, n. 11012.

⁽⁷⁵⁾ Cass. 22 novembre 2006, n. 24803.

to della relativa prova ⁽⁷⁶⁾. Sicché, in sede ispettiva la questione non presenta particolare rilevanza, poiché il personale di vigilanza non è tenuto ad accertare l'elemento soggettivo, salvo che la medesima venga posta dall'interessato; in tal caso, è da ritenere che l'organo accertatore debba valutare la sussistenza della colpevolezza dell'agente, come discende dalla regola pretoria menzionata. Ovviamente, la problematica ha rilievo in sede contenziosa, sia amministrativa che giurisdizionale, ove venga sollevata dall'interessato.

⁽⁷⁶⁾ Cass. 19 gennaio 2000, n. 536.

CAPITOLO III

LE SINGOLE FATTISPECIE SANZIONATORIE “DELEGIFICATE”

1. Premessa: necessità di una trattazione di “parte speciale”

L'analisi del modello integrativo legge-contrattazione collettiva richiede la trattazione delle principali violazioni amministrative in cui è previsto il concorso delle fonti suddette. L'illustrazione delle singole fattispecie sanzionatorie è utile, anzi è necessaria, per comprendere il modello generale di integrazione funzionale tra legge e trattazione collettiva, poiché è dalle concrete caratteristiche delle prime che è possibile realizzare il processo di astrazione che conduce al secondo. In proposito, si può profilare una comparazione con il diritto penale, laddove si concorda che lo studio della parte speciale, relativa alle singole figure di reato, è funzionale alla comprensione della parte generale, relativa alle regole ed ai principi applicabili all'intero sistema. Nello studio del presente modello, l'analisi delle varie fattispecie si rivela ancora più necessaria che nel sistema penale, giacché nel nostro caso non esistono regole codificate del paradigma generale. Sicché, le singole fattispecie, più che rappresentare contributi necessari alla comprensione del fenomeno, si possono ritenere elementi direttamente costitutivi del sistema. Non è superflua, in proposito, l'avvertenza che la disamina sarà limitata al rapporto tra le due fonti della disciplina sanzionatoria, poiché obiettivo del presente studio è l'analisi del modello integrativo funzionale nel sistema sanzionatorio. Pertanto, non saranno analizzate in dettaglio le varie figure di illecito, nei loro molteplici profili problematici, ma solo le questioni che attingono al suddetto rapporto tra legge e trattazione collettiva e alle modalità attraverso cui l'autonomia collettiva incide sul trattamento sanzionatorio. Si vedrà che tali modalità sono condizionate non solo dall'astratto schema normativo che prevede l'integrazione, ma anche dagli strumenti accertativi di cui l'organo ispettivo dispone ai fini dell'esercizio del proprio potere di verificare la corretta applicazione della trattazione collettiva.

2. L'articolo 509 c.p.: l'inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro

L'articolo 509 c.p. costituisce il prototipo del modello integrativo tra legge e contrattazione nel diritto sanzionatorio. Esso, sotto la rubrica *Inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro*, dispone: «Il datore di lavoro o il lavoratore, il quale non adempie gli obblighi che gli derivano da un contratto collettivo (o dalle norme emanate dagli organi corporativi), è punito con la sanzione amministrativa da euro 103 a euro 516». Ovviamente, la disposizione non interessa in sé, anche in considerazione della sua pressoché nulla portata applicativa – essa si riferisce solo ai tuttora vigenti contratti corporativi di cui all'ordinamento fascista ⁽¹⁾ –, bensì per il suo rilievo paradigmatico di costruzione di una fattispecie sanzionatoria attraverso un precetto previsto esclusivamente dalla contrattazione collettiva. È evidente, infatti, come il trasgressore sia punito per la violazione di un comportamento contemplato in un contratto collettivo, mentre la legge non svolge alcuna funzione suppletiva. Sicché, l'intervento della contrattazione collettiva si rivela indispensabile alla sussistenza in concreto ed alla operatività della fattispecie. Come osservato da giurisprudenza risalente, trattasi di una norma penale in bianco, applicabile soltanto se ed in quanto esistano obblighi derivanti da un contratto collettivo, le cui prescrizioni sono integrative della norma penale suddetta ⁽²⁾.

La Corte costituzionale ha precisato che tale norma si sottrae al conflitto con l'articolo 39 Cost., giacché ragione e fondamento della norma penale contenuta nel citato articolo 509, primo comma, sono non già la tutela dell'ordine corporativo ma il processo formativo dei contratti collettivi allora stipulati e soprattutto la loro efficacia cogente nei confronti di tutti gli appartenenti alle categorie rappresentate dalle organizzazioni sindacali partecipanti alla stipulazione ⁽³⁾. Si ha cioè riguardo alla imperatività e alla inderogabilità dei contratti stessi e all'interesse collettivo collegato alla loro attuazione. Ne consegue, secondo la Corte, che la disposizione dell'articolo 43 del decreto legislativo luogotenenziale 23 novembre 1944, n. 369, sancendo la conservazione dei contratti collettivi formati prima della soppressione dell'ordinamento corporativo, porta come effetto la sopravvivenza della norma penale diretta a garantire la osservanza dei contratti stessi. I giudici aggiungono che anche secondo l'articolo 39 Cost. i contratti collettivi e la

⁽¹⁾ Cfr. circ. Min. lav. n. 161/1995.

⁽²⁾ Cass. n. 123/1964.

⁽³⁾ Sentenza 17 aprile 1957, n. 55.

loro efficacia *erga omnes* sono considerati come lo strumento più idoneo a comporre i conflitti di interessi fra imprenditori e prestatori d’opera. Nonostante l’avallo del giudice delle leggi, la maggiore criticità dell’articolo 509 c.p. deriva dal suo rapporto con i principi di riserva di legge e di tassatività, giacché la disposizione opera un rinvio in bianco all’autonomia collettiva e limita il ruolo della legge alla mera funzione autorizzatoria dell’autonomia collettiva (cfr. cap. II, § 7). Resta la scarsa portata pratica della questione, atteso che l’ambito di operatività della norma è ormai del tutto prossimo all’irrilevanza.

3. La violazione degli obblighi di osservanza dei minimi inderogabili (legge n. 741/1959)

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

Sanzionando il comportamento del datore di lavoro che non osserva «le norme giuridiche aventi forza di legge» che recepiscono i minimi previsti dai contratti collettivi, la fattispecie prevede indirettamente la violazione delle clausole contrattuali collettive contenenti tali minimi. Sicché, la riserva di legge è solo formalmente rispettata, ma nella sostanza è violata, poiché i numerosi decreti governativi che attuarono la disposizione di cui all’articolo 1 della legge n. 741/1959 si limitarono a recepire i trattamenti previsti nei testi contrattuali. Del resto, tale normativa si poneva in contrasto palese con l’articolo 39 Cost., seconda parte, ma fu dichiarata legittima dalla Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 106/1962, che confermò la violazione della disposizione costituzionale, pur non espungendo la norma censurata dall’ordinamento in virtù della sua natura «transitoria, provvisoria ed eccezionale».

Nella pratica, una delle rare ipotesi di applicazione della fattispecie è quella del mancato accantonamento degli emolumenti relativi alle ferie, gratifica natalizia e all'anzianità, nonché interventi prevenzionistici, sanitari e formativi presso le Casse edili, in quanto tale obbligo era stato previsto dal CCNL per gli addetti delle piccole e medie industrie edili e affini, reso efficace *erga omnes* dalla legge n. 741/1959. ⁽⁴⁾.

4. I tempi di lavoro (decreto legislativo n. 66/2003)

4.1. Generalità

Quella dei tempi di lavoro costituisce la materia nella quale il legislatore, relativamente alle figure di illecito amministrativo, ha fatto maggiore ricorso alla tecnica di integrazione tra legge e contrattazione collettiva ⁽⁵⁾. Questo ruolo privilegiato si spiega con ragioni storiche, essendo ampiamente noto che l'orario di lavoro, insieme al salario, costituisce la materia tipica di contrattazione sindacale sin dagli albori delle relazioni industriali ⁽⁶⁾.

Una condivisibile dottrina ritiene che i rinvii formulati dalla legge alla contrattazione collettiva siano destinati ad operare esclusivamente nei confronti degli iscritti ai sindacati stipulanti ed a coloro che accettino consensualmente la loro applicazione; per gli altri lavoratori si dovrebbe far riferimento alle sole norme di legge ⁽⁷⁾. La contraria opinione, secondo cui il richiamo legislativo ai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati nominati dall'articolo 1, comma 2, lettera *m*, del decreto legislativo n. 66/2003 equivarrebbe al rico-

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 2005, n. 1327.

⁽⁵⁾ P. DARIOLI, *L'orario di lavoro: orario normale e orario massimo di lavoro*, DPL Modena, 2010, in www.dplmodena.it, offre una completa ricostruzione, in chiave diacronica e sincronica, della disciplina in materia di orario di lavoro, anche riguardo ai profili della vigilanza ispettivi e sanzionatori. Sulle modalità di vigilanza ispettiva in materia di orario di lavoro P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa, 2016, 356 ss., evidenzia che l'organo accertatore deve assumere tutte le informazioni che si attagliano al caso concreto dell'azienda da sottoporre a verifica, con particolare riferimento anche alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, adottata presso l'azienda medesima. Tale informazione è pregiudiziale rispetto all'accertamento del puntuale rispetto della disciplina nella materia *de qua*, ove si realizza una stretta integrazione tra legge e contrattazione collettiva.

⁽⁶⁾ Per un'analisi storica delle relazioni industriali cfr. S. MUSSO, *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*, Marsilio, 2011.

⁽⁷⁾ S. BELLOMO, *Artt. 2107-2109*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Volume I. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2007, 724.

noscimento dell’efficacia soggettiva generalizzata degli stessi contratti ⁽⁸⁾, suscita in effetti notevoli perplessità in relazione all’articolo 39 Cost. Tuttavia, è stato già osservato che in diritto sanzionatorio la questione rileva limitatamente alla posizione dei datori di lavoro, i soli destinatari delle sanzioni irrogate in conseguenza di precetti legislativi derogati dall’autonomia collettiva (cap. II, § 9.2).

In ordine alla possibilità di deroga, è stato osservato che la disciplina sui tempi di lavoro di cui al decreto legislativo n. 66/2003 ha autorizzato il contratto collettivo non solo all’integrazione ed alla modifica della fonte primaria, ma anche alla sua sostituzione ⁽⁹⁾. Ne potrebbe derivare, secondo questo orientamento, un effetto inedito, cioè quello di un’attuazione del rinvio all’autonomia collettiva che paralizza l’operatività della stessa legge che dispone il rinvio, come nel caso dell’articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 66/2003, che affida alla contrattazione, in assenza di un tetto legale, di stabilire la durata massima settimanale dell’orario di lavoro e delle eccezioni al riposo settimanale di cui all’articolo 9, comma 2. Quindi, si sarebbe passati da una legislazione che consentiva alla contrattazione collettiva di temperare le rigidità della norma primaria, ad una che consente di vanificare le innovazioni introdotte dal legislatore.

Sul problema dell’attuazione da parte della contrattazione collettiva delle deleghe legislative, è stato condivisibilmente affermato che ove i contratti collettivi qualificati ai sensi dell’articolo 17, decreto legislativo n. 66/2003, si avvalgano della facoltà di deroga offerta dalla norma, senza però dettare clausole dirette a specificare i profili previsti, spetta agli interpreti il compito di valutare se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate rispetto alle finalità di tutela della salute perseguite sia dalla disciplina comunitaria, sia dalla legislazione interna che ne costituisce attuazione ⁽¹⁰⁾. Un’analoga valutazione dovrà essere compiuta anche qualora la deroga negoziale contenga specifiche previsioni in merito agli aspetti sopra menzionati; e, in questo caso, il giudizio di adeguatezza sarà compiuto prendendo in considerazione direttamente la clausola collettiva. Una simile valutazione non potrà, inoltre, prescindere da quanto precisato in proposito dalla Corte di giustizia, nella causa C-151/02, c.d. *Jaeger*. Secondo la Corte, infatti, affin-

⁽⁸⁾ Cfr. A. TREMOLADA, *Commento all’art. 1, primo comma*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell’orario di lavoro. Commentario al D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, 2003.

⁽⁹⁾ A. MARESCA, *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell’autonomia sindacale*, in AA.VV., *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, Bancaria, 2005, 41 ss.

⁽¹⁰⁾ V. LECCESE, *La disciplina dell’orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2006, n. 40, 50.

ché sia rispettato l'obiettivo della direttiva 93/104/CE di proteggere in modo efficace la sicurezza e la salute dei lavoratori, i riposi compensativi «devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o di sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodi di lavoro consecutivi». Insomma, l'eventuale riduzione del riposo deve essere compensata con riposi «costituiti da un numero di ore consecutive corrispondenti alla riduzione praticata e di cui il lavoratore deve beneficiare prima di cominciare il periodo lavorativo seguente». Solo in circostanze del tutto eccezionali – cioè quando la concessione di equivalenti periodi di riposo compensativo non sia possibile per ragioni oggettive –, infatti, la direttiva consente un'ulteriore riduzione della tutela, prescrivendo comunque che al lavoratore sia concessa una “protezione appropriata”. Secondo la dottrina menzionata, si può ritenere che tale protezione debba comunque tradursi quantomeno nella garanzia di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che i lavoratori, a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine, cioè di quel riposo adeguato che, a seguito delle modifiche apportate dalla direttiva 2000/34/CE, il legislatore comunitario intende assicurare persino a lavoratori ai quali talune disposizioni protettive neppure si applicano, come i lavoratori mobili e i lavoratori a bordo di navi da pesca.

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

In tutti i casi in cui la clausola collettiva sia da ritenere invalida, per le cause menzionate, la conseguenza da trarre nell'ambito dell'oggetto del presente studio è che il personale ispettivo deve “disapplicare” la disciplina pattizia e, pertanto, applicare il precetto legislativo ai fini dell'irrogazione delle sanzioni previste.

Con riferimento al rapporto tra la disciplina dell'orario di lavoro di cui al decreto legislativo n. 66/2003 e l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2001, si distingue – in seno al decreto legislativo n. 66/2003 – tra rinvii alla contrattazione collettiva “qualificati”, che specificano il livello contrattuale, e rinvii

“non qualificati”, che invece non lo fanno ⁽¹¹⁾. Secondo questa ricostruzione, l’articolo 8 contribuisce a risolvere talune criticità interpretative. Una riguarda l’individuazione del livello contrattuale legittimato ad intervenire in caso di rinvio non qualificato; in tal caso, l’articolo 8 dovrebbe definire la questione nel senso – già peraltro sostenuto dalla dottrina dominante prima dell’articolo 8 – della derogabilità, anche ad opera della contrattazione decentrata, sia della legge che del contratto nazionale. Per i rinvii qualificati al livello nazionale, questo indirizzo ritiene prevalente l’articolo 8, con la conseguenza del possibile intervento di qualsiasi livello contrattuale anche per le ipotesi che il decreto legislativo n. 66/2003 riserva alla contrattazione nazionale.

Premesso quanto sopra in merito agli orientamenti della dottrina, una notazione generale s’impone: il sistema sanzionatorio dei tempi lavorativi è strutturato attraverso la discutibile tecnica del rinvio in bianco da parte della disposizione sanzionatoria a quella precettiva, che già di per sé pone notevoli problemi di lettura della complessiva fattispecie illecita così determinata. Detta tecnica, infatti, rende spesso incerta l’esatta individuazione del precetto, nella misura in cui il rinvio è operato in maniera generica ed indeterminata. Ad esempio si applica la sanzione X per la violazione dell’articolo Y, laddove se quest’ultimo contempla – come non di rado accade – una pluralità di comportamenti, si pone il costante dubbio se il legislatore abbia inteso riferirsi a tutti o soltanto ad alcuni di essi. Ad appesantire il quadro sono le numerose deroghe, esclusioni e rinvii alla contrattazione collettiva, disseminati in buona parte del *corpus* normativo del decreto legislativo n. 66/2003. Per di più, la disciplina è stata oggetto, in un periodo di poco superiore al decennio, di ben quattro interventi riformatori. In ragione di ciò, l’interprete è costretto ad una davvero complicata opera di ricostruzione della fattispecie sanzionatoria da applicare nel caso concreto, che si aggrava ulteriormente allorquando si tratta di ricercare la disciplina *ratione temporis* applicabile ex articolo 1 della legge n. 689/1981. Da tutto ciò si ricava che talvolta il comportamento vietato non è sempre chiaramente conoscibile, con la conseguente configurazione di altrettante norme sanzionatorie “in bianco”, e, quindi, non lievi questioni di tassatività delle fattispecie.

