

1. Spagna

1.1. Ley n. 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (in  *Boletín Adapt*, 2012, n. 14).

La priorità legale del contratto aziendale. Un quadro mancante nel continente europeo

Sommario: **1.** Il c.d. “contratto aziendale prioritario” in Spagna e le figure affini in Italia e Francia. – **2.** Tipi di struttura della negoziazione collettiva. – **3.** I precedenti interni. – **4.** Il diritto comparato. – **5.** Delimitazione dello strumento collettivo privilegiato. – **6.** Concorrenza conflittuale e cooperativa tra contratti per l’approvazione di un contratto aziendale prioritario. – **7.** L’ambito materiale dei contratti aziendali prioritari. – **8.** Problemi di diritto transitorio. Il conflitto legge/contratto. – **9.** Riflessioni finali: *intentio legis* versus *voluntas legislatoris*.

1. Tra le riforme del lavoro susseguitesesi incessantemente in Spagna a partire dalla crisi finanziaria internazionale del 2008, quella che sarà oggetto di trattazione nelle prossime pagine ha comportato una rivoluzione concettuale di proporzioni enormi, non tanto per il coinvolgimento di uno strumento collettivo ben noto da tempo risalente, quale è il contratto collettivo a livello aziendale, quanto piuttosto per l’assegnazione allo stesso della qualifica di *prioritario*, aggettivo che ora gli si aggiunge, rompendo con la secolare tradizione europea e spagnola basata sulla prevalenza degli accordi di massimo livello, come sancito in Spagna dall’art. 83 dello Statuto dei lavoratori (*Estatuto de los Trabajadores – ET*) del 1980, e in parte attenuata dall’art. 84 secondo il criterio del *prior in tempore*. Fino a quel momento i contratti collettivi stipulati a livello nazionale o di Comunità Autonoma – vale a dire, statali o regionali – potevano stabilire i criteri per regolare la concorrenza tra contratti e altre questioni riguardanti la struttura della contrattazione, e, in assenza di indicazioni, alla situazione concreta si sarebbe applicato l’accordo più risalente nel tempo, a prescindere dal fatto che si trattasse di un accordo provinciale, nazionale o aziendale. Il chiaro obiettivo della regola era quello di mantenere le condizioni di lavoro al livello più basso possibile, e così fu sino al radicale mutamento del panorama provocato dalla crisi finanziaria del 2008, a seguito della quale i contratti più risalenti nel tempo improvvisamente divennero quelli in grado di garantire le migliori condizioni. Fu per questa ragione che alcuni economisti avanzarono la proposta di modificare il criterio di concorrenza in favore del principio della *lex posterior*, ma il suggerimento non trovò accoglimento. La legislazione del 2011 adotta una soluzione diversa, in virtù della

* Traduzione dallo spagnolo a cura di Martina Ori, Alessandra Sartore e Lavinia Serrani.

quale i contratti aziendali, in alcune materie, divengono prevalenti rispetto a tutti gli altri, pur mantenendosi, *in extremis*, la subordinazione classica ai criteri degli accordi di massimo livello, posto che si afferma che la priorità si applicherebbe «salvo che un accordo o contratto collettivo di livello nazionale o di Comunità Autonoma negoziato secondo l'art. 83.2, non stabilisca regole diverse sulla struttura della contrattazione collettiva o sulla concorrenza tra contratti».

Nella successiva redazione della l. n. 3/2012, l'art. 84.2 ET riformula il contratto aziendale prioritario assegnando allo stesso una valenza più assoluta, eliminando la condizione sopra menzionata. Così recita, dunque, l'attuale comma 2 dell'art. 84 ET:

«La regolamentazione delle condizioni stabilite in un contratto aziendale, che potrà essere oggetto di negoziazione in qualsiasi momento della vigenza di contratti collettivi di livello superiore, avrà priorità applicativa rispetto al contratto settoriale statale, di Comunità Autonoma o di ambito inferiore nelle seguenti materie: a) l'importo del salario base e dei complementi salariali, compresi quelli vincolati alla situazione e ai risultati aziendali; b) il pagamento delle ore di lavoro straordinario e la retribuzione specifica del lavoro a turni; c) l'orario e la distribuzione del tempo di lavoro, il regime di lavoro a turni e la pianificazione annuale delle ferie; d) l'adattamento al contesto aziendale del sistema di classificazione professionale dei lavoratori; e) l'adattamento degli aspetti relativi alle modalità di assunzione che vengono attribuiti dalla presente legge ai contratti aziendali; f) le misure di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro; g) le altre che vengano previste dagli accordi e contratti collettivi cui fa riferimento l'art. 83.2.