Ancora sul piano generale, deve rilevarsi che l’articolo 1, comma 2, lettera *m*, del decreto legislativo n. 66/2003 definisce i contratti collettivi richiamati nel *corpus* normativo come i «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative». Un proble-

⁽¹¹⁾ G. BOLEGO, *Consenso e dissenso nella struttura della contrattazione collettiva sull’orario di lavoro*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, 296 ss.

ma che la definizione pone riguarda l'omesso riferimento ai livelli di contrattazione: l'interrogativo emergente afferisce alla possibilità che la definizione ricomprenda, oltre che la contrattazione nazionale, anche quella di secondo livello, territoriale e/o aziendale. La dottrina maggioritaria propende per la soluzione estensiva ed anche il Ministero del lavoro ha aderito a questa impostazione ⁽¹²⁾. Prescindendo da ulteriori considerazioni, sul piano sistematico la vigenza dell'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, indicante anche la materia dell'orario di lavoro tra quelle del proprio ambito di applicazione, rende necessitata la risposta estensiva. Sicché, l'articolo 8 consente di ritenere che ormai tutta la disciplina dell'orario di lavoro, ivi comprese le fattispecie sanzionatorie, è derogabile da contratti di prossimità, siano essi territoriali o aziendali. Nondimeno, tale considerazione non è sufficiente ad esaurire la portata dell'articolo 8 sulla normativa dei tempi di lavoro; invero, al contrario dei rinvii alla contrattazione collettiva previsti dal decreto legislativo n. 66/2003, detta disposizione – riferendosi genericamente alla disciplina dell'orario di lavoro – non pone limiti di alcun tipo alle clausole negoziali. Di conseguenza essa, per i livelli contrattuali decentrati, sembra svuotare di significato le norme del decreto legislativo n. 66/2003, le quali dispongono rinvii alla fonte autonoma circoscrivendone l'ambito di operatività. Bisogna, è vero, considerare che la contrattazione di prossimità è a monte soggetta a limiti e condizioni e che, quindi, l'area di applicabilità di quest'ultima può non coincidere con quella di un patto collettivo di secondo livello che ad essa non si richiama. Tuttavia, si è da più parti osservato in sede ermeneutica (*supra*, cap. I, § 12), che tali restrizioni sono più teoriche che reali, essendo quelle per materia riferibili praticamente a quasi tutto il diritto del lavoro, quelle ordinamentali ampiamente scontate al limite della superfluità, ed infine quelle teleologiche così ampie da sconfinare anch'esse nell'area delle pure astrazioni. Sicché, se tale ragionamento è fondato, oggi qualunque contrattazione di secondo livello potrebbe, in pratica, essere ricondotta all'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, salvo espressa esclusione delle parti stipulanti ⁽¹³⁾. Bisogna comunque registrare che tale conclusione non è pacifica in dottrina, giacché secondo altro orientamento sussisterebbe la facoltà di scelta della contrattazione aziendale tra la norma speciale che prevede la possibilità di stipula di un contratto di secondo livello – con conseguente applicazione del tradizionale orientamento della giurisprudenza, che afferma

⁽¹²⁾ Circ. Min. lav. n. 8/2005.

⁽¹³⁾ A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2013, n. 4.

l’equiparazione delle pattuizioni nazionali e decentrate – e l’articolo 8, con le opportunità ed i vincoli in esso previsti ⁽¹⁴⁾.

La contrattazione di prossimità, com’è noto, può derogare anche alla contrattazione nazionale: ne consegue che, in tema di orario di lavoro, è ben possibile che essa deroghi, a sua volta, alle deroghe nazionali. In argomento, come già rilevato (cap. I, § 12), parte della dottrina ha individuato una criticità, giacché mentre le deroghe del contratto nazionale hanno efficacia soggettiva di diritto comune, quelle di prossimità hanno efficacia *erga omnes* con riferimento ai lavoratori. Ne deriva una situazione per cui le deroghe del livello nazionale, che si applicano *inter partes*, sono sostituite da clausole derogatorie che, invece, si applicano nei confronti di tutti i dipendenti del livello decentrato interessato, con inevitabile profilo di contrasto con l’articolo 39, seconda parte, Cost. Tuttavia, nel diritto sanzionatorio tale questione non rileva, posto che, come già osservato (cap. II, § 9.2), non si pone un vero e proprio problema di efficacia soggettiva generale nei confronti dei prestatori, riguardando tale efficacia esclusivamente l’applicazione delle sanzioni al datore di lavoro, cosicché la sfera giuridica dei medesimi resta intatta. Ciò premesso, è necessario ora procedere ad esaminare le figure di illecito che contemplano la compartecipazione del contratto collettivo.

4.2. Superamento del limite massimo dell’orario di lavoro

L’articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 66/2003 dispone: «La durata media dell’orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario». Il comma 3 stabilisce: «Ai fini della disposizione di cui al comma 2, la durata media dell’orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento a un periodo non superiore a quattro mesi». Così il comma 4: «I contratti collettivi di lavoro possono in ogni caso elevare il limite di cui al comma 3 fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all’organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi». L’articolo 18-*bis*, comma 3, prevede una sanzione amministrativa per la violazione dell’obbligo di osservanza della durata media dell’orario di lavoro. In tale ipotesi illecita, si assiste all’ordinario schema dell’integrazione funzionale tra legge e contratto: il contratto collettivo, anche di livello decentrato, svolge una funzione derogatoria del precetto normativo, il quale è applicabile in via sussidiaria, in mancanza della previsione autonoma. Peraltro,

⁽¹⁴⁾ L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 143 ss.

mentre la prima deroga possibile, quella dell'innalzamento del limite fino a sei mesi, è libera («in ogni caso»; ad esempio articolo 119 del CCNL Commercio), l'altra, quella relativa all'elevazione fino a dodici mesi, è condizionata dalla sussistenza delle ragioni obiettive che devono essere specificate nei contratti collettivi.

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

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

Dalle osservazioni svolte derivano rilevanti conseguenze sull'attività ispettiva, giacché l'organo procedente dovrà prescindere dalle clausole contrattuali oggetto di valutazione negativa sulla sussistenza delle ragioni giustificatrici, ed applicare quindi il periodo di quattro mesi stabilito dalla legge, o meglio il

diverso periodo di 6 mesi, come proposto in dottrina sulla base della condivisibile notazione secondo cui l'estensione negoziale del limite legale al semestre è libera da vincoli motivazionali ⁽¹⁵⁾.

Per quanto riguarda l'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011, il contratto di prossimità non può contemplare un periodo di riferimento più lungo dell'anno, né elevare il limite delle 48 ore, che costituiscono, come noto, le cornici comunitarie entro cui sono ammesse le norme nazionali (articoli 16 e 19 della direttiva 2003/88/CE). Ovviamente, possono derogare alle eventuali deroghe contrattuali nazionali alla legge. Restano ferme le considerazioni svolte sul potere ispettivo di verifica della legittimità degli accordi di prossimità (cap. II, § 14).

5. Violazioni concernenti il lavoro straordinario

L'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo n. 66/2003 stabilisce: «In difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le duecentocinquanta ore annuali». Peraltro, il comma 4 dell'articolo 5 ammette le seguenti ipotesi di deroga, che – si badi – possono essere a loro volta derogate dai contratti collettivi:

- nei casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive con impossibilità di fronteggiarle mediante assunzione di altri lavoratori;
- nei casi di forza maggiore o di pericolo grave e immediato o ancora di danno alle persone o alla produzione;
- in occasione di altri eventi particolari (mostre, fiere, manifestazioni ecc.).

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

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e “creatività”*, 7.

tace sul punto, le deroghe sono introducibili da qualunque livello di contrattazione.

La violazione delle disposizioni previste dall'articolo 5, commi 3 e 5, è punita, dall'articolo 18-*bis*, comma 6, con le sanzioni ivi previste per le varie ipotesi considerate. Anche in tal caso, il contratto collettivo opera in funzione derogatoria e la legge in funzione suppletiva («In difetto di disciplina collettiva applicabile», «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi»). La disposizione in esame dimostra quanto sopra sostenuto in merito alle incertezze determinate dalla tecnica normativa del rinvio tra precetto e sanzione. Invero, posto che la legge sanziona indistintamente l'articolo 5, comma 3, si può ritenere che il trattamento punitivo riguardi non solo il limite temporale ivi fissato, ma anche l'ipotesi di imposizione unilaterale dello straordinario da parte del datore, cioè la mancanza dell'accordo prescritto dalla norma⁽¹⁶⁾. Ciò almeno in assenza di previsioni collettive, le quali possono derogare, secondo la dottrina maggioritaria, al vincolo consensuale e legittimare la scelta unilaterale del datore. A titolo esemplificativo, il CCNL Area tessile moda del 3 dicembre 2010, prevede deroghe al principio di volontarietà dello straordinario in ipotesi di manutenzione, fuori servizio di impianti ed inventario, nella quali dunque il datore può imporre le prestazioni *extra*; da segnalare il CCNL di Poste italiane, che prevede il principio dell'obbligatorietà dello straordinario (articolo 31), analogamente al CCNL Metalmeccanici industria, che lo estende anche al lavoro notturno e festivo.

Come già osservato, il Ministero del lavoro con la circolare n. 8/2005 si è posto il problema della sanzionabilità del datore di lavoro che applichi un contratto collettivo contenente un limite inferiore a quello di legge (ad esempio articolo 18 del contratto aziendale Conad, che stabilisce il limite di 150 ore annue per dipendente, analogamente a quello Hewlett Packard Italia, mentre quello Peroni fissa il limite a 120 ore annue *pro capite*); il Dicastero ha stabilito che in tal caso debba applicarsi il limite legale. Viceversa si applica il limite contrattuale, in funzione scriminante, se superiore a quello legale (ad esempio il contratto aziendale Lidl, che prevede un limite annuo di 400 ore per i lavoratori inquadrati nel primo livello). Sul piano operativo, le istruzioni del Ministero, essendo vincolanti per gli organi ispettivi, hanno l'effetto di uniformare il comportamento di questi ultimi verso l'applicazione del limite più favorevole per il datore di lavoro.

Senonché, oltre ai sopra espressi dubbi sulla fondatezza della tesi del Dicastero (cap. II, § 15), l'adozione della fonte di prassi in casi simili determina, in relazione alla certezza del diritto, almeno due ordini di problemi. Uno è

⁽¹⁶⁾ In tal senso, si noti che P. RAUSEI, *op. cit.*, 379 ss., sostiene la riferibilità della sanzione menzionata al solo limite cronologico.

che il personale ispettivo, a rigore, non è tenuto ad eseguire circolari *contra o praeter legem*, sicché l'utilizzo dell'atto di prassi non agevola, in termini di certezza appunto, la tenuta di un sistema governato dal principio di legalità. Peraltro, sul piano pratico è oltremodo raro che il personale ispettivo si discosti dalle istruzioni di una fonte di prassi proveniente da un superiore gerarchico, per “arrischiarsi” nell'applicazione diretta della legge. L'altra problematica è stata già analizzata e consiste nel fatto che, essendo quello del Ministero un intervento ermeneutico, può mutare nel tempo, come sembra essere avvenuto con circolare n. 18/2014 ove, in tema di sanzione amministrativa per il contratto a termine, non si opera alcun riferimento all'applicazione del limite più favorevole per il datore di lavoro.

In merito alle possibili previsioni della contrattazione di prossimità, va notato che sussistono ampi margini di intervento, posto che non esiste una cornice comunitaria di riferimento, non essendosi la direttiva 2003/88/CE occupata del lavoro straordinario. Ad esempio, è possibile una deroga tanto all'obbligo di accordo quanto al limite annuale, quanto infine alle ipotesi scriminanti. Anche in dottrina si è ampiamente sottolineata l'illimitata facoltà di deroga da parte della contrattazione collettiva in tema di lavoro straordinario ⁽¹⁷⁾.

La sanzione si applica anche alla violazione delle norme di cui al comma 5 dell'articolo 5, che contemplano l'obbligo di computare a parte il lavoro straordinario e quello di compensarlo con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi di lavoro; inoltre, è previsto che l'eventuale disciplina collettiva consenta ai lavoratori, in alternativa o in aggiunta alle maggiorazioni retributive, di usufruire di riposi compensativi. In disparte l'ipotesi dell'obbligo di computo separato dello straordinario, in tali casi l'autonomia contrattuale opera sia in funzione di integrazione tecnica necessaria del precetto della figura di illecito, sia in deroga alla legge. Nel primo senso, il precetto è sufficientemente stabilito dalla legge nell'obbligo di retribuire maggiormente il lavoro straordinario rispetto a quello ordinario. Il contratto collettivo deve solo specificare il *quantum*, e non può essere che così in un ordinamento, come il nostro, che demanda all'esclusiva competenza dell'autonomia, collettiva ed individuale, la determinazione della retribuzione dovuta ai prestatori. In proposito, perciò, non si può ritenere l'esistenza di alcuna criticità in relazione al principio di riserva di legge – come invece osservato in uno dei rari contributi dottrinali che si esprimono

⁽¹⁷⁾ R. DEL PUNTA, *La riforma dell'orario di lavoro. D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, inserto di DPL, 2003, n. 22; G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e “creatività”*, 20.

in argomento ⁽¹⁸⁾ –, giacché l'autonomia contrattuale si limita a integrare tecnicamente il precetto, come la giurisprudenza ammette pacificamente ⁽¹⁹⁾. In tal senso, l'obbligo legale della maggiorazione retributiva delle ore di straordinario non è, come tale, derogabile dalla contrattazione, se non alla condizione – posta pur sempre dalla legge – della sua sostituzione con il riposo compensativo.

In relazione alla deroga vera e propria, afferente dunque all'ipotesi della sostituzione contrattuale della maggiorazione retributiva con il riposo compensativo, lo schema è invece quello più ricorrente della legge suppletiva e cedevole, compatibile – come osservato – con il principio di riserva di legge. Naturalmente, ai fini dell'operatività della deroga, non è sufficiente la previsione contrattuale, essendo invece necessario l'effettivo godimento dei riposi compensativi da parte dei lavoratori aventi diritto. Secondo l'orientamento del Ministero del lavoro, invero, la violazione si configura con il mancato riconoscimento del riposo compensativo previsto dal contratto collettivo ⁽²⁰⁾. Ed in effetti tale soluzione è aderente alla *ratio* di tutela del lavoratore cui è ispirata la disposizione. In questo senso, il datore di lavoro andrà esente da sanzione, per non aver accordato ai prestatori maggiorazioni retributive, unicamente ove egli abbia effettivamente concesso i riposi compensativi nei modi e nei tempi previsti nell'accordo collettivo di riferimento.

6. Violazioni riguardanti i riposi dei lavoratori: generalità

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

La maggiore questione generale emergente attiene al principio di tassatività, in relazione alla condizione legale imposta al fine della legittimità della deroga contrattuale per entrambi i tipi di riposo, giornaliero e settimanale (artico-

⁽¹⁸⁾ P. PENNESI, *Orario di lavoro: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *GLav*, 2005, n. 11, 17. Questo orientamento scorge problemi di compatibilità con la riserva di legge in relazione alla fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, laddove è demandata alla contrattazione collettiva direttamente la fissazione del precetto, giacché la legge rinvia all'autonomia contrattuale, e non ad «un atto almeno di natura amministrativa», la misura dell'obbligo di maggiorazione retributiva per il lavoro straordinario.