Stessa priorità applicativa avranno, rispetto a queste materie, i contratti collettivi per un gruppo di imprese o una pluralità di imprese, vincolate per ragioni organizzative o produttive e nominativamente identificate, alle quali fa riferimento l'art. 87.1.

Gli accordi e i contratti collettivi ai quali si riferisce l'art. 83.2 non potranno disporre della priorità applicativa prevista in questo comma».

Dalla loro comparsa nel 2011, l'obiettivo principale dei contratti aziendali prioritari consisteva nel voler favorire una migliore organizzazione della contrattazione collettiva, favorendo, al tempo stesso, una contrattazione collettiva più vicina all'azienda e una contrattazione settoriale maggiormente in grado di adattarsi alla situazione concreta di ogni settore di attività economica. La legislazione del 2012 solo leggermente corregge la prospettiva, nel breve spazio dedicato alle motivazioni a giustificazione della riforma: le modifiche apportate alla negoziazione collettiva «rispondono all'obiettivo di rendere la negoziazione collettiva uno strumento, e non un ostacolo, per l'adattamento delle condizioni di lavoro alle circostanze concrete dell'azienda», in relazione a determinate materie, «che vengono individuate come le più vicine alla realtà aziendale, e rispetto alle quali maggiormente trova giustificazione una regolamentazione distinta, al fine di favorire il più efficace adattamento delle rela-

zioni di lavoro all'ambiente economico e produttivo» (*Exposición de motivos*, IV). Il grande problema della contrattazione spagnola, vale a dire l'eccessiva proliferazione di contratti a livello provinciale, è rimasto nell'ombra, nonostante fosse stato segnalato come il più importante e urgente da affrontare. Forse, però, tale dimenticanza si deve al fatto che la risoluzione di quel problema non avrebbe assicurato gli effetti immediati che il legislatore si proponeva di realizzare con la riforma.

Gli esperti sono divisi nel valutare gli aspetti positivi del contratto aziendale prioritario: mentre, generalmente, i direttori delle risorse umane e gli economisti vicini alle imprese ne hanno esaltato il valore come mezzo di adeguamento ai reali interessi e bisogni dell'impresa (nel corso dell'anno 2012 il quotidiano economico *Expansión* ha realizzato e pubblicato delle interviste rivolte a direttori delle risorse umane, tra cui quelli di Leroy Merlin, Kellogg, Zurich, o NH Hoteles), gli accademici, invece, hanno messo in risalto il forte rischio di dispersione di quella che sino a quel momento era stata la struttura della contrattazione collettiva in Europa e Spagna, la quale, se pure aveva bisogno di qualche modifica, non meritava di essere abbandonata in favore dell'altro modello riconosciuto a livello mondiale, quello cioè "orizzontale" dei contratti aziendali privi di regole comuni prestabilite, un modello conflittuale che ha origini, come è risaputo, statunitensi (con la significativa eccezione di F. DURÁN LÓPEZ, in *Expansión*, che loda le virtù dei contratti aziendali prioritari per la loro formulazione chiara e il loro ruolo di tutela contro gli accordi interprofessionali e i contratti a livello nazionale o regionale. Nella visione critica si collocano in maggiore o minor misura T. SALA FRANCO, *La reforma de la negociación colectiva*, in AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, 2012, 64 ss.; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios colectivos*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 28; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión*, in *Relaciones Laborales*, 2012, n. 23, 221 ss.; L. MELLA MÉNDEZ, *La nueva estructura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, n. 33; S. OLARTE ENCABO, *El papel de los interlocutores sociales ante la reforma de la negociación colectiva: retos y opciones*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 58; M. LLANO SÁNCHEZ, *La negociación colectiva*, in A. MONTROYA MELGAR, J. GARCÍA MURCIA (diretto da), *Comentario a la Reforma Laboral 2012*, Civitas/Thomson Reuters, 2012; F. PERÁN QUESADA, *La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, n. 33; A.P. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, *La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 59; F. VILA TIERNO,

La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL 7/2011 a la Ley 3/2012, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, n. 33; M. CORREA CARRASCO, *La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 59; E. BLÁZQUEZ AGUDO, M.G. QUINTERO LIMA, *La rauda aplicación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero [hoy ley 3/2012 de 6 de julio], versus el tormentoso calendario de aplicación de la ley 27/2011, de 1 de agosto. Contrapuntos del voluntarismo legislativo actual*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 32; M.A. PURCALLA BONILLA, C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 31; A. MERINO SEGOVIA, *La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones del convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57. Con un approccio tecnico o acritico, A.V. SEMPERE NAVARRO, R. MARTIN JIMÉNEZ, *Claves de la Reforma Laboral de 2012. Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012).

Al termine di detta analisi faremo una riflessione più dettagliata, però, sin da ora anticipiamo che l'effetto della priorità troverà un limite nella stessa struttura della contrattazione collettiva e nella dimensione delle imprese in Spagna.

Contrariamente a quanto si è più volte affermato, la riforma del lavoro, tacciata come "aggressiva" dallo stesso Governo, non ha seguito gli orientamenti indicati dall'Unione europea, intraprendendo piuttosto un percorso proprio, volto al conseguimento di obiettivi quali la gerarchizzazione dell'ambiente lavorativo e l'affermazione dell'autorità del datore di lavoro. Tra le raccomandazioni della Commissione europea rivolte alla Spagna per il 2012 nell'ambito dell'agenda Europa 2020, quelle riguardanti il mercato del lavoro sono la II, la V, e la VI, le quali prevedono, rispettivamente, l'innalzamento dell'età pensionabile, il miglioramento del mercato del lavoro e la promozione di politiche attive per l'occupazione, soprattutto quelle in favore dei giovani, nonché l'attivazione di piani specifici per ridurre la povertà.

Solamente nella Strategia europea per l'occupazione, in generale, si fa riferimento al proposito di favorire una nuova tappa della *flexicurity*, «coinvolgendo tutti i partecipanti nel rafforzamento delle componenti della *flexicurity* e intensificando i meccanismi di controllo degli accordi nazionali di *flexicurity*».

L'introduzione del contratto aziendale prioritario avviene in concomitanza con l'avviamento di strumenti simili anche in Italia e in Francia, conseguenza, probabilmente, dell'identico stimolo alla razionalizzazione dei costi aziendali,

nonostante ciascuno di essi, nel dettaglio, presenti caratteristiche piuttosto diverse.

Con riferimento a queste tre tipologie di contratti aziendali, sebbene quello francese venga definito “di adattamento” e quello italiano “di prossimità”, tuttavia, sono probabilmente maggiori i punti di divergenza rispetto alle somiglianze. Ad ogni modo, risulta più facile comprendere la distanza che li separa se si considerano le diverse radici che ciascuno di essi possiede.

2. Solitamente la struttura della contrattazione collettiva assume in ogni paese caratteristiche proprie, risultato degli accordi tra le parti sociali e del peso che rivestono le grandi confederazioni sindacali e datoriali. Nel corso del tempo, le parti sociali hanno progressivamente definito i criteri di gerarchia tra i contratti, e, nonostante il legislatore abbia sentito la necessità di intervenire lì dove la frammentazione e dispersione della struttura negoziale giungevano a estremi eccessivamente complessi (ad esempio, nel Regno Unito, il “Donovan Report”, *Report of the Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations*, 1968, criticava l'esistenza di due sistemi di contrattazione, quello formale e informale, altrimenti definiti settoriale e di impresa, che spesso si trovavano in contraddizione sebbene prevalessse generalmente quello settoriale), le sue ingerenze in quello che si considera un diritto fondamentale collettivo sono state finora modeste. Ciò ha consentito così, per ciascun paese, l'affermarsi di una peculiare configurazione, con differenze che diventano ancor più marcate in presenza delle rappresentanze unitarie di impresa, che danno vita, dunque, ad una seconda sfera di contrattazione distinta rispetto a quella sindacale (già il *Donovan Report* sopra citato sottolineava come il sistema dei contratti settoriali, formalmente prevalente rispetto alla contrattazione collettiva informale aziendale, subisse almeno sei tipi di trasformazioni, modifiche e variazioni provocati da quest'ultima, andando progressivamente a svuotarsi, mentre il sistema informale d'azienda arrivava ad esercitare una sempre maggiore influenza nella conduzione delle relazioni industriali [§ 154]. Per l'analisi delle sei tipologie di impatto e la profezia secondo cui prima o poi sarebbe avvenuto un cambiamento nel rapporto tra i due sistemi mediante intervento legislativo, si veda R. BANKS, *The Reform of British Industrial Relations: The Donovan Report and the Labour Government's Policy Proposals*, in *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 1969, n. 2, 333 ss. Si vedano pure le interessanti osservazioni di A. FOX, A. FLANDERS, *The reform of collective bargaining: from Donovan to Durkheim*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1969, n. 2, 151 ss.). In linea generale, secondo la definizione di Dunlop, è possibile parlare di struttura autonoma quando le regole di convivenza tra le parti negoziali e tra gli strumenti collettivi promanano dallo stesso sistema di relazioni industriali.