⁽¹⁹⁾ Tra le altre, Cass. 1° giugno 2010, n. 13344.

⁽²⁰⁾ Circ. Min. lav. n. 8/2005, cit.

lo 17, comma 4, decreto legislativo n. 66/2003). Infatti, per poter derogare alle disposizioni in materia di riposi – ad esempio in relazione alla regola della consecutività: cfr. interpello n. 13/2008 – i datori di lavoro devono accordare ai prestatori periodi equivalenti di riposo compensativo, i quali, secondo la giurisprudenza comunitaria, devono essere immediatamente successivi all’orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o sovraccarico del lavoratore dovuti all’accumulo di periodi di lavoro consecutivi ⁽²¹⁾. Tuttavia, se non possono essere previsti dei periodi di riposo compensativo ai lavoratori interessati – deve trattarsi di «casi eccezionali ed oggettivi» secondo la circolare n. 8/2005 –, la legge prescrive testualmente che sia accordata loro una «protezione appropriata» (articolo 17, comma 4). Non si fatica a scorgere in tale condizione un concetto vago ed indeterminato, per la palese genericità dell’espressione adoperata dal legislatore, che riproduce pedissequamente la corrispondente previsione comunitaria di cui all’articolo 18, terzo comma, della direttiva 2003/88/CE, senza occuparsi di prevedere criteri o modalità per la sua attuazione. Peraltro, la rubrica dell’articolo 18 della direttiva comunitaria, *Deroghe mediante contratto collettivo*, lascia intendere che vi debba essere una previsione contrattuale in tal senso, con la conseguenza che la “protezione” non può essere rimessa alla determinazione unilaterale del datore di lavoro. Tale notazione attenua, ma non elimina, il contrasto della disposizione con il suddetto principio di sufficiente determinazione della fattispecie, giacché si intravedono i tratti di un rinvio “in bianco” all’autonomia collettiva.

Come è stato ben osservato in dottrina, quanto meno i contratti collettivi qualificati ai sensi dell’articolo 17 del decreto legislativo n. 66/2003, avvalendosi della facoltà di deroga offerta dalla norma, prevedono clausole dirette a specificare, sul piano tecnico o organizzativo, i profili summenzionati, tanto più ampi saranno i margini di interpreti ed operatori – tra cui il personale ispettivo – nel valutare se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate, rispetto alle finalità di tutela della salute perseguite sia dalla disciplina comunitaria sia dalla legislazione interna che ne costituisce attuazione ⁽²²⁾. In caso di omessa, o insufficiente, specificazione, dovrà prescindersi dalla deroga contrattuale e ritenere operante la norma di legge supplementiva, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano sanzionatorio. Emerge in siffatta ipotesi, con ogni evidenza, proprio quel rischio consistente nell’ampia discrezionalità dell’interprete chiamato ad applicare la disposi-

⁽²¹⁾ C. giust. 9 settembre 2003, *Landeshauptstadt Kiel c. Norbert Jaeger*, causa C-151/02, richiamata nell’int. Min. lav. n. 36/2009. Cfr. *supra*, § 1.

⁽²²⁾ V. LECCESE, *op. cit.*, 50.

zione, che il principio di determinazione della fattispecie sanzionatoria intende scongiurare.

In questo quadro, è degna di nota la clausola di cui all'articolo 120, ultimo comma, in tema di riposo giornaliero, del CCNL Commercio, laddove si stabilisce che «al fine di garantire la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, le parti convengono che la garanzia di un riposo minimo continuativo di almeno 9 ore rappresenta un'adeguata protezione degli stessi». Tale clausola è posta quale pretesa condizione legittimante, ai sensi dell'articolo 17, comma 4, del decreto legislativo n. 66/2003, delle deroghe al principio della consecutività delle 11 ore di riposo quotidiano (cfr. § 6.1); ebbene, essa sembra confermare, in maniera esemplare, i timori sopra espressi. In sostanza, lungi dallo specificare in cosa dovrebbe consistere, sul piano tecnico od organizzativo, la "protezione appropriata" del lavoratore cui è negato il riposo nella misura legale, la previsione negoziale si limita a riportare una mera opinione delle parti stipulanti, sicché la sua invalidità, o meglio irrilevanza, è evidente. Per di più non si prevedono riposi compensativi, né motivi per i quali questi non possano essere accordati. Si ritiene, pertanto, che il personale ispettivo possa legittimamente prescindere da clausole siffatte e procedere ad adottare le conseguenti misure accertative di illecito.

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

6.1. Riposo giornaliero

L'articolo 7 del decreto legislativo n. 66/2003 stabilisce che il lavoratore ha diritto, ogni ventiquattro ore, a undici ore di riposo consecutivo. Inoltre, il riposo giornaliero deve essere fruito in modo consecutivo, con le eccezioni delle attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità. La sanzione è stabilita dall'articolo 18-*bis*, comma 4, nelle misure previste per le varie ipotesi, graduate secondo la gravità del fatto. Anche in tal caso, per la completa ricostruzione della fattispecie, è necessario individuare il regime delle deroghe contrattuali, contemplate nell'articolo 17, comma 1, dello stesso decreto. I contratti collettivi legittimati sono quelli stipulati, a livello nazionale, con le organizzazioni sindacali

comparativamente più rappresentative. Peraltro, il livello nazionale è richiamato dalla norma solo in linea di principio, giacché, in sua assenza «le deroghe possono essere stabilite nei contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»; naturalmente, a tali deroghe vanno ora aggiunte quelle della contrattazione di prossimità.

Sul piano della struttura, la fattispecie in questione è articolata seguendo il paradigma ordinario del precetto legislativo suscettibile di deroga da parte dell'autonomia collettiva. Ne deriva che non sorgono dubbi sulla sua compatibilità con il principio di legalità. La deroga che può essere attivata dai contratti, anche decentrati, riguarda il principio di consecutività del riposo. Peraltro, si è già osservato che tali deroghe restano subordinate alla condizione che ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata (articolo 17, comma 4). In tale contesto normativo, chiaro nel prevedere le condizioni di validità delle deroghe, stupisce che siano stipulate clausole, come nel contratto aziendale Esselunga del 9 dicembre 2004, che stabiliscono, in maniera generica ed indeterminata, deroghe al principio detto, ignorando la disposizione imperativa di cui al comma 4 dell'articolo 17. Tali deroghe, pertanto, sono da ritenersi senz'altro *tamquam non essent*, con tutte le conseguenze sanzionatorie che ne discendono in caso di violazione della regola della consecutività del riposo.

6.2. Riposo settimanale

Secondo l'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 66/2003 il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo – calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni – di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero. Il comma 2 prevede una serie di eccezioni, tra cui l'esaminata possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre deroghe, dietro il rispetto delle condizioni dei riposi compensativi e della «protezione appropriata» (articolo 17, comma 4). Posto che la legge non specifica i livelli di contrattazione e che la norma generale di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *m*, richiama anche il livello decentrato, si può plausibilmente sostenere la legittimazione alla deroga da parte dei contratti aziendali.

Il Ministero del lavoro, con la circolare n. 8/2005, ha invitato il personale ispettivo a verificare la sussistenza di eventuali deroghe contrattuali della disciplina di cui al decreto legislativo n. 66/2003, al fine di individuare correttamente le norme applicabili al caso concreto.

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

Riguardo al principio di consecutività, molteplici interventi ermeneutici del Ministero del lavoro hanno contribuito a chiarire la possibilità di derogarvi. I principi di consecutività delle ventiquattro ore di riposo e di cumulo con il riposo giornaliero sanciti dal comma 1 dell'articolo 9, decreto legislativo n. 66/2003, possono essere derogati da parte dei contratti collettivi a condizione che ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata ⁽²³⁾.

Il principio del cumulo tra riposo settimanale e giornaliero può essere derogato dai contratti collettivi di cui alla lettera *d*, a condizione che la concreta soluzione organizzativa individuata dall'azienda consenta di evitare la deroga anche al principio di infungibilità dei due riposi ⁽²⁴⁾. In tale ultimo caso, difatti, l'interpretazione della norma contrasterebbe con quella fornita dalla Consulta in materia di infungibilità tra le diverse tipologie di riposi ⁽²⁵⁾.

Per quanto concerne la periodicità, ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 66/2003, il riposo settimanale consecutivo è calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni. La previsione normativa, risulta coerente non solo con le direttive europee di riferimento (direttiva 93/104/CE; direttiva 2000/34/CE), ma anche con la giurisprudenza

⁽²³⁾ Int. Min. lav. n. 29/2009.

⁽²⁴⁾ Int. Min. lav. n. 30/2007.

⁽²⁵⁾ C. cost. 28 aprile 1976, n. 102.

della Corte costituzionale e della Cassazione – richiamate anche nella prassi ministeriale ⁽²⁶⁾ – che ha precisato come la regola del riposo settimanale possa essere derogata, mediante accordi collettivi o individuali, in caso di sussistenza di interessi apprezzabili della produzione e garantendo in ogni caso il mantenimento di una media di 6 giorni di lavoro e 1 di riposo con riferimento ad un arco temporale complessivo, in modo da non snaturare o eludere la periodicità tipica della pausa, arco temporale che la novella apportata al decreto legislativo n. 66/2003 ha fissato, appunto, in 14 giorni ⁽²⁷⁾. Riguardo alla deroga al riposo domenicale, essa non presenta particolari criticità, come precisato nell’interpello n. 26/2011, e interpello n. 29/2007. Su ciascuno di tali aspetti, naturalmente, può intervenire anche la contrattazione di prossimità.

7. Violazioni in materia di ferie

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

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

- 1) obbligo di concedere un periodo di ferie di due settimane nel corso dell’anno di maturazione; la sanzione si applica in caso di mancata fruizione, anche in parte, delle due settimane entro l’anno;
- 2) obbligo di concedere due settimane consecutive di ferie, se richiesto tempestivamente – ai sensi dell’articolo 2109 c.c. – dal lavoratore, nel corso dell’anno di maturazione;
- 3) fruizione del restante periodo minimo di due settimane nei 18 mesi successivi all’anno di maturazione.

Ciascuno di tali precetti può essere derogato dalla contrattazione collettiva; in merito bisogna soffermarsi su alcuni punti di rilievo. Innanzitutto, come è

⁽²⁶⁾ Circ. Min. lav. n. 8/2005; int. Min. lav. n. 2186/2005 e int. Min. lav. n. 29/2007.

⁽²⁷⁾ Int. Min. lav. n. 29/2009, cit.

stato osservato in dottrina ⁽²⁸⁾, la legge non pone limiti all'autonomia contrattuale, sicché le deroghe possono essere introdotte discrezionalmente, salvi i limiti costituzionali e comunitari, anche come interpretati dalle Corti superiori. Ad esempio, i contratti dovranno rispettare i principi stabiliti dalla sentenza n. 543/1990 della Corte costituzionale, la quale ha statuito che le deroghe al diritto al godimento infra-annuale delle ferie possono essere previste solo per l'insorgere di situazioni eccezionali non previste né prevedibili, e non per generiche e immotivate esigenze di servizio. Secondo il Ministero del lavoro, inoltre, la contrattazione collettiva può ridurre il limite delle due settimane per cui è obbligatorio il godimento infra-annuale, purché tale riduzione non vanifichi la funzione ristoratrice dell'istituto feriale e sia occasionata da eccezionali esigenze di servizio o, comunque, da «esigenze aziendali serie» ⁽²⁹⁾. Il medesimo atto di prassi ministeriale ha anche chiarito che è ammessa la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare al tetto massimo dei 18 mesi per la fruizione delle settimane di ferie per le quali non vi è l'obbligo di godimento infra-annuale. Tuttavia, precisa il Dicastero, la contrattazione non potrà rinviare il godimento delle ferie oltre un limite tale per cui la funzione delle stesse ne risulti snaturata. Dal tenore dell'impostazione ministeriale discende che la valutazione circa tale “snaturamento” è demandata alla discrezionalità interpretativa del testo negoziale da parte del personale ispettivo e del giudice.

Anche in tal caso il generico riferimento alla contrattazione collettiva e la precisazione di cui alla lettera *m* dell'articolo 1, fanno propendere per la possibilità di deroga anche da parte della contrattazione di secondo livello. Peraltro, potrebbe ritenersi ammissibile anche l'intervento della contrattazione di prossimità, sempre che si interpreti in senso estensivo la lettera *d* del comma 2 dell'articolo 8, decreto-legge n. 138/2011, che si riferisce genericamente alla disciplina dell'orario di lavoro.

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

Il Ministero del lavoro ha ribadito, in riferimento alla disciplina delle ferie, il proprio orientamento circa la funzione di esimente delle deroghe contrattuali collettive. Il Dicastero si è espresso nel senso che sussiste «la possibilità per le parti sociali di introdurre una disciplina modificativa che, sotto un profilo sanzionatorio, dia luogo ad una serie di esimenti che determinano la non punibilità della condotta quando la stessa, pur derogando alle disposi-

⁽²⁸⁾ V. LECCESE, *op. cit.*, 74 ss.

⁽²⁹⁾ Int. Min. lav. n. 4908/2006.

zioni di legge, sia conforme alla previsione contrattuale»⁽³⁰⁾. Secondo la citata prassi ministeriale, in particolare, la contrattazione collettiva può ampliare il periodo di ferie di quattro settimane ma resterebbe ferma «ovviamente» la sanzionabilità per la sola violazione del minimo legale. Inoltre, la contrattazione collettiva può prevedere un termine massimo di fruizione del periodo di ferie minore di quello legale – 18 mesi successivi all’anno di maturazione –, ma la punibilità resta subordinata alla sola violazione del limite di legge.

Ebbene, in questa sede non si può che ribadire quanto già affermato in precedenza circa l’insostenibilità della posizione ministeriale (cfr. cap. II, § 15). Si può in tal caso aggiungere che, in assenza dell’esternazione di motivazioni, l’assunto di prassi sembra condizionato dal timore di disincentivare le deroghe *in melius* per i lavoratori. Da tale punto di vista, eminentemente “pragmatico” e sociale, la tesi può effettivamente essere condivisa; tuttavia, sul piano giuridico, le perplessità sopra espresse restano intatte.

8. Violazioni in materia di lavoro notturno

L’articolo 13, comma 1, dispone che l’orario dei lavoratori notturni non può superare le otto ore in media nelle ventiquattro ore, salva l’individuazione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, di un periodo di riferimento più ampio sul quale calcolare come media il suddetto limite. La violazione di tale disposizione è soggetta alla sanzione amministrativa da euro 51 a 154, per ogni giorno e per ogni lavoratore adibito al lavoro notturno oltre i limiti previsti (articolo 18-*bis*, comma 7, decreto legislativo n. 66/2003). Nonostante le perplessità espresse dalla dottrina sul senso da attribuire ad una media da calcolare sulle 24 ore⁽³¹⁾, secondo la citata circolare n. 8/2005 tale limite costituisce una media fra ore lavorate e non lavorate pari ad 1/3 (8/24) che, in mancanza di una esplicita previsione normativa, può essere applicato su di un periodo di riferimento pari alla settimana lavorativa, salva l’individuazione da parte dei contratti collettivi di un periodo più ampio sul quale calcolare detto limite.

In questa ipotesi, il legislatore ha espressamente attribuito anche alla contrattazione aziendale il potere di deroga, da taluni settori dottrinali ritenuto in contrasto con la direttiva comunitaria che affida la suddetta facoltà ai soli contratti nazionali o regionali (articolo 16, n. 3, della direttiva 93/104/CE). Vale quanto sopra precisato in merito alla possibilità di intervento dei con-

⁽³⁰⁾ Circ. Min. lav. n. 8/2005, cit.