In rare occasioni il legislatore è intervenuto in situazioni ai confini con l'assenza di autonomia, dando luogo, in tali casi, a strutture che ben possono definirsi eteronome. È probabile che sia proprio la Spagna il paese europeo in cui il legislatore si diletta di più nel formulare le regole interne della struttura,

andando, dunque, ben oltre la mera definizione dei limiti esterni. Tanto la contrattazione sindacale quanto quella unitaria risultano abbastanza tipizzate, nonostante il legislatore preferisca le regole di assegnazione a quelle di intervento, nel senso che i criteri utilizzati risolvono i conflitti di concorrenza alla maniera del diritto internazionale, attraverso cioè la designazione del soggetto o dello strumento che debba prevalere tra gli interessati. Ai nostri fini, le regole di concorrenza più importanti sono stabilite nello Statuto dei lavoratori e sono le seguenti:

- a) principio della norma più favorevole, nella concorrenza tra norme di diversa natura (statale, collettiva o individuale) (art. 3 ET);
- b) principio del *prior in tempore* nella concorrenza tra contratti collettivi, in base al quale prevale il contratto anteriore nel tempo (art. 84 ET);
- c) possibilità, per contratti di livello nazionale o regionale, di stabilire altre regole di concorrenza tra contratti (art. 83 ET);
- d) possibilità, per gli accordi aziendali, di derogare a determinate condizioni di lavoro stabilite dai contratti vigenti all'interno dell'impresa laddove si verificano ragioni giustificative, quali ad esempio perdite economiche attuali o previste, o diminuzione persistente del livello di introiti o di vendite abituali (art. 82 ET);
- e) possibilità di modificare gli accordi aziendali in alcune materie, così come appena visto per i contratti collettivi (art. 41 ET), anche se con la facoltà per l'imprenditore, qualora non si giungesse a un accordo modificativo, di intervenire unilateralmente sugli stessi;
- f) priorità dei contratti regionali che ora possono derogare a quanto stabilito nei contratti statali con riferimento a determinate materie (art. 84 ET);
- g) priorità assoluta dei contratti aziendali in alcune materie (art. 84 ET), oggetto della presente analisi.

Di certo il lettore troverà le regole poco sistematiche e persino contraddittorie, motivo per cui pare utile indicare le ragioni di tale complessità. La struttura contrattuale spagnola è caratterizzata principalmente dal fatto che i contratti negoziati dalle parti sociali maggiormente rappresentative (50% + 1), nel settore di riferimento godono di un'efficacia generale per tutti i lavoratori e datori di lavoro di quel settore, formula che denota un certo parallelismo con quella utilizzata in Nord America. L'efficacia *erga omnes* è retaggio dei tempi della dittatura del generale Franco, quando a negoziare per entrambe le parti erano i sindacati corporativi formati dai rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro automaticamente affiliati agli stessi. Tali accordi avevano forza di legge in senso materiale e il legislatore corporativo li subordinava a prolisse norme statali. Paradossalmente, con il passaggio alla democrazia nel 1976, i sindacati preferirono comunque mantenere il carattere *erga omnes* dei contratti, e il legislatore mantenne un certo controllo sul modello, pur nel rispetto dell'autonomia sindacale e negoziale che venne proclamata nella Costituzione del 1978. Pur conservando, ad oggi, lo Statuto dei lavoratori spagnolo, una regolamentazione abbastanza rispettosa della libertà delle parti negoziali, tut-

tavia, la straordinaria efficacia dei contratti definiti “statutari” ha lasciato al legislatore uno spazio di azione in cui poter introdurre varie regole dal carattere piuttosto stringente, tra le quali, appunto, quelle sopra menzionate in materia di struttura negoziale e di concorrenza tra contratti.

3. Come avremo occasione di rilevare in seguito, in questa figura si rinviene molto poco nei modelli comparati, che fondamentalmente si riducono a quello francese e italiano. L’antecedente più recente, benché risalga a molto tempo fa’, lo troviamo nella stessa Spagna, all’interno della *Ley de Convenios Colectivos* del 1973, quando ancora vigeva la dittatura, la quale stabiliva che i Contratti Aziendali (in maiuscolo) avrebbero avuto priorità su qualunque altro contratto, salvo patto contrario (art. 6, parte finale). La proclamazione non era diretta a consacrare il principio di unità d’impresa, visto che a tale scopo sarebbe stato sufficiente affermare l’applicabilità all’azienda di un unico contratto, di qualunque livello si trattasse, che una volta siglato si sarebbe applicato a tutta l’impresa. Il legislatore, invero, era sì giunto ad accettare la liceità dei contratti di livello statale, riconoscendo loro, addirittura, la capacità di gestione della struttura, però diffidava ancora degli accordi tra imprenditori e lavoratori a livelli superiori a quello aziendale (nella *Ley de Convenios* del 1958 aveva fissato in *numerus clausus* le unità di contrattazione, il cui livello massimo, secondo l’art. 4, era quello interprovinciale). La resistenza ai contratti di livello nazionale a quell’epoca aveva provocato quella proliferazione di accordi provinciali che è la causa della struttura contrattuale molto complessa presente in Spagna, con un eccesso di contratti ridondanti e un appesantimento poco o nulla giustificato delle unità di contrattazione intermedie.

Forse a causa dell’eccessivo numero di contratti, il legislatore della democrazia aveva generato un complicato sistema di pesi e contrappesi volto garantire una gestione autonoma ed equilibrata della struttura. Basti ricordare la priorità dei contratti di massimo livello, riconosciuta sin dall’originario Statuto dei lavoratori del 1980, la quale consentiva ai contratti nazionali e di Comunità Autonoma di definire la struttura della contrattazione collettiva, nonché di fissare le regole per risolvere i conflitti di concorrenza tra contratti di differente livello e i principi di complementarità tra di essi, la quale, tuttavia, non fu sufficiente ad affermare un “imperialismo” di quei contratti di massimo livello, tanto che, da parte di qualche Comunità Autonoma, fu presto avanzato il sospetto di una possibile “tirannia dei contratti quadro”: fu così che si giunse a una modifica dello Statuto dei lavoratori che permetteva di derogare, con riferimento ad alcune materie, alle regole stabilite nel contratto di livello superiore mediante un contratto di livello inferiore dotato di determinate caratteristiche. L’effetto di tale riforma, contro ogni pronostico, fu opposto rispetto a quello auspicato, posto che nei contratti di livello nazionale venne introdotto un numero sempre maggiore di clausole di concorrenza e di complementarità, che di norma stabilivano limitazioni ai contratti inferiori. Ancora manca uno studio sistematico di tali clausole limitative e uniformanti, ma ammettendo che la disciplina interna delle confederazioni maggioritarie sarebbe stata

sufficiente a imporre una gerarchia tra i contratti settoriali, dal livello nazionale a quello locale, negoziati sempre dalle due centrali sindacali maggioritarie e dalla confederazione dei datori di lavoro, ne deriva che i principali destinatari di quelle clausole divenivano i contratti aziendali, negoziati nella maggior parte dei casi dal comitato aziendale e dal datore di lavoro.