⁽³¹⁾ V. LECCESE, *op. cit.*, 79.

tratti di prossimità, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, lettera *d*, del decreto-legge n. 138/2011. Anche in questo caso, il modello sanzionatorio si attiene al rapporto ordinario tra norma legislativa suppletiva e clausola contrattuale derogatoria.

Il nodo problematico principale dell'intervento dell'autonomia attiene all'assenza di previsioni legali limitative dello stesso, ragion per cui il periodo sul quale calcolare la media può andare anche molto al di là della settimana lavorativa ipotizzata dal Ministero. Peraltro, un vincolo di carattere generale è sempre individuabile nel principio di ragionevolezza, in relazione ai profili di tutela della salute del lavoratore, come precisato nel citato interpello n. 4908/2006 in tema di ferie.

9. L'apprendistato: l'attuazione contrattuale dei principi legislativi

Il contratto di apprendistato è tradizionalmente materia in cui la legge ha offerto ampio spazio alla disciplina contrattuale collettiva ⁽³²⁾. Nel solco di tale retaggio, già l'abrogato articolo 2 del decreto legislativo n. 167/2011, ed ora l'articolo 42, comma 5, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, dispone che la disciplina del contratto di apprendistato è rimessa, in alternativa ad appositi accordi interconfederali, ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La disciplina collettiva, tuttavia, deve osservare taluni principi fissati dalla legge, tra i quali qui rilevano:

- a) divieto di retribuzione a cottimo;
- b) possibilità di inquadrare il lavoratore fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto, o, in alternativa, di stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale e proporzionata all'anzianità di servizio;
- c) presenza di un tutore o referente aziendale;

⁽³²⁾ Circa il ruolo della contrattazione collettiva nell'apprendistato, si segnala l'analisi di E. CARMINATI, S. FACELLO, D. PAPA, *L'attuazione della legge Biagi nella contrattazione collettiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, 2011, 139 ss., ove sono illustrate le clausole dei principali contratti collettivi in merito alla disciplina dell'apprendistato. Per il rilievo sanzionatorio della disciplina dell'apprendistato si veda E. PASQUALETTO, *Il sistema sanzionatorio dell'apprendistato*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, 2016, 387 ss.

L'articolo 47, comma 2, del decreto legislativo n. 81/2015 punisce con la sanzione amministrativa da 100 a 600 euro il datore di lavoro che non osservi le disposizioni contrattuali collettive attuative dei “principi” sopra richiamati ⁽³³⁾. La disposizione menzionata deroga all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015, poiché abilita le sole associazioni nazionali dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, con ciò escludendo il livello decentrato di contrattazione dalla compartecipazione alla fattispecie d'illecito.

Va osservato che la previsione in esame si discosta dallo schema ordinario, già più volte citato, del rapporto legge-contratto collettivo. Invero nella ipotesi in questione, secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento, la legge affida alla contrattazione il compito di fissare i precetti soggetti alla sanzione sopra indicata ⁽³⁴⁾. Più specificamente, sul rapporto tra fonti sanzionatorie si osserva che il legislatore ha inteso sanzionare sul piano amministrativo l'inosservanza delle disposizioni contrattuali attuative dei principi di cui all'articolo 42, comma 5, del decreto legislativo n. 81/2015, assegnando alle parti sociali il compito di fissare il contenuto del precetto normativo. Tale orientamento sostiene anche che questo non è il primo caso in cui la legge affida alla fonte autonoma il ruolo di creazione del precetto sanzionato in via amministrativa, poiché vi è da considerare il precedente dell'articolo 18-*bis* del decreto legislativo n. 66/2003, che impone la retribuzione degli straordinari con le maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva.

Peraltro, la funzione precettiva dell'autonomia collettiva non è libera, ma è delimitata dalla fissazione dei principi da parte della legge. Dunque, la parte della legge non è suppletiva ma, più precisamente, limitativa di precetti affidati, almeno formalmente, alla contrattazione collettiva ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Tra i contributi dottrinali che trattano dei profili sanzionatori amministrativi in materia di apprendistato bisogna citare, sul piano generale, P. RAUSEI, *op. cit.*, 881 ss., il quale analizza approfonditamente i poteri ispettivi e le conseguenze sanzionatorie di natura civile ed amministrativa che l'organo di vigilanza deve trarre dalle inosservanze della disciplina legislativa e contrattuale. Di rilievo l'affermazione dell'A. circa la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi – discendente dalla loro natura di diritto comune – richiamati dalla legge, i quali possono applicarsi solo ai datori che abbiano scelto il contratto di riferimento dandone notizia scritta al lavoratore – nel contratto e nella dichiarazione di assunzione – ed al centro per l'impiego – nel modello di comunicazione di assunzione.

⁽³⁴⁾ D. PAPA, *Sanzioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 478 ss.

⁽³⁵⁾ In merito alla funzione integratrice svolta dall'autonomia collettiva nei confronti del precetto legale si rinvia a S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Roma, 29-30 maggio 2014*, Giuffrè, 2015, consultabile in *Boll. ADAPT*, 3 giugno 2014, n. 22.

Tale tecnica normativa desta qualche perplessità, poiché non rende sempre chiaro il confine tra l'intervento della fonte eteronoma e quello della fonte autonoma. In tal senso, bisogna considerare che almeno alcuni di quelli che il legislatore definisce "principi" appaiono, invece, regole precise e puntuali, che come tali non richiedono – o ne richiedono una assai limitata – attuazione. Si deve citare l'ipotesi di divieto del cottimo: trattasi evidentemente di norma imperativa la quale, per come è formulata, non ammette eccezioni, sicché è oltremodo arduo rinvenire uno spazio per la negoziazione che vada al di là di un mero richiamo. Ne discende che, in termini effettuali, il precetto da rispettare in tal caso sembra quello posto dalla legge, e da questo punto di vista non sorgerebbero criticità sistematiche di rilievo. In questa ottica si ritiene debba essere letta l'eliminazione, tra i pretesi principi da attuare in sede negoziale (cfr. l'articolo 2, comma 1, dell'abrogato decreto legislativo n. 167/2011), della regola della forma scritta del contratto (articolo 42, comma 1, decreto legislativo n. 81/2015), la quale è ora infatti direttamente oggetto di previsione sanzionatoria dall'articolo 47, comma 2, del decreto legislativo n. 81/2015, senza un'intermediazione contrattuale priva di significato, salvo immaginare prescrizioni contrattuali specifiche ed ulteriori da ritenersi sottoposte alla sanzione di legge ovvero l'eliminazione *tout court* dell'onere formale ⁽³⁶⁾.

Ciò posto, vanno considerati taluni profili che potrebbero determinare criticità sistematiche ed applicative nel sistema predisposto dalla legge. Per quanto improbabile nella pratica, bisogna chiedersi quali sarebbero le conseguenze, sul piano sanzionatorio, di un'omessa disciplina contrattuale di attuazione dei principi detti. Invero, la legge, almeno sul piano letterale, sanziona l'inosservanza delle clausole contrattuali, non il mancato rispetto delle regole legislative di cui quelle dovrebbero costituire attuazione. Ne dovrebbe conseguire che la mancata attuazione o previsione, nemmeno sotto forma di rinvio (contenuto ad esempio nel CCNL Ceramica aziende industriali), dei principi detti, da parte della contrattazione, precluda qualunque ipo-

⁽³⁶⁾ La dottrina si è divisa sul significato da conferire al nuovo riparto di competenza tra legge e contrattazione collettiva in tema di apprendistato. Se una parte degli autori ha salutato con favore l'ampliamento delle attribuzioni legislative, per esigenze di uniformità di disciplina (D. GAROFALO, *L'apprendistato nel d.lgs. 81/2015*, in F. CARINCI (a cura di) *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 256; S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Giornate di Studio Aidlass 2016, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it, 38), altri ne hanno deplorato la riduzione dello spazio di azione delle parti sociali (M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, ADAPT University Press, 2016, 307 ss.).

tesi sanzionatoria. Si può formulare l’ipotesi della mancata previsione negoziale del tutor aziendale: l’effettiva assenza di tale soggetto in azienda non dovrebbe essere sanzionata, poiché non si è verificata quella inosservanza del contratto collettivo letteralmente richiesta dalla legge. Se così fosse, si conferirebbe all’autonomia collettiva il potere di paralizzare l’operatività di sanzioni previste dalla legge, con evidente violazione del principio di legalità, *sub specie* di riserva di legge (cfr. *supra*, cap. II, § 16). Da questo punto di vista, appare lecito dubitare della legittimità costituzionale, *ex* articolo 23 Cost., dell’articolo 47, comma 2, del decreto legislativo n. 81/2015, nella misura in cui consente all’autonomia collettiva di elidere una fattispecie sanzionatoria prevista dalla legge. Al fine di recuperarne la compatibilità costituzionale, l’unica soluzione accettabile è adottare un’interpretazione della disposizione nel senso della sanzionabilità diretta – in assenza di apposite clausole contrattuali – dei precetti, per quanto definiti “principi”, posti dalla legge. Giusta tale interpretazione, il personale ispettivo potrebbe procedere ad accertare l’illecito applicando direttamente il precetto legislativo, pur in assenza di attuazione della legge da parte del contratto di riferimento.

Su altro versante, merita una riflessione la possibilità di specificazione, da parte della contrattazione collettiva, dei principi legislativi che non appaiono precetti già sufficientemente puntuali ed operativi. La puntualizzazione negoziale potrebbe tradursi nella creazione di obblighi, in capo al datore di lavoro, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge: in tal modo, ad esempio, mentre la legge impone la semplice “presenza” del tutor aziendale, il contratto collettivo potrebbe prevedere specifiche e più penetranti incombenze, tali da aggravare la posizione, anche sul piano sanzionatorio, dei vertici aziendali. A titolo esemplificativo, l’accordo per la disciplina dell’apprendistato del settore del Turismo del 14 maggio 2012 ⁽³⁷⁾ contiene un articolo 1 (*Disciplina generale*) che prevede tutti gli istituti di cui ai principi suddetti, specificando l’attività di assistenza all’apprendista del tutor: le relative funzioni devono essere svolte da un lavoratore qualificato, che deve essere formato per 8 ore, deve appartenere ad una categoria di inquadramento contrattuale pari o superiore a quella cui accederà l’apprendista, ovvero aver svolto attività lavorative coerenti con quelle dell’apprendista per un periodo non inferiore a due anni, ed infine non può affiancare più di cinque apprendisti contestualmente. In tale contesto, la violazione di una o più di simili prescrizioni, che specificano l’attività del tutor, dovrebbe dar luogo all’applicazione delle sanzioni. Appare utile osservare, in tema, che il Ministero del lavoro ⁽³⁸⁾ ha precisato che in caso di violazioni riguardanti la posi-

⁽³⁷⁾ In *www.fareapprendistato.it*.

⁽³⁸⁾ Circ. Min. lav. n. 5/2013.

zione del tutor aziendale, la sanzione da applicare non è quella, civile, del disconoscimento del contratto di apprendistato per mancata formazione dell'apprendista, bensì quella amministrativa in discorso di cui all'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo n. 167/2011 (ora 47, comma 2, del decreto legislativo n. 81/2015).

Riguardo alla regola del “sottoinquadramento”, l'articolo 7 dell'accordo per i dipendenti da agenti immobiliari del 24 aprile 2012 ⁽³⁹⁾ prevede i seguenti livelli di inquadramento professionale e il conseguente trattamento economico per gli apprendisti:

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

Anche in questo caso le previsioni negoziali si traducono, ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del decreto legislativo n. 81/2015, in altrettanti precetti, da ritenersi presidiati dalla sanzione di cui all'articolo 47, comma 2. Tali notazioni confermano che, nel paradigma dell'integrazione funzionale del diritto sanzionatorio, il ruolo del contratto collettivo, operi esso *in melius* ovvero *in peius* rispetto alla fonte legislativa, è quella propria del precetto – seppure “autorizzato” – e non già quella di scriminante.

10. Il contratto a tempo determinato

Recentemente anche la disciplina del contratto a tempo determinato è stata interessata dall'introduzione di una fattispecie sanzionatoria amministrativa che coinvolge l'autonomia collettiva ⁽⁴⁰⁾. Invero, prima con la legge 16 maggio 2014, n. 78, ed attualmente con l'articolo 23 del decreto legislativo n. 81/2015, è stata introdotta una specifica sanzione amministrativa per la violazione del limite quantitativo del ricorso al lavoro a termine.

Nel dettaglio, il testo dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015, riprendendo il contenuto dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001, come modificato dalla legge n. 78/2014, dispone: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi non possono essere as-

⁽³⁹⁾ In www.fareapprendistato.it.

⁽⁴⁰⁾ In relazione al ruolo, in generale, della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato, cfr. G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro termine*, ADAPT University Press, 2013, 13 ss.

sunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di assunzione». La legge, al comma 2 di detto articolo, prevede una serie di eccezioni alla regola. La violazione del limite legale, o di quello contrattuale, di assunzioni a termine determina l’applicazione della sanzione amministrativa, prevista dal comma 4 dell’articolo 23, decreto legislativo n. 81/2015, di importo pari:

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

Un utile studio ha evidenziato che la riforma del contratto a termine promossa dal decreto-legge n. 34/2014 ha posto alcuni dubbi interpretativi che interessano il rapporto tra legge e contrattazione collettiva ⁽⁴¹⁾. Le questioni riguardano, tra l’altro, la clausola di contingentamento legale che fissa al 20% il tetto massimo di contratti a termine e che va a sovrapporsi alle percentuali già fissate dalla contrattazione. L’esame effettuato dal gruppo di ricercatori sulla contrattazione collettiva di rilevanza nazionale e aziendale dimostra che il problema è tutt’altro che teorico. Solamente 3 contratti collettivi (Bancari, Agenzie per il lavoro, Metalmeccanici) sui 15 considerati non prevedono clausole di contingentamento del lavoro a termine. Negli altri settori, il limite percentuale oscilla da un minimo del 7% (Elettrici) ad un massimo del 35% (Autotrasporti). Analogamente, sono 13 i contratti aziendali ad aver introdotto una clausola di contingentamento alla stipula di contratti a termine, con percentuali che oscillano da un minimo dell’8% ad un massimo del 25%. Con riferimento al tetto del 20%, secondo lo studio, considerata l’apertura della legge in favore della fonte pattizia e l’assenza di previsioni contrarie, il rinvio deve considerarsi dinamico e quindi assorbe quanto definito dalle parti in sede negoziale precedentemente all’entrata in vigore del decreto-legge n. 34/2014 ⁽⁴²⁾. Conseguentemente, la disciplina contrattuale dovrebbe prevalere anche se difforme al precetto legale.

⁽⁴¹⁾ ADAPT, *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper ADAPT, 2014, n. 153.

⁽⁴²⁾ Per una puntuale analisi della contrattazione nazionale ed aziendale in merito alle clausole di contingentamento del contratto a termine si rimanda a P. TOMASSETTI, *Riordino delle tipologie contrattuali e contrattazione collettiva*, 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*

Il tema rileva anche nel diritto sanzionatorio, giacché occorre stabilire quale parametro deve essere considerato ai fini dell'applicazione della sanzione, se solo il limite legale ovvero anche quello convenzionale. In tal senso, la soluzione proposta dallo studio menzionato è pienamente condivisibile, posto che il rinvio in questione è senz'altro da ritenersi dinamico, cioè alla fonte contrattuale come tale e non ad un determinato negozio, com'è proprio del rinvio statico. A questo conclusione conduce il *favor* del legislatore per la contrattazione collettiva – proveniente, peraltro, solo dai sindacati rappresentativi –, inteso ad incentivare l'istituto negoziale in sé, quale categoria astratta e non già quale singolo patto.