Non esiste in Spagna una differenziazione delle materie suscettibili di essere oggetto di negoziazione da parte di un contratto piuttosto che di un altro, ragion per cui i contratti di livello nazionale finiscono per regolare e strutturare tutte le materie. Su questo aspetto, non si riscontra una significativa differenza rispetto agli altri Paesi europei, dato che la giustificazione storica dei contratti collettivi è sempre stata quella di evitare il dumping sociale tra le imprese o quella di dover basare la concorrenza del mercato sulla qualità dei prodotti o dell'organizzazione, ma non sulle condizioni di lavoro, proprio per evitare un ritorno alle aberrazioni dei primi decenni della Rivoluzione Industriale. Le clausole di sganciamento o di deroga sono generalmente riconosciute, per determinati casi, sia dalla legge che dai contratti di settore, ma con una differenza rispetto alla Spagna: mentre, infatti, in tutta Europa il rapporto tra i contratti settoriali e quelli aziendali è sempre consistito nel fatto che quelli settoriali stabiliscono standard minimi, mentre quelli aziendali prevedono deroghe *in melius* (un esempio è il caso della Germania. Nel 2009 in questo Paese esistevano all'incirca 250 accordi salariali [*Tarifverträge*] a livello nazionale o regionale, e i contratti aziendali avevano sempre un carattere fortemente migliorativo. Si veda R. BISPINCK, R. SCHULTEN, *Sector-level bargaining and possibilities for deviations at company level: Germany*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011, 1), in Spagna la concorrenza dei contratti collettivi non si basa sul principio della norma più favorevole, bensì su quello del *prior in tempore*, posto che si riconosce l'eguaglianza di rango per ogni contratto indipendentemente dal suo maggiore o minore ambito soggettivo. Una differenza di non poco conto rispetto al resto dei paesi, compensata a sua volta dall'efficacia generale o *erga omnes* dei contratti collettivi spagnoli. E così, quel panorama di standard uniformi ottenuto a livello settoriale e la minore importanza degli accordi aziendali, viene meno quando il modello nordamericano prende piede in campo internazionale, iniziando a esercitare la propria influenza non soltanto in Europa, ma in tutto il mondo. Addirittura in Paesi come il Giappone, in cui i sindacati possono fare affidamento su solide organizzazioni centralizzate, la contrattazione avviene a livello aziendale, sebbene contemporaneamente alla "grande offensiva di primavera". Il panorama che oggi prevale in tutto il mondo è quello della contrattazione a livello aziendale, piuttosto debole, per quanto pure esistano formule analoghe di standardizzazione, come quella degli accordi-paradigma ("*pattern-making contracts*") delle imprese leader in determinati settori, che fungono da riferimento per le altre contrattazioni all'interno del settore.

Tornando alla Spagna, la capacità gerarchica dei contratti di massimo livello venne meno con la riforma del 2011, che non alludeva più ai principi di complementarità tra le unità di contrattazione, lasciando agli stessi soltanto il monopolio nella determinazione della struttura negoziale e dei criteri di concorrenza (da ricordare che la riforma dal r.d.l. n. 7/2011 ha eliminato la possibilità di introdurre principi di complementarità e conferito priorità ai contratti aziendali, condizionando, però, al tempo stesso, questi ultimi a quanto stabilito dai contratti di massimo livello), il che non ha però impedito al legislatore della riforma del 2012 di fare un ulteriore passo in avanti, prevedendo espressamente che i contratti di massimo livello non potranno disporre di quella priorità applicativa propria unicamente dei contratti aziendali. Buona parte delle controversie generate per effetto dell'entrata in vigore della riforma sono state causate dal contrasto tra il peso che hanno ora assunto i contratti aziendali e le clausole gerarchiche dei contratti nazionali in vigore, come avremo occasione di commentare in seguito.

Ad ogni modo, la struttura della contrattazione collettiva presenta un nuovo regime, a tal punto che la professoressa Marín Alonso ha eretto quello della priorità a nuovo criterio principale della concorrenza tra i contratti, cui assegna il nome di principio di prossimità o vicinanza (I. MARÍN ALONSO, *La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desmantelamiento del derecho a la negociación colectiva*, in *Relaciones Laborales*, 2013, n. 4, 29; H. YSÀS MOLERO, *La articulación de la negociación colectiva sectorial y de empresa en Francia: ¿un modelo válido para España?*, in *Relaciones Laborales* 2012, n. 3, 63 ss.). Occorre, tuttavia, tenere in considerazione che i criteri di *prior in tempore* (art. 84.1 ET) e di gerarchia dei contratti di massimo livello (art. 83 ET), mantengono ancora la prevalenza nelle materie in cui non vige la priorità, oltre ad altre attenuazioni che andremo descrivendo nelle prossime pagine.

4. La priorità dei contratti aziendali come misura per combattere la crisi del 2008 non è una novità nel nostro continente, tanto che i primi esempi si registrano in Francia già precedentemente alla crisi, seguiti poi qualche anno dopo da quelli dell'Italia, e della Spagna nell'estate del 2011. L'analisi delle differenze tra gli uni e gli altri ci consentiranno di individuare interessanti sfumature che ci saranno d'aiuto per valutare i punti di forza e di debolezza del modello spagnolo.

Il cosiddetto *principio supletivo galo* compare in Francia con la l. n. 2004-391 e n. 2008-789, di riforma dell'art. L132-23 del *Code du Travail*, quale formula di adattamento dei contratti settoriali o interprofessionali alle condizioni specifiche delle imprese o degli stabilimenti; tuttavia, mentre in materie quali salario minimo, classificazione professionale e altre relative alla previdenza sociale, i contratti aziendali non possono derogare ai minimi stabiliti dai contratti di livello superiore, nelle restanti materie è invece ammesso che gli stessi possano «introdurre disposizioni derogatorie in tutto o in parte di quelle ap-

plicabili in virtù di un contratto o accordo aventi ambito territoriale o professionale più ampio, salvo che detto contratto o accordo non dispongano diversamente».

S'è visto, dunque, come non sia possibile imporre condizioni meno favorevoli di quelle previste dal contratto settoriale in materia di minimi salariali, il che rappresenta un'importante eccezione che tutela almeno in parte l'omogeneità a livello settoriale della principale delle condizioni di lavoro, per quanto altri aspetti della retribuzione rientrano comunque nella sfera della contrattazione aziendale. Al contrario, aspetti quali la giornata di lavoro rimangono regolati soltanto dalle previsioni di legge. Un altro aspetto importante risiede nel fatto che il contratto settoriale potrà derogare a quanto stabilito in quello aziendale, formulazione che ricalca quella che era contenuta anche nella legislazione spagnola del 2011, abrogata nel 2012.

Quasi contemporaneamente alla Spagna – anche se qui con una concertazione preventiva tra le parti sociali che fu un fallimento (l'*Exposición de motivos* del r.d.l. n. 7/2011 chiarisce come le parti sociali fossero state più volte sollecitate affinché formulassero una proposta di riforma che fosse frutto della loro concertazione, e poiché, dopo vari mesi, non si riusciva ancora a giungere a un risultato che fosse soddisfacente, il Governo ha deciso di intervenire. In Italia le parti sociali e il Governo avevano negoziato un'importante riforma che ha preso le mosse dall'accordo del 2 gennaio 2009, attraverso cui si era giunti ad autorizzare i contratti aziendali a derogare ai contratti nazionali. Cfr. A. DI STASI, *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Giuffrè, 2011, 16) – il Governo italiano approvava la manovra di ferragosto con il d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, che all'art. 8 regolava i c.d. contratti di prossimità. Si tratta di una regolamentazione più articolata, se non addirittura radicale, rispetto a quella francese appena vista, caratterizzata da tre aspetti principali.

In primo luogo, si consente che i contratti di prossimità possano derogare non solo ai contratti nazionali, ma anche «alle disposizioni di legge che disciplinano le materie indicate al comma 2», sempre nel rispetto della Costituzione e degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria e internazionale. Gli standard minimi assolutamente inderogabili sono, dunque, quelli comunitari e internazionali, il che porta a domandarsi quali soluzioni debbano adottarsi quando né gli uni né gli altri stabiliscano minimi specifici in una data materia o quando siano talmente generici da rendere impossibile una loro concreta applicazione.