Sul piano sanzionatorio, la violazione da parte di una azienda della clausola di contingentamento regolata dal contratto collettivo di riferimento, dovrebbe dare luogo alla sanzione amministrativa, in ragione del fatto che la contrattazione collettiva, nell'esercizio del rinvio legale, si sostituisce alla norma di legge e individua un nuovo standard⁽⁴³⁾. Quest'ultimo, per le aziende rientranti nel relativo campo di applicazione, o perché iscritte alla associazione datoriale firmataria o perché applicano il contratto collettivo volontariamente, ha “forza di legge” e quindi assorbe anche il regime sanzionatorio previsto dal legislatore in caso di violazione della fonte eteronoma.

Dal punto di vista del modello integrativo funzionale, la fattispecie in argomento si presenta, pertanto, nel suo ordinario paradigma del rapporto legge suppletiva-deroga contrattuale. Come da regola generale di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015, i contratti collettivi che derogano al limite

2016), Giuffrè, 2016, 345 ss. Questa dottrina, in merito alle interazioni tra legge e contrattazione collettiva ad opera del c.d. *Jobs Act*, individua le seguenti ipotesi: 1) deregolazione legale e regolazione contrattuale in concorso, ovvero clausole della contrattazione collettiva che modificano o integrino il precetto legale in assenza di una espressa riserva di legge in favore dell'autonomia collettiva (es. causali per la stipula di contratti a termine o clausole flessibili per la gestione del part-time), oppure che regolino o rinviino a istituti abrogati (es. *job sharing*); 2) ipotesi di regolazione contrattuale e successiva regolazione legale in concorso, ovvero clausole della contrattazione collettiva relative a un istituto solo successivamente normato dalla legge, con la quale contestualmente l'autonomia collettiva viene abilitata alla modifica del medesimo, tra cui rientra la fattispecie trattata nel testo delle clausole di contingentamento per il lavoro a termine; 3) ipotesi di regolazione legale e deregolazione contrattuale in concorso, ovvero clausole della contrattazione collettiva che regolino istituti in attuazione di deleghe legali rimosse dal mutato quadro normativo (es. assunzione di lavoratori in somministrazione in costanza di riduzione oraria).

(43) M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014, 31.

di contingentamento legale possono appartenere anche al secondo livello. Nella circolare n. 18/2014, il Ministero del lavoro ha confermato che la sanzione amministrativa prevista per il superamento del limite quantitativo per l'utilizzo di contratti a tempo determinato si applica anche al caso di superamento del limite contrattuale. Essendo “aperta” la clausola di salvaguardia della contrattazione collettiva, la facoltà di deroga può orientarsi sia verso l'aumento sia verso la diminuzione del limite legale ⁽⁴⁴⁾; inoltre, può prevedere anche periodi diversi da quello legale per il calcolo della percentuale ⁽⁴⁵⁾. Ne deriva il problema, non trascurato in dottrina, di verificare se siano punibili le violazioni tanto del limite maggiore che di quello inferiore al limite legale ⁽⁴⁶⁾. Come già osservato, nel documento di prassi ministeriale non è reiterata la tesi, sostenuta nella circolare n. 8/2005 in tema di orario di lavoro, della funzione scriminante delle clausole contrattuali con conseguente applicazione “ovvia” del solo limite legale ai fini sanzionatori. In considerazione della precedente presa di posizione del Dicastero, il più recente silenzio sul punto genera non lievi dubbi applicativi, perché delle due l'una: o si ritiene che la successiva circolare abbia superato la precedente impostazione, ed allora la clausola contrattuale può sempre modificare anche *in peius* – per il datore – il precetto di legge, oppure si deve ritenere estensibile l'assunto

⁽⁴⁴⁾ Così anche A. PIZZOFERRATO, *Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, ADAPT University Press, 2015, 215, il quale, però, ritiene il limite di contingentamento derogabile in assoluto – seppure in chiave critica in relazione alla sua ardua compatibilità con i vincoli comunitari – sino alla sua eliminazione da parte dell'autonomia collettiva; *contra* P. CAMPANELLA, *Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici*, ivi, 183, che nega la possibilità di deroghe migliorative per il datore di lavoro: in tale ottica, i limiti pattizi potrebbero abbassare il limite legale, ma non innalzarlo o eliminarlo del tutto.

⁽⁴⁵⁾ Parte della dottrina (A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, 404) segnala che la contrattazione potrebbe intervenire anche per riferire il limite quantitativo alle singole unità produttive piuttosto che all'azienda nel suo complesso.

⁽⁴⁶⁾ Per la soluzione affermativa cfr. P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 183. Secondo F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, Working Paper ADAPT, 15 ottobre 2014, n. 164, 31 ss., è dubbio che la sanzione amministrativa in argomento, in forza della lettera della legge e della natura della medesima sanzione, possa essere applicata con riguardo alla violazione di un contratto collettivo. Secondo M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 588, nota 31, la sanzione sembrerebbe fare riferimento solo allo sfioramento del tetto legale del 20% dato che il rinvio letterale è «all'art. 1, comma 1», ma la stessa A. segnala che la norma fa «salvo quanto disposto dall'art. 10, comma 7», cioè i tetti individuati dai «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi».

della circolare n. 8/2005 anche al regime sanzionatorio del novellato contratto a termine e sanzionare il superamento del solo limite legale o di quello superiore contrattuale. Fa propendere per la prima soluzione la considerazione esplicita, contenuta nella circolare citata, circa l'assenza di vincoli per la contrattazione con la conseguente possibilità di derogare il limite legale sia verso l'alto che verso il basso. Avendo il Dicastero precisato l'ampiezza dello spazio di deroga della contrattazione, il silenzio sulla punibilità del datore che violi una clausola negoziale di diminuzione del limite legale non può che essere ritenuto significativo. In ogni caso, è certamente da escludere, per evidente contrasto con il principio di eguaglianza *ex* articolo 3 Cost., l'ipotizzabilità di un trattamento differenziato delle ipotesi sanzionatorie previste per i tempi di lavoro rispetto a quella del tempo determinato.

Deve osservarsi che la questione riveste notevole rilevanza pratica, poiché la contrattazione collettiva delle varie categorie prevede spesso limiti di contingentamento che derogano il limite legale verso il basso. Ad esempio il CCNL Elettrici contempla il limite del 7%, quello Tessili e abbigliamento prevede il limite del 10% dei lavoratori a tempo indeterminato per le aziende fino a 70 dipendenti; ed addirittura il 5% per le aziende con oltre 70 dipendenti; il CCNL Carta aziende industriali prevede il 16% in media annua dei dipendenti occupati a tempo indeterminato in azienda al 31 dicembre dell'anno precedente; il CCNL Cemento aziende industriali contempla il 12% dei dipendenti a tempo indeterminato per ciascuna unità produttiva. Anche nel livello decentrato il fenomeno è tutt'altro che trascurabile: l'integrativo aziendale Sgm prevede la percentuale dell'8%, quello Flame spray del 10%, quello Peg Perego del 15%, e così via ⁽⁴⁷⁾.

In ultimo, va posto il problema se la contrattazione possa *tout court* eliminare il limite di contingentamento, sia nel senso di non prevedere alcun limite, sia in quello di rimuovere un limite precedentemente fissato ⁽⁴⁸⁾. Sul punto può sostenersi che tale eventualità, pur concepibile sul piano letterale, deve essere esclusa per due fondamentali ragioni, una inerente al sistema sanzionatorio, l'altra al più generale contesto del diritto comunitario. Dal primo punto di vista, è evidente che la possibilità di eliminazione dei limiti quantitativi crea profili di contrasto con il principio di riserva di legge, nella misura in cui l'autonomia collettiva – sostituendosi al legislatore nella valutazione dei

⁽⁴⁷⁾ Si rimanda allo studio ADAPT, *op. cit.*

⁽⁴⁸⁾ In merito la dottrina è divisa: ad una prima impostazione favorevole alla possibilità di azzeramento del limite di contingentamento (A. TREMOLADA, *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *op. cit.*) si contrappone un'altra contraria (A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, 2014, 40).

confini tra lecito ed illecito – obliteri una fattispecie sanzionatoria (cfr. *supra* cap. II, § 16). In relazione al secondo aspetto, l'ipotesi della rimozione del limite potrebbe sollevare una questione di compatibilità della disciplina normativa con il quadro comunitario di riferimento e segnatamente, con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato ⁽⁴⁹⁾. Tale accordo, come del resto anche l'articolo 1 del decreto legislativo n. 81/2015, stabilisce che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori». In tal senso, il Ministero del lavoro, nell'interpello n. 30/2014, ha escluso la possibilità di azzeramento del limite di contingentamento, sebbene con riferimento alla sola contrattazione di prossimità. Secondo la prassi ministeriale, i contratti di prossimità possono prevedere solo una diversa modulazione dei limiti di contingentamento, ma non rimuoverli del tutto, pena la violazione del diritto comunitario. Si deve in definitiva ritenere che, in assenza di limiti quantitativi nel contratto di riferimento, si applichi il limite legale ⁽⁵⁰⁾. Pertanto, sono da ritenere illegittimi accordi come quello 21 agosto 2014 sul contratto a tempo determinato per gli studi professionali o società che amministrano condomini e patrimoni immobiliari o erogano servizi integrati agli edifici, che ammette le assunzioni a termine senza limiti quantitativi a fronte di ragioni oggettive, soggettive e di rioccupazione ivi elencate ⁽⁵¹⁾.

Come è stato condivisibilmente notato in dottrina, la struttura della sanzione per la violazione del limite di contingentamento rappresenta un'anomalia rispetto al sistema sanzionatorio amministrativo che, a norma dell'articolo 10 della legge n. 689/1981, si fonda su una sanzione pecuniaria consistente nel pagamento di una somma tra un minimo ed un massimo edittali ⁽⁵²⁾. In effetti, tale struttura sanzionatoria, rapportata genericamente alla retribuzione del lavoratore, rende incerti il calcolo e la effettiva determinazione della sanzione pecuniaria concretamente applicabile alla singola violazione.

Circa la *ratio* della nuova sanzione amministrativa, si è sottolineato che essa ha risolto il problema pratico di individuare i contratti da convertire, in rela-

⁽⁴⁹⁾ La dottrina scorge quasi unanimemente il problema di compatibilità con il quadro normativo sovranazionale nell'ipotesi di eliminazione del limite di contingentamento. Si rinvia, tra gli altri, agli AA. di cui alle note precedenti.

⁽⁵⁰⁾ Così la nota della Direzione interregionale del lavoro della Lombardia 5 agosto 2015, n. 9117.

⁽⁵¹⁾ Cfr. A. PIZZO FERRATO, *op. cit.*, 213, nota 12.

⁽⁵²⁾ P. RAUSEI, *Tra sanzioni civili e amministrative si gioca l'incertezza del contenzioso*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, cit., 80.

zione all'ipotesi in cui il superamento della soglia sia determinato da una serie di assunzioni contestuali⁽⁵³⁾. Secondo questa dottrina, dal punto di vista considerato, non è irragionevole la previsione della sanzione amministrativa, anche perché la giurisprudenza della Corte di giustizia è ferma nel ritenere che le sanzioni per la violazione della direttiva comunitaria non debbano necessariamente consistere nella conversione, ma possano ben essere altre, l'unica condizione essendo che si tratti di misure proporzionate, effettive e sufficientemente dissuasive⁽⁵⁴⁾.

Secondo altro orientamento, il riferimento legislativo al dettato contrattuale determina una situazione particolare per le aziende che applicano più contratti collettivi, ad esempio, terziario per la rete di distribuzione e tessile per quella di produzione⁽⁵⁵⁾. In tali ipotesi, si debbono tenere distinte le posizioni del personale a cui si applica un contratto da quelle di coloro che, invece, hanno come riferimento l'altro accordo collettivo, con le conseguenti diverse percentuali del numero dei contratti a termine rispettivamente stipulabili.

11. La somministrazione

La discutibile tecnica sanzionatoria del rinvio “in bianco”, ad un precetto stabilito in sede normativa diversa da quella che stabilisce la sanzione, affligge anche il nuovo sistema punitivo in materia di somministrazione⁽⁵⁶⁾. In-

⁽⁵³⁾ M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2014, n. 212, 8 ss.

⁽⁵⁴⁾ Da tale prospettiva è critica l'opinione di M.T. CARINCI, «*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro?*» *Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in *RGL*, 2016, n. 2, I, 323, la quale ritiene la previsione della sola sanzione amministrativa assai meno gravosa e incisiva, per il datore di lavoro, della “trasformazione” del contratto di lavoro a termine in un contratto a tempo indeterminato. L'accertamento dell'infrazione – osserva ancora questa dottrina – rimane affidata alla sola iniziativa degli organi ispettivi, poiché il lavoratore, non traendone alcun beneficio, non avrebbe interesse a denunciare la violazione dei limiti quantitativi.

⁽⁵⁵⁾ E. MASSI, *Il limite percentuale nella stipula dei contratti a termine e l'apparato sanzionatorio*, in *www.generazionevincente.it*, 2015.

⁽⁵⁶⁾ Gli specifici fini della presente ricerca non consentono di dare conto, neanche sommariamente, dell'ampia bibliografia rinvenibile in materia di somministrazione. I contributi dottrinali sul complesso sanzionatorio in materia di somministrazione si concentrano, peraltro, sulle sanzioni penali e su quelle civili, senza particolari approfondimenti su quelle amministrative, ed ancor meno sul relativo ruolo della contrattazione collettiva. Per la disciplina anteriore all'ultima riforma del d.lgs. n. 81/2015, G. FALASCA, *La somministrazione di manodopera*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *op. cit.*, 1221 ss., offre

fatti, il di per sé illeggibile ed incomprensibile articolo 40, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015 sanziona – per quanto qui rileva – indistintamente l’inosservanza, da parte dell’utilizzatore, dell’intero articolo 31 del decreto legislativo n. 81/2015, il quale si compone di quattro commi e di tutti i precetti che l’interprete è chiamato ad individuare, con conseguente, inevitabile, *deficit* di tassatività⁽⁵⁷⁾. La violazione di tali precetti, da parte del solo utilizzatore, è punita con la sanzione amministrativa da euro 250 a 1.250. Bisogna, dunque, tentare di identificare i vari precetti di cui all’articolo 31, che rilevano al fine di analizzare il rapporto integrativo-funzionale tra legge e contratto nella disciplina della somministrazione.

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

un’analisi delle patologie della fattispecie, distinte in somministrazione irregolare, abusiva e fraudolenta, con attenzione particolare alle discusse conseguenze civilistiche della somministrazione irregolare. Per un’analisi recente, cfr. L. CORAZZA, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 1777 ss. Sul ruolo, in generale, della contrattazione collettiva in materia cfr. G. FONTANA, *Somministrazione di manodopera e autonomia collettiva*, in *LPO*, 2005, n. 10, il quale evidenzia la drastica riduzione, rispetto alla disciplina vigente con la l. n. 196/1997, dei margini di manovra della contrattazione collettiva nella definizione dell’ambito di applicazione e dei limiti di utilizzazione del lavoro somministrato. Secondo l’A., inoltre, la possibilità per i contratti collettivi, nazionali e territoriali, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, di introdurre ipotesi ulteriori di ricorso al contratto di somministrazione configura una delega normativa piena, che abilita l’autonomia collettiva a svolgere la medesima funzione della legge. Per un’ampia disamina, completa di documentazione, della somministrazione in relazione al rinnovo del CCNL di settore ed al ruolo della contrattazione collettiva in generale si veda E. MASSAGLI, S. SPATTINI (a cura di), *La somministrazione di lavoro alla prova del CCNL*, Boll. spec. ADAPT, 2013, n. 11. In merito all’attività di vigilanza, si segnala P. RAUSEI, *Appalto, distacco e somministrazione*, in *DPL*, 2014, n. 21, 1225 ss., che illustra il *modus operandi* del personale ispettivo nelle ipotesi patologiche del lavoro esternalizzato, non senza analizzare le varie fattispecie illecite. Nello stesso ambito, si veda anche P. CAPURSO, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*, Working Paper ADAPT, 2008, n. 57, che tratta, in particolare, delle conseguenze civilistico-contributive dell’invalidità del contratto di appalto. Per una recente panoramica sul sistema sanzionatorio in materia di somministrazione, seppur precedente all’approvazione del d.lgs. n. 81/2015 di riordino dei contratti di lavoro, si veda P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2015, n. 20, 1273 ss.

⁽⁵⁷⁾ Si osserva che l’art. 40 menzionato nel testo risulta, allo stato, pressoché ignorato in dottrina.

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

Per quanto riguarda il primo comma dell'articolo menzionato, trattasi di nuova previsione sanzionatoria, che intende controbilanciare la nuova acausalità della somministrazione a tempo indeterminato prevista nel decreto legislativo n. 81/2015. Sul piano dei principi generali, la fattispecie non crea problemi perché è delineata secondo l'ordinario schema del rapporto tra legge cedevole e clausola negoziale derogatoria. Naturalmente, *ex* articolo 51, decreto legislativo n. 81/2015, i contratti collettivi contenenti clausole di deroga al limite di contingentamento legale possono appartenere anche al livello decentrato. Atteso che la legge non specifica, anche nella fattispecie in argomento le deroghe possono orientarsi sia verso il basso che verso l'alto rispetto al limite legale del 20%. In tale contesto, il problema se la contrattazione possa *tout court* eliminare il limite di contingentamento va affrontato e risolto alla luce delle considerazioni sopra espresse in merito all'analoga questione riguardante la disciplina del contratto a tempo determinato ⁽⁵⁸⁾.

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

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

Secondo la circolare del Ministero del lavoro n. 18/2014, in tali ipotesi è escluso il cumulo delle sanzioni previste per la somministrazione ed il con-

⁽⁵⁸⁾ In merito, secondo M.T. CARINCI, *op. cit.*, 333, i limiti quantitativi sono solo eventuali, potendo la contrattazione collettiva ridurli, eliminarli o non prevederli affatto.

tratto a termine. La posizione del Ministero è ragionevole e condivisibile, considerata l'unicità del fatto illecito, e cioè la violazione di una singola clausola contrattuale; si tratta, dunque, dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. L'orientamento ministeriale, in relazione alle nuove fattispecie previste dal decreto legislativo n. 81/2015, si traduce nei seguenti termini. Al fine di individuare il regime sanzionatorio applicabile, si dovrà verificare se il superamento dei limiti sia avvenuto in conseguenza del ricorso a contratti a termine, nel qual caso si dovranno applicare le relative sanzioni previste dall'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo n. 81/2015, ovvero in conseguenza dell'utilizzo di lavoratori temporanei, laddove andranno invece irrogate le sanzioni previste dall'articolo 40 del medesimo decreto.

Circa il secondo comma dell'articolo 31 del decreto legislativo n. 81/2015, che per i limiti di utilizzo di lavoratori somministrati a tempo determinato rinvia ai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, pur nel dubbio della citata incerta formulazione della fattispecie illecita, si dovrebbe ritenere che anche la violazione di detti limiti negoziali dia luogo all'applicazione della sanzione amministrativa di cui sopra. Se così è, la fattispecie è strutturata secondo lo schema contratto-precetto/legge-sanzione, ma senza l'intervento della legge in via suppletiva. Infatti, il rinvio è riferito alle – eventuali – previsioni contrattuali collettive, senza alcuna disposizione primaria “interposta”, sicché la stessa esistenza dell'illecito è subordinata alle clausole autonome. In base a quanto sopra sostenuto (cap. II, § 16), pertanto, si pone un problema di compatibilità con il principio di riserva di legge, dal momento che la figura di illecito è totalmente rimessa ad una volontà delle parti collettive che finisce per prevalere sull'interesse pubblico alla repressione della violazione. La questione ha notevole rilevanza pratica, poiché non mancano contratti sprovvisti di limiti quantitativi come, ad esempio, quello del comparto metalmeccanico industria.

Emerge un'ulteriore problematica relativamente a tale ipotesi sanzionatoria, riguardante il seguente profilo. Ammessa la sanzionabilità della violazione delle sole previsioni negoziali, la norma costituisce un chiaro disincentivo all'applicazione del contratto collettivo da parte dell'utilizzatore, il quale, disconoscendo l'utilizzo della contrattazione del proprio settore produttivo, andrebbe esente dal trattamento punitivo (cfr. cap. II, § 16).

Che la formulazione dell'articolo 40 presenti evidenti criticità in ordine alla determinatezza della fattispecie – e prima ancora in ordine alla sua stessa intellegibilità – è dimostrato da un orientamento dottrinale, che ritiene i limiti quantitativi delle somministrazioni soggetti alla sola sanzione civile della costituzione, a seguito della necessaria azione giurisdizionale del lavoratore, di

un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore (articolo 38, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015) ⁽⁵⁹⁾. In questa prospettiva, quindi, le sanzioni amministrative di cui all'articolo 40 non sarebbero riferite alle ipotesi di superamento dei limiti in questione. Tuttavia, pur con i dubbi sopra espressi, sembra di poter dire che le dette sanzioni debbano applicarsi a queste fattispecie, non solo per il riferimento letterale che il comma 1 opera all'intero articolo 31, ma anche per ragioni di logica "simmetrica", di comparazione con la disciplina del contratto a termine. Certo, va qui ancora stigmatizzata la tecnica sanzionatoria utilizzata, che rende incerta l'identificazione delle figure di illecito, come si è osservato. Infine, ai fini della sanzionabilità delle condotte previste dall'articolo 31, dovrebbe rilevare il comma 3, che stabilisce: «I lavoratori somministrati sono informati dall'utilizzatore dei posti vacanti presso quest'ultimo, anche mediante un avviso generale affisso all'interno dei locali dell'utilizzatore». Ne deriva, se la ricostruzione è corretta, che l'omessa informativa ai lavoratori somministrati è punita con la misura sopra indicata. Peraltro, posto che la legge non prevede un termine entro il quale informare i prestatori interessati, sorge il problema di verificare il momento temporale a partire dal quale la sanzione va applicata.

11.1. La comunicazione alle OO.SS. dei contratti di somministrazione stipulati

In relazione alla nuova disciplina della somministrazione, di cui al decreto legislativo n. 81/2015, l'articolo 36, comma 3, prevede che «Ogni dodici mesi l'utilizzatore, anche per il tramite della associazione dei datori di lavoro alla quale aderisce o conferisce mandato, comunica alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria o, in mancanza, agli organismi territoriali di categoria delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati». Nell'ipotesi di mancato o non corretto assolvimento di tale ultimo obbligo, trova applicazione la sanzione amministrativa pari a un importo da euro 250,00 a euro 1.250,00 (articolo 40, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015).

La novità del decreto legislativo n. 81/2015 consiste nell'eliminazione della comunicazione preventiva dei contratti di somministrazione, cosicché

⁽⁵⁹⁾ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 334. Cfr. anche A. TREMOLADA, *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, cit., 316.

l’obbligo della comunicazione alle organizzazioni sindacali sussiste attualmente solo “a consuntivo”, ogni dodici mesi sui contratti in precedenza stipulati.

Di per sé tale fattispecie sanzionatoria non presenta interesse specifico in questa sede, giacché la legge non affida alcun ruolo alla contrattazione collettiva. Tuttavia, l’orientamento del Ministero del lavoro rende rilevante la figura, ai fini del rapporto tra legge ed autonomia collettiva. Invero, il Dicastero, in riferimento all’obbligo di informativa previgente, ha ritenuto opportuno stabilire, in un primo momento, che il termine ultimo entro cui inoltrare la comunicazione in parola corrisponde al 31 gennaio di ogni anno in relazione ai contratti sottoscritti l’anno precedente ⁽⁶⁰⁾. In tal modo si è colmata, peraltro a mezzo di una mera fonte interna all’amministrazione, un’evidente lacuna della legge, che non aveva contemplato alcun termine finale. Ma il profilo che suscita maggiore interesse, e perplessità, afferisce alla ritenuta derogabilità di detto termine ad opera della contrattazione collettiva ⁽⁶¹⁾. Invero, il Dicastero ritiene che «tale termine, individuato nella citata nota, non esclude che la contrattazione collettiva possa individuare un termine che vada oltre quello del 31 gennaio; in tal caso, la disposizione contrattuale opererà quale “scriminante” ai fini della applicazione del regime sanzionatorio indicato. Da ciò consegue la possibilità di applicare la sanzione di cui all’art. 18, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 276/2003 qualora la comunicazione in questione non venga effettuata entro il termine del 31 gennaio ovvero entro il più ampio termine individuato dal contratto collettivo applicato».

Se l’analisi ermeneutica ministeriale si attaglia anche alla nuova fattispecie di cui all’articolo 36, comma 3, del decreto legislativo n. 81/2015, si ha che la legge non prevede un termine finale per l’adempimento comunicativo alle organizzazioni sindacali; tale termine è fissato da una fonte interna all’amministrazione e corrisponde al 31 gennaio di ogni anno. L’inosservanza del detto termine, secondo il Ministero del lavoro, determina l’applicazione della sanzione amministrativa menzionata. Inoltre, si ha che tale termine è ritenuto derogabile, in sede di contrattazione collettiva, da un altro provvedimento di prassi amministrativa, senza che la legge preveda alcun intervento – derogatorio, modificativo o integrativo – dell’autonomia collettiva. In caso di diversa previsione negoziale collettiva, che fungerebbe da “scriminante”, la sanzione si applicherebbe in caso di inosservanza del termine stabilito da quest’ultima. Non appare necessario soffermarsi oltre sulla compatibilità di siffatto congegno con il principio di legalità delle sanzioni.

⁽⁶⁰⁾ Nota Min. lav. prot. n. 12187/2012.

⁽⁶¹⁾ Cfr. int. Min. lav. n. 36/2012.

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

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

La legge n. 61/2000 – ora abrogata dal decreto legislativo n. 81/2015 – demandava genericamente al contratto collettivo il potere di fissare condizioni e modalità della prestazione lavorativa del contratto a tempo parziale (articolo 1, comma 3). Riguardo al settore edile, la legge ha previsto una disciplina previdenziale del tutto peculiare (c.d. contribuzione virtuale), la quale stabilisce che i datori di lavoro sono tenuti ad assolvere alla contribuzione previdenziale ed assistenziale in riferimento ad una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione (articolo 29, decreto-legge n. 244/1995, convertito dalla legge n. 341/1995). La legge esclude dal computo della contribuzione virtuale le assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili. La disposizione risponde all'esigenza di garantire ai lavoratori del settore una continuità contributiva, che compensi la natura instabile delle attività edili.

Tornando alla disciplina del part-time, l'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 61/2000 disponeva che la retribuzione minima oraria, da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale, si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero di cui all'articolo 7 del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno. Tale disposizione, che stabilisce il principio c.d. del "proporzionamento" dell'imponibile contributivo, è stata confermata dall'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015. Detto principio, in sostanza, impone di commisurare i trattamenti e gli oneri previdenziali dei lavoratori a tempo

parziale al lavoro effettivamente prestato, ed è dunque incompatibile con l’ottica dell’istituto della contribuzione virtuale, la quale invece ha l’opposto obiettivo di prescindere dai dati reali delle prestazioni lavorative. In virtù della disciplina appena citata, la contribuzione virtuale risulta inapplicabile al rapporto di lavoro part-time, come del resto già affermato anche dalla prassi amministrativa ⁽⁶²⁾.

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

Ora, l’Inps, con circolare n. 6/2010, ha stabilito che la contribuzione virtuale debba trovare applicazione anche nel rapporto part-time ove venga violato il limite di contingentamento contrattuale. Il ragionamento dell’Istituto previdenziale si sviluppa attraverso i seguenti snodi argomentativi. Istituto caratteristico in materia di trattamento previdenziale per i lavoratori del settore edile, afferma l’Inps, è quello della contribuzione virtuale, che trova applicazione ove non si verifichi l’impiego del lavoratore per tutto l’orario contrattualmente previsto e tale minore prestazione lavorativa non sia dovuta ad eventi ben determinati. Considerato che, fra le predette esclusioni – individuate dall’articolo 29 del decreto-legge n. 244/1995, e dal decreto ministeriale 16 dicembre 1996 – non compare il caso di rapporto di lavoro a tempo parziale, l’Ente ritiene che la contribuzione virtuale debba essere applicata anche al part-time in edilizia, nel caso in cui la stipula di tale tipologia di rapporto sia avvenuta in violazione del limite contrattualmente stabilito. La conclusione dell’Istituto è esplicita: «per ogni rapporto stipulato in violazione di tale limite, la carenza di legittimazione contrattuale alla stipula comporta l’applicazione della contribuzione virtuale, come se il rapporto non fosse a tempo parziale». Questa presa di posizione ha ricevuto l’adesione del Ministero del lavoro, con l’interpello n. 8/2011, ed analoghe argomentazioni sono sviluppate nella circolare Inail n. 51/2010.

Come la dottrina e la giurisprudenza sinora formatasi sul punto hanno evidenziato, l’orientamento della prassi amministrativa suddetta suscita non lievi perplessità, in ragione della singolare concezione del sistema delle fonti

⁽⁶²⁾ Mess. Inps 14 febbraio 2005, n. 5143.

del diritto del lavoro e previdenziale che esso mostra di far propria ⁽⁶³⁾. In tal senso, trarre da una violazione della pattuizione collettiva conseguenze invalidanti sui contratti individuali di lavoro, con effetti anche sul piano pre-

(63) J. TSCHÖLL, *Part-time edile: contribuzione virtuale e perdita dei benefici per superamento dei limiti contrattuali*, in *GLav*, 2010, n. 4, 55 ss., rammenta l'orientamento dell'Inps (circ. n. 6/2010) di applicare l'istituto della "contribuzione virtuale" ai contratti di lavoro a tempo parziale stipulati in eccedenza rispetto al limite fissato dalla contrattazione collettiva. Dunque, secondo l'Istituto, per ogni rapporto stipulato in violazione dei limiti numerici, la carenza di legittimazione contrattuale alla stipulazione comporta l'applicazione della contribuzione virtuale, come se il rapporto non fosse a tempo parziale. Opinione critica nei confronti dell'orientamento dell'Istituto previdenziale è quello di G. ANASTASIO, *Verifiche ispettive in edilizia e contribuzione virtuale*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2010, n. 12, 41. Tale A. osserva che la conclusione dell'Ente parte dall'assunto, nient'affatto scontato, che le clausole contrattuali collettive abbiano valore normativo e che la loro violazione determinerebbe una sorta di invalidazione della clausola del tempo parziale, alla stregua di quella prevista dall'art. 2077 c.c., più volte richiamato dalla giurisprudenza per affermare l'inderogabilità *in peius* dei contratti collettivi. L'Istituto di previdenza, secondo questa dottrina, sembrerebbe evocare una sorta di inopponibilità, da parte del datore di lavoro ispezionato, del contratto di lavoro a tempo parziale, in relazione al proprio verbale di accertamento delle differenze contributive. Il punto critico di siffatta prassi, a parere di questo orientamento, risiede nella circostanza che, di fatto, essa ha elevato la contrattazione collettiva a fonte primaria non solo del rapporto di lavoro – considerata anche la carenza di una disposizione di legge sul numero massimo di assunzioni part-time –, ma anche del diverso rapporto obbligatorio afferente ai contributi previdenziali, pur in assenza della necessaria delega legislativa. G. ANASTASIO, *Edilizia: verifiche ispettive sui part-time*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2011, n. 10, 47, precisa che il richiamo effettuato dall'art. 1 del d.lgs. n. 61/2000 alla contrattazione collettiva, quale fonte regolatrice delle modalità e delle condizioni del lavoro part-time, non sembra conferire alle parti sociali una specifica delega in punto di limiti numerici. Del resto, quando il legislatore ha voluto intraprendere tale direzione, lo ha fatto espressamente, come nei casi dell'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001, in tema di contratto a termine, e dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, in materia di somministrazione di manodopera. La problematica, inoltre, a parere dell'A., si aggrava ove si consideri che è la stessa disposizione contrattuale a non prevedere gli effetti di una siffatta violazione. Altro parere critico sulla posizione dell'Inps è quello di M. BRISCIANI, *Part time in edilizia e limiti numerici*, in *Guida alle Paghe*, 2013, n. 7, 406 ss., il quale aderisce alla posizione della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro (circ. n. 8/2010), secondo cui nessuna disposizione di legge limita, direttamente o indirettamente, il ricorso al part-time o attribuisce delega in tal senso alla contrattazione collettiva. Al contrario, il d.lgs. n. 61/2000 di disciplina del lavoro a tempo parziale recepisce la direttiva comunitaria 97/81/CE, del 15 dicembre 1997, che sostiene e promuove questa tipologia contrattuale, ponendo sullo stesso piano il lavoro a tempo pieno e a tempo parziale. L'A. evidenzia che anche la prima giurisprudenza di merito che si è occupata della questione (Trib. Napoli n. 32513/2012), nel ristabilire la corretta gerarchia delle fonti che regolano i rapporti di lavoro, con particolare riguardo all'assolvimento degli obblighi contributivi, sostiene l'impossibilità di affermare in astratto l'illegittimità dei contratti part-time "fuori quota" rispetto al limite fissato dal contratto nazionale. Conseguentemente, la contribuzione virtuale può trovare applicazione solo quando in sede ispettiva si accerti che il rapporto dichiarato come part-time è realizzato di fatto a tempo pieno.

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

Conclusioni

Il dibattito dottrinale sul fenomeno generale dell'integrazione tra legge e contrattazione collettiva evidenzia una sostanziale incertezza sulla legittimità costituzionale del modello. È vero che parte rilevante degli autori si esprime per la costituzionalità di detto paradigma, ma sia l'autorevolezza degli autori di segno contrario, sia le oscillanti decisioni della Consulta non consentono di ritenere pacificamente acquisita l'ammissibilità ordinamentale del modello in questione, in vigenza dell'immutato articolo 39 Cost. Non a caso, autorevole dottrina denuncia il «deleterio clima di incertezza» in cui si dibattono da più di mezzo secolo gli interpreti, a causa dell'«accantonamento della via maestra per l'*erga omnes*», rappresentato dal disposto costituzionale rimasto inattuato ⁽¹⁾. La stessa dottrina stigmatizza l'affannosa e contorta ricerca ermeneutica di strumenti alternativi in qualche modo compatibili con il dettato costituzionale. Peraltro, si registra una certa convergenza di opinioni sull'attuale vigenza di un sistema contrattuale collettivo alternativo a quello dell'articolo 39, seconda parte, Cost. il quale, secondo le varie impostazioni, sarebbe difficilmente compatibile con la Carta ovvero ne costituirebbe una sorta di aggiornamento, nella perdurante mancanza di una sua attuazione o modifica.

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

In primo luogo, sono tuttora discusse la natura e la funzione del contratto collettivo oggetto di rinvio legislativo in funzione di completamento del precetto. Da un lato vi sono coloro che, ispirati dal principio di effettività, ne sostengono la natura di fonte del diritto, con conseguente efficacia *erga omnes*, e la funzione di perseguimento di interessi generali connessi al mercato del lavoro; la maggiore conseguenza di tale impostazione è la configurazione di un nuovo tipo di contratto collettivo, non soggetto alla disciplina – ritenuta anacronistica – di cui all'articolo 39, seconda parte, Cost. Dal lato opposto si colloca il filone dottrinale che, maggiormente fedele al principio

⁽¹⁾ A. VALLEBONA, A. D'ANDREA, voce *Contratto collettivo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, IV, 251.

di legalità, sostiene la natura di diritto comune dei contratti in questione, nega l'esistenza di uno "sdoppiamento" della natura dell'autonomia collettiva, e ne afferma la funzione ordinaria di composizione dei contrapposti interessi delle parti sociali. Ne deriva la sottoposizione anche di tale contrattazione all'articolo 39 Cost., che non può, secondo questi autori, essere arbitrariamente ritenuto inapplicabile ad un'asserita nuova categoria contrattuale. Quindi, in assenza di attuazione della disposizione costituzionale, anche tali contratti vanno ritenuti efficaci limitatamente alle parti stipulanti ed ai loro rappresentati o non dissenzienti; l'alternativa ermeneutica sarebbe inevitabilmente quella dell'illegittimità costituzionale delle leggi che rinviano alla negoziazione.

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

Si registrano analoghe problematiche sull'efficacia soggettiva del contratto aziendale, secondo alcuni *erga omnes* secondo altri no, ovvero sulla sua sottoposizione, o meno, all'articolo 39 Cost., seconda parte. Nei tempi recenti, peraltro, le discussioni in tema di contratti collettivi si sono ulteriormente inasprite con l'introduzione nell'ordinamento della contrattazione di prosimità, prevista dall'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011. Tale disposizione ha suscitato un acceso dibattito in sede ermeneutica, il cui punto centrale è costituito dalla sua compatibilità con il quadro costituzionale, messa in discussione sotto più profili, principalmente per aver creato un contratto efficace *erga omnes* eludendo i requisiti e le condizioni dell'articolo 39 Cost., seconda parte, ma anche per aver inciso sulla libertà sindacale, creando un rapporto di gerarchia "inverso" tra contratto decentrato e contratto di primo livello.

In relazione al versante sanzionatorio-amministrativo, i dubbi sopra segnalati si aggiungono ad un'assenza di pronunce giurisprudenziali e di un significativo dibattito dottrinale. Non risultano studi o ricerche tesi ad analizzare un fenomeno, quello dell'interazione funzionale tra legge e contrattazione, che pure registra una certa diffusione e dimostra una persistente attualità, come attesta la recente introduzione, in materia di contratto a termine, della sanzione amministrativa di cui all'articolo 23 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (già prevista nel decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, conver-

tito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78). I rari contributi sul tema prendono semplicemente atto del fenomeno, ovvero evidenziano generiche criticità del modello con gli articoli 3 e 39 Cost., per aver imposto una contrattazione sostanzialmente *erga omnes*, o con il principio di riserva di legge dell'illecito amministrativo, per avere previsto, in talune ipotesi, il contratto collettivo in funzione di precetto.

Analoga carenza di studi si registra relativamente alle singole fattispecie di illecito che vedono la compartecipazione dell'autonomia collettiva. I contributi che trattano di tali figure raramente si soffermano ad approfondire il ruolo e la funzione della fonte contrattuale all'interno delle stesse. L'analisi effettuata circa il paradigma integrativo delle due fonti principali del diritto del lavoro, nel campo delle sanzioni amministrative, consente di individuare taluni esiti argomentativi.

La contrattazione come atto di autonomia e non fonte del diritto

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

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

Efficacia soggettiva del contratto

In merito ai temi tradizionali del diritto sindacale, la questione dell'efficacia soggettiva del contratto nei confronti dei lavoratori non si presenta critica, nemmeno ove risulti una stipulazione complessivamente minoritaria. Invero, in tal caso difetterebbe a monte la stessa efficacia oggettivo-derogatoria del contratto quando – come oramai di regola nel modello integrativo – la legge adotti la formula legislativa del sindacato comparativamente più rappresentativo. Quanto ai dissenzienti ed agli iscritti a sindacati diversi da quelli stipulanti, in astratto il problema dell'applicazione del contratto potrebbe porsi in sede ispettiva. Tuttavia, nella pratica è poco verosimile che emerga la criticità, giacché il lavoratore non ha interesse a rilevarla, per l'estraneità alla sua sfera giuridica dell'applicazione del contratto a fini sanzionatori. Maggiormente plausibile è che sia il datore ad opporre la circostanza, ma ovviamente solo nelle non frequenti ipotesi in cui la deroga contrattuale renda più gravoso il precetto legislativo.

Sussidiarietà e deregolamentazione

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

Riserva di legge

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

In tale contesto, rileva il rapporto con la riserva di legge e con la tassatività. Riguardo al primo principio, la tradizionale *ratio* garantista di contrasto agli atti di arbitrio tanto del potere esecutivo quanto di quello giudiziario, non è configurabile, giacché i soggetti che pongono in essere la contrattazione sono espressione, diretta o indiretta, anche degli interessi dei potenziali destinatari delle sanzioni. Si è già sostenuto che nel paradigma integrativo sanzionatorio il contratto collettivo resta atto espressione di autonomia e non assume la natura di fonte del diritto. Ciò porta a concludere che la contrattazione può certamente etero-integrare/derogare il precetto della fonte primaria, sino alla previsione di un precetto negoziale in luogo di quello legislativo. La previsione, parziale o integrale, del precetto da parte della contrattazione collettiva incontra, però, precisi limiti ordinamentali.

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

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

È necessario precisare, quale ulteriore limite al relativo ruolo, un carattere fondamentale che la contrattazione deve possedere all'interno della fattispecie sanzionatoria: l'accessorietà. Si deve ritenere che nel sistema sanzionatorio il negozio collettivo sia legittimato ad esercitare una funzione derogatoria, integrativa o persino sostitutiva di una norma di rango primario “cedevole”, la quale si applica fino a quando non intervenga la contrattazione de-

rogatoria. Tuttavia, non può disciplinare la condotta vietata in maniera esclusiva ed originaria, mediante una disposizione legislativa di mero rinvio, cioè una norma “in bianco”.

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

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

Il principio di tassatività

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

La complessiva compatibilità del modello integrativo legge-contrattazione collettiva con il sistema sanzionatorio amministrativo discende, in definitiva, sia dalle moderne tendenze del diritto pubblico, sia dai principi specifici dell’ordinamento punitivo. Da questo punto di vista, lo sviluppo del contratto collettivo come fonte “autonoma” del diritto sanzionatorio non necessita dell’attuazione dell’articolo 39, seconda parte, Cost., poiché in tale branca ordinamentale il relativo problema dell’efficacia soggettiva generale non si pone, quantomeno non negli stessi termini del fenomeno generale del diritto sindacale. Come osservato, nel diritto delle sanzioni non si fa questione di applicare, a fini economici e normativi, il contratto a lavoratori – o datori di lavoro –, prescindendo dal loro consenso. Più utile potrebbe rivelarsi, invece, l’adozione di una disciplina sistematica del fenomeno integrativo trattato, sia per la sua versione giuslavoristica generale, sia per quella sanzionatoria. Un quadro regolatorio organico dovrebbe porsi l’obiettivo prioritario di risolvere il problema fondamentale del modello, cioè la definizione di criteri puntuali per la selezione delle organizzazioni sindacali legittimate a stipulare i contratti “delegati” dalla fonte primaria, criteri attualmente affidati alla mutevole sensibilità dei vari interpreti ed operatori. Una disciplina siffatta dovrebbe, inoltre, porsi il problema di definire con maggiore certezza i confini tra l’includibile intervento della legge e quello della contrattazione.

Bibliografia

- ADAPT, *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper ADAPT, 2014, n. 153
- ADAPT, *Jobs Act: l'operatività del "Codice dei contratti" alla luce della contrattazione collettiva*, Working Paper ADAPT, 2015, n. 181
- ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *DP*, 2002, n. 1, 51-84
- ALVINO I., *Guida alla lettura della recente legge di riforma della democrazia sindacale in Francia: piena compatibilità fra regolamentazione della contrattazione collettiva e principio del pluralismo sindacale*, in *DLRI*, 2009, n. 122, 365-381
- ALVINO I., *L'introduzione di regole sulla rappresentatività e gli effetti sulla dinamica dei rapporti collettivi: esperienze a confronto*, in *DRI*, 2013, n. 1, 68-99
- ANASTASIO G., *Verifiche ispettive in edilizia e contribuzione virtuale*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2010, n. 12, 36-45
- ANASTASIO G., *Edilizia: verifiche ispettive sui part-time*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2011, n. 10, 40-47
- BELLARDI L., *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in *LD*, 2004, n. 1, 183-229
- BELLAVISTA A., *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *RGL*, 2004, n. 2, 189-202
- BELLOCCHI P., *Art. 39*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Volume I. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2007
- BELLOMO S., *Artt. 2107-2109*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Volume I. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2007

- BELLOMO S., *Autonomia collettiva e clausole generali*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Roma, 29-30 maggio 2014*, Giuffrè, 2015, consultabile in *Boll. ADAPT*, 3 giugno 2014, n. 22
- BIAGI M., TIRABOSCHI M. (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2012
- BOLEGO G., *Consenso e dissenso nella struttura della contrattazione collettiva sull'orario di lavoro*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consensus, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014
- BOLLANI A., *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 124
- BOLLANI A., *L’interpretazione del contratto collettivo*, in G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, 2014
- BRISCIANI M., *Part time in edilizia e limiti numerici*, in *Guida alle Paghe*, 2013, n. 7, 406-408
- BROLLO M., *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 566-591
- CAFFIO S., GRIECO A., *Ispettorato Nazionale del Lavoro*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016
- CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000
- CAMPANELLA P., *Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, ADAPT University Press, 2015
- CAPURSO P., *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*, Working Paper ADAPT, 2008, n. 57
- CAPURSO P., *Il controllo ispettivo sulla contrattazione collettiva di prossimità*, in *IPrev*, 2012, n. 1-2-3-4, 17-25
- CARABELLI U., *I profili di incostituzionalità dell’art. 8 con riferimento all’efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *RGL*, 2012, n. 3, I, 539-560
- CARABELLI U., LECCESE V., *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell’orario di lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2004, n. 22

- CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 133
- CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III Stat. lav. al TU sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in F. CARINCI (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, ADAPT University Press, 2014
- CARINCI F., *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, Working Paper ADAPT, 2014, n. 164
- CARINCI M.T., «*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*»? *Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in RGL, 2016, n. 2, I, 316-344
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2006
- CARMINATI E., FACELLO S., PAPA D., *L’attuazione della legge Biagi nella contrattazione collettiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell’apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all’articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, 2011
- CARUSO B., *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi» (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in DLRI, 2009, n. 121, 53-76
- CARUSO B., “*Costituzionalizzare*” il sindacato. *I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista*, in LD, 2014, n. 4, 595-620
- CARUSO B., LO FARO A., *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2010, n. 97
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2009
- CENTAMORE G., *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell’inderogabilità bilaterale*, in LD, 2015, n. 3, 491-514
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003
- CERBO P., voce *Sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, VI

- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, 2014
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI* 2008, n. 119, 341-422
- CHIRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *AIC – Osservatorio Costituzionale*, 2014, n. 2
- COMANDÈ D., *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *RIDL*, 2017, n. 2, I, 275-308
- CORAZZA L., *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017
- D'ANTONA M., *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, n. 80, 665-698
- DARIOLI P., *L'orario di lavoro: orario normale e orario massimo di lavoro*, DPL Modena, 2010, in *www.dplmodena.it*
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976
- DE LUCA TAMAJO R., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *DLRI*, 2013, n. 140, 715-740
- DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, inserto di *DPL*, 2003, n. 22
- DOHERTY M., *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, 369-397
- ESPOSITO M., *Le attività ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del "Jobs Act"*, in *RGL*, 2016, n. 3, I, 575-592
- FALASCA G., *La somministrazione di manodopera*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Volume I. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2007
- FASSINA L., *Costituzione e articolo 8 della legge n. 148/2011: il fascino «indiscreto» di una norma irragionevole*, in *RGL*, 2013, n. 3, I, 617-653
- FERRARO G., *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *DLRI*, 1986, n. 4, 667-707
- FERRARO G., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGL*, 2011, n. 4, I, 739-777, e *QFMB – Saggi*, 2011, n. 2.VI

- FERRARO G., *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 129
- FIANDACA F., MUSCO E., *Diritto penale*, Zanichelli, 2007
- FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII
- FONTANA G., *Somministrazione di manodopera e autonomia collettiva*, in *LPO*, 2005, n. 10, 1475-1493
- FONTANA G., *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2015, n. 276
- GAETA L., «*La terza dimensione del diritto*»: *legge e contratto collettivo nel novecento italiano*, Giornate di Studio Aidlass 2016, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it
- GALDI M., *La Corte esclude ancora l’estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell’applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193*, in *AIC – Osservatorio Costituzionale*, 2016, n. 3
- GARAPON A., *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina, 2012
- GAROFALO D., *L’apprendistato nel d.lgs. 81/2015*, in F. CARINCI (a cura di) *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015
- GENINATTI SATÈ L., *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *DP*, 2005, n. 3, 885-944
- GHERA E., *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l’accordo interconfederale*, in *RIDL*, 1988, n. 1, 22-42
- GHERA E., *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in *AA.VV., Studi in onore di Franco Modugno*, ES, 2011, vol. II
- GHERA E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, n. 2, II, 195-245
- GHERA E., *L’articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2014, n. 202
- GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Giuffrè, 1997
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001

- GOISIS F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *FA TAR*, 2013, n. 4, 1228-1246
- GUASTINI R., *In tema di legalità*, in *olympus.uniurb.it*, 2013
- LA MACCHIA C., *L'esercizio della rappresentanza sindacale nella riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *RGL*, 2004, n. 2, I, 165-188
- LAMBERTUCCI P., *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *DLRI*, 2009, n. 124, 551-606
- LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001
- LASSANDARI A., *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *RGL*, 2010, n. 1, I, 45-76
- LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, Working Paper CSDL E "Massimo D'Antona" – IT, 2006, n. 40
- LECCESE V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 479-525
- LELLA G., *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004
- LELLA G., *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, inserto di *DPL*, 2005, n. 21
- LIPPOLIS V., *Applicazione dei contratti collettivi: controlli ispettivi*, in *DPL*, 2016, n. 40, 2352-2356
- LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, n. 78, 191-287
- LUCIANI V., SANTAGATA R., *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004
- LUCREZIO MONTICELLI C., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, Giuffrè, 2004
- LUNARDON F., *Il contratto collettivo e le altre fonti (legge, usi, regolamenti)*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002

- LUNARDON F., *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in DLRI, 2012, n. 133, 21-66
- MAGNANI M., *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in DRI, 2012, n. 1, 1-10
- MAGNANI M., *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2014, n. 212
- MAGNANI M., *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in DRI, 2017, n. 1, 1-12
- MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Giornate di Studio Aidlass 2016, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, 2001
- MARESCA A., *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in AA.VV., *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, Bancaria, 2005
- MARESCA A., *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi: l'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, tomo I
- MARESCA A., *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in RIDL, 2010, n. 1, I, 29-63
- MARGIOTTA S., *La vigilanza pubblica sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in MGL, 2006, n. 12, 914 ss.
- MARTINES T., *Delegificazione e fonti del diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, 1987
- MASSAGLI E., SPATTINI S. (a cura di), *La somministrazione di lavoro alla prova del CCNL*, Boll. spec. ADAPT, 2013, n. 11
- MASSI E., *Il limite percentuale nella stipula dei contratti a termine e l'apparato sanzionatorio*, in www.generazionevincente.it, 2015
- MAZZOTTA O., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in RIDL, 2001, n. 3, I, 219-245
- MENGHINI L., *Incostituzionalità del concetto di sindacato comparativamente rappresentativo e carattere distorto dell'attuale dibattito sull'art. 18 St. lav.*, convegno Aidlass *Il Libro bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, Firenze, 18 gennaio 2002, in www.aidlass.it
- MENGONI L., *Legge e autonomia collettiva*, in MGL, 1980, 692 ss.

- MENZIONI L., *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in RIDL, 1988, n. 1, 3-13
- MEOLI C., *Il declino della legge statale*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Trecani, 2013
- MISCIONE M., *Le collaborazioni autonome dopo il Jobs Act*, in DPL, 2015, n. 14, 863-867
- MODUGNO F., *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010
- MODUGNO F., *Le fonti normative nel Diritto del Lavoro*, in C. BALDUCCI, M.L. SERRANO (a cura di), *Atti del convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro. Otranto, 10-11 giugno 2011*, Caspur-Ciber, 2011
- MUSSO S., *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*, Marsilio, 2011
- NAPOLI M., *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in DLRI, 2002, n. 93, 85-92
- NAVARRO NIETO F., *La riforma del quadro giuridico della contrattazione collettiva*, in DRI, 2012, n. 3, 928-945
- NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982
- OJEDA AVILÉS A., *La priorità legale del contratto aziendale. Un quadro mancante nel continente europeo*, in DRI, 2014, n. 2, 529-563
- PAGLIARI G., *Il principio di legalità*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012
- PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in DP, 2005, n. 2, 467-523
- PALIERO C.E., TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 1989, XLI
- PANDOLFO A., PASSALACQUA P., *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, 2014
- PAPA D., *Sanzioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, 2011

- PASQUALETTO E., *Il sistema sanzionatorio dell'apprendistato*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, 2016
- PASSALACQUA P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, 2005
- PASSALACQUA P., *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2014, n. 2, 378-399
- PASSALACQUA P., *Tenuta e rilancio del modello del sindacato comparativamente più rappresentativo dopo il protocollo del 31 maggio 2013*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014
- PENNESI P., *Orario di lavoro: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *GLav*, 2005, n. 11, 10-23
- PENNESI P., TRAVAGLINI M., *Il rapporto tra legge e contrattazione nei più recenti orientamenti ministeriali*, in *GLav*, 2011, n. 21, 28-33
- PERSIANI M., *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, n. 1, 1-26
- PERSIANI M., *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *ADL*, 2011, n. 1, I, 1-10
- PERSIANI M., *Le vicende della rappresentanza e rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo*, in *ADL*, 2017, n. 3, I, 531-554
- PERULLI A., *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013, n. 4, I, 919-960
- PERULLI A., SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 132
- PESSI A., *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2007
- PESSI R., *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1998, n. 3, 757-765
- PINTO V., *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, n. 94, 275-307
- PIZZOFERRATO A., *Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in F. CARINCI (a cura di),

La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, ADAPT University Press, 2015

- PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto del lavoro*, in RIDL, 1990, n. 1, I, 15-44
- PIZZORUSSO A., voce *Delegificazione*, in *Enc. Dir.*, 1999, III
- PONTE F.V., *La (in)certezza della norma inderogabile nel lavoro subordinato*, in DML, 2017, n. 1, I, 75-94
- PRETEROTI A., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017
- PROIA G., *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- PROVENZANO P., *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in RIDPC, 2012, n. 5, 877-897
- RASO DELGUE J., *La rappresentatività del sindacato minoritario*, in DRI, 2014, n. 2, 563-572
- RAUSEI P., *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in DPL, 2008, n. 24, 1386-1396
- RAUSEI P., *Busta paga, contratti collettivi*, Ipsoa, 2013
- RAUSEI P., *Appalto, distacco e somministrazione*, in DPL, 2014, n. 21, 1225-1242
- RAUSEI P., *Diffida accertativa per crediti patrimoniali – Articolo 12*, in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, ADAPT University Press, 2014
- RAUSEI P., *Tra sanzioni civili e amministrative si gioca l'incertezza del contenzioso*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014
- RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro e sistema sanzionatorio*, in DPL, 2015, n. 20, 1273-1279
- RAUSEI P., *Contratti di prossimità dopo il Jobs Act*, in DPL, 2015, n. 27, 1688-1696
- RAUSEI P., *Le ispezioni del lavoro. Procedimento, verbali, conciliazione e difesa*, in DPL Oro, 2014, n. 2, 9-165

- RAUSEI P., *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa, 2016
- RAUSEI P., *La regia unica della vigilanza all'Ispettorato nazionale del lavoro*, in *LG*, 2016, n. 1, 5-13
- RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, ADAPT University Press, 2014
- RAZZANO G., *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la «semplificazione»*, in *Diritto Amministrativo*, 2001, n. 2-3, 273-307
- RICCI M., *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- ROMEI R., *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014
- ROMEO C., *Riflessioni sulla contrattazione di prossimità e dintorni*, in *MGL*, 2011, n. 12, 866 ss.
- ROMEO C., *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, n. 4-5, I, 857-883
- RUSCIANO M., *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008
- RUSCIANO M., *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 2009, n. 3, 553-567
- RUSSO A., *Interventi*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Ipsoa, 2012
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989
- SANTONI F., *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, 2013, n. 1, I, 75-101
- SANTORO C., *Il principio di "meritevolezza dei benefici normativi e contributivi" ed i sindacati comparativamente più rappresentativi*, in *DRI*, 2015, n. 3, 859-865
- SANTORO C., *La contrattazione collettiva nel sistema sanzionatorio amministrativo*, in *LG*, 2016, n. 6, 558-564
- SANTORO PASSARELLI G., *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, n. 4-5, 970-983

- SANTORO PASSARELLI G., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in RIDL, 2010, n. 3, I, 487-522
- SANTORO PASSARELLI G., *Autonomia privata individuale e collettiva e norma indelegabile*, in RIDL, 2015, n. 1, I, 61-80
- SANTORO PASSARELLI G., *Il contratto aziendale in deroga*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2015, n. 254
- SARACINI P., *Contratti collettivi e lavori flessibili*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004
- SCARPELLI F., *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in RGL, 2010, n. 1, I, 3-18
- SCARPONI S., *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, 2005
- SCARPONI S., *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014
- SCARPONI S., *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in RGL, 2015, n. 1, I, 113-125
- SCIARRA S., *L’evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei Paesi dell’Unione europea*, in RIDL, 2006, n. 4, I, 447-476
- SENATORI I., *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, QFMB – Saggi, 2011, n. 2.I
- SIMONELLI M., *La razionalizzazione dell’attività ispettiva nel jobs act: problemi e prospettive*, in *Tutela e Sicurezza del Lavoro*, 2016, n. 1, 103-112
- SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2014, n. 233
- STANCATI P., voce *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, VIII
- SUPIOT A., *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in DLRI, 2005, n. 106, 155-175
- TAGLIENTE A., *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive*, in DRI, 2015, n. 2, 342-362

- TEUBNER G., *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, vol. 68, n. 1, 13-59
- TIRABOSCHI M., *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *DRI*, 2011, n. 2, 346-361
- TIRABOSCHI M., *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *DRI*, 2012, n. 1, 79-92
- TIRABOSCHI M., *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015
- TIRABOSCHI M., *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015
- TIRABOSCHI M., *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, ADAPT University Press, 2016
- TIRABOSCHI M., TOMASSETTI P., *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014
- TOMASSETTI P., *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, in *ADL*, 2014, n. 6, I, 1321-1340
- TOMASSETTI P., *Accordi separati e tutela del dissenso nella giurisprudenza*, in *ADL*, 2015, n. 2, II, 483-506
- TOMASSETTI P., *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)*, Giuffrè, 2016
- TOMASSETTI P., *Riordino delle tipologie contrattuali e contrattazione collettiva*, 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)*, Giuffrè, 2016
- TRAINA D.M., *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Il Diritto Processuale Amministrativo*, 2001, n. 2, 353-398

- TREMOLADA A., *Commento all'art. 1, primo comma*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al D.Lgs. 8 aprile 2003*, n. 66, Giuffrè, 2003
- TREMOLADA A., *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, 2016
- TREU T., *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, n. 3, 613-641
- TSCHÖLL J., *Part-time edile: contribuzione virtuale e perdita dei benefici per superamento dei limiti contrattuali*, in *GLav*, 2010, n. 4, 55 ss.
- TUCCARI F.F., *Il principio di determinatezza*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012
- TULLINI P., *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, in *ADL*, 2005, n. 1, 137-168
- TURSI A., *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2013, n. 4, 958-979
- VALLEBONA A., *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *DLRI*, 1997, n. 75, 381 ss.
- VALLEBONA A., *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Boll. ADAPT*, 2011, n. 32
- VALLEBONA A., D'ANDREA A., voce *Contratto collettivo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, IV, 238-284
- VARDARO G., *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *LD*, 1987, n. 2, 229 ss.
- VERGINE F., *Il principio di riserva di legge in materia di sanzioni amministrative. Abrogazione dell'art. 106 tulcp e legge n. 689/1981*, in *www.lexitalia.it*, 2001
- VOZA R., *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *RGL*, 2006, n. 2, I, 229-276
- ZAPPALÀ L., *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014
- ZILIO GRANDI G., SFERRAZZA M., *In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro termine*, ADAPT University Press, 2013

- ZOLI C., *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, 2010
- ZOLI C., *Dall'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del D.L. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Ipsoa, 2012
- ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità?*, in *DLM*, 2013, n. 1, 53-99
- ZOPPOLI L., *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Giuffrè, 2002
- ZOPPOLI L., *Il contratto collettivo come «fonte»: teorie ed applicazioni*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004
- ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2015, n. 284

Finito di stampare nel mese di aprile 2018
presso Ancora - Milano

progettiamo
insieme
un nuovo modo di
FARE UNIVERSITÀ

Così nasce ADAPT, per intuizione del professor Marco Biagi, quale modo nuovo di "fare Università". Ispirata alla strategia europea per la occupazione – e, in particolare, al pilastro sulla "adattabilità" di lavoratori e imprese a fronte delle sfide aperte dai moderni mercati del lavoro – ADAPT è una associazione senza fini di lucro, nata nel 2000 e con sede presso il Centro Studi DEAL dell'Ateneo di Modena e Reggio Emilia. Nel corso del 2012 ADAPT ha concorso alla nascita di Fondazione ADAPT che promuove una Scuola di alta formazione in *Transizioni occupazionali e relazioni di lavoro*.

Dal 2007 a oggi ADAPT ha finanziato:

- **3** scuole di dottorato in relazioni di lavoro in collaborazione con gli atenei di Bari, Bergamo, Modena

- **315** borse triennali di dottorato di ricerca

Dal 2003 ha finanziato e promosso:

- **118** contratti di apprendistato di alta formazione e ricerca

- **71** assegni di ricerca annuali

- **33** borse private per corsi di alta formazione

- **4** riviste, **3** collane scientifiche, **3** bollettini sui temi del lavoro

ADAPT • Associazione per gli studi internazionali e comparati sul diritto del lavoro e sulle relazioni industriali
È possibile associarsi scrivendo a segreteria@adapt.it.
I giovani interessati alla Scuola possono scrivere a firaboschi@unimore.it
Seguici su www.adapt.it • @adaptland

ADAPT
www.adapt.it

Siti e osservatori ADAPT

www.deal.unimore.it
@DEALunimore



www.certificazione.unimore.it
@certifica_MO

www.adapt.it
@adaptland



www.bollettinoadapt.it
@bollettinoADAPT

www.adapt.it
@ADAPTpeople



www.adaptinternational.it
@ADAPT_bulletin

www.adapt.it
@ADAPT_placement



@welfare4people

www.adapt.it
@ADAPT_Press



www.fareapprendistato.it
@ApprenticeADAPT

adapt.it/languages.html
@ADAPT_Languages



www.farecontrattazione.it
@adapt_rel_ind

professionioggi.adapt.it
@ADAPT_prof



www.fareconciliazione.it
@ADAPTconciliare

www.adapt.it/adapt_law
@labour_lawyers



www.adapt.it
@ADAPT_LPA

www.adapt.it/semplificareil lavoro
@JobAct_Italia



www.adapt.it
@laborofuturo

www.adapt.it
@ADAPTformazione



www.adapt.it
@ADAPT_sicurezza

Per maggiori informazioni scrivere a redazione@adapt.it

*I ricavi delle vendite del volume verranno integralmente destinati
al finanziamento di borse di studio della Scuola di alta formazione di ADAPT*

I volumi ADAPT University Press sono acquistabili *on-line* sul sito di
www.amazon.it

Per maggiori informazioni potete scrivere a:
aup@adapt.it