In secondo luogo, assume particolare importanza il riferimento all'ambito oggettivo cui si applica una simile gerarchia, che giunge a interessare persino l'estinzione del contratto di lavoro, sia che si tratti di licenziamenti individuali che collettivi, con l'eccezione dei licenziamenti discriminatori, di quelli della lavoratrice nei casi di matrimonio, maternità fino al primo anno di età del bambino, di adozione o affidamento, o di ricorso al congedo parentale. Manca, invece, il riferimento alla regolazione tanto della retribuzione che della

giornata – mentre si è presente quello dell'orario di lavoro –, il che consente di osservare come l'ambito del sinallagma contrattuale interessato dalle possibili deroghe sia rimasto in Italia più ristretto rispetto a quanto avvenuto nel caso della regolamentazione spagnola. Altre materie nelle quali il contratto di prossimità italiano gode di priorità sono quelle relative ai mezzi audiovisivi di controllo, alle nuove tecnologie, alle mansioni, alla classificazione e all'inquadramento dei lavoratori, e a tutto il complesso delle modalità di assunzione, così come alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro. Un elenco di materie, dunque, alquanto distinto rispetto a quello conosciuto in Spagna, che verrà analizzato nel prosieguo.

Il terzo aspetto, però, è quello che definitivamente distingue i contratti di prossimità italiani dai contratti aziendali prioritari spagnoli, posto che i primi vengono definiti come quei contratti sottoscritti non solo a livello aziendale, ma anche settoriale, dalle organizzazioni sindacali più rappresentative o dai loro rappresentanti in azienda, con efficacia generale per tutti i lavoratori, sempre che siano sottoscritti dalla maggioranza di dette rappresentanze sindacali. In altre parole, non si determina una radicale contrapposizione tra il contratto aziendale e i contratti settoriali di qualunque livello, posto che anche questi sono in grado di prevalere rispetto alle leggi e ai contratti di livello nazionale. Si tratta, in buona sostanza, di una prossimità relativa, nel senso che un contratto siglato a livello locale o provinciale si colloca in uno spazio di maggior vicinanza alle necessità delle imprese rispetto a quello nazionale o alla legge stessa. Solo, in parte, però, con una simile regolazione, si verifica un'attenuazione di questo nuovo criterio di concorrenza, per quanto attrattiva possa apparire la facoltà di derogare persino alle leggi del paese. D'altra parte, il ruolo del sindacato nella negoziazione di questi contratti consente un controllo sindacale più esaustivo rispetto al caso spagnolo, in cui l'accordo aziendale viene solitamente negoziato dalla rappresentanza unitaria, la quale gode di maggiore autonomia nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori rispetto alle sezioni sindacali. Tralasciamo, invece, in tale sede l'altro aspetto menzionato, quello dell'efficacia generale del contratto, segnalando soltanto che essa costituisce un importante rafforzamento del peso dei contratti in un paese in cui l'efficacia dei contratti collettivi è solitamente limitata ai membri delle organizzazioni firmatarie (non si dimentichi, tuttavia, che l'efficacia generale dei contratti esiste, invece, nel settore pubblico a partire dai d.lgs. n. 29/1993 e n. 165/2001, secondo i quali i contratti per i dipendenti pubblici hanno efficacia *erga omnes* quando sono sottoscritti da organizzazioni sindacali con una capacità rappresentativa congiunta superiore al 50% nel settore di riferimento. Una certa convergenza si avverte, inoltre, in Italia e Francia rispetto ai criteri per conferire capacità rappresentativa ai sindacati: nel caso italiano, il criterio è doppio, quello del numero degli affiliati e quello dei voti ottenuti nelle elezioni dei rappresentanti sindacali unitari nell'azienda).

Una comparazione con il quadro esistente nei paesi a noi vicini, per quanto sintetica, rimarrebbe incompleta se non venisse menzionato l'altro grande pa-

radigma continentale della contrattazione collettiva, quello tedesco. Bispinck e Bahnmüller hanno studiato la sua progressiva decentralizzazione “dall’interno”, attraverso clausole di sganciamento regolate dagli stessi contratti settoriali e grazie alle quali le imprese possono fissare condizioni meno vantaggiose rispetto a quelle fissate da un contratto di livello superiore (R. BISPINCK, *Kontrollierte Dezentralisierung der Tarifpolitik – Eine schwierige Balance*, in *WSI Mitteilungen*, 2004, n. 5, 237 ss.; R. BAHNMÜLLER, *Dezentralisierung der Tarifpolitik – Re-Stabilisierung des Tarifsystems?*, in R. BISPINCK, T. SCHULTEN (a cura di), *Zukunft der Tarifautonomie. 60 Jahre Tarifvertragsgesetz: Bilanz und Ausblick Zukunft der Tarifautonomie. 60 Jahre Tarifvertragsgesetz: Bilanz und Ausblick*, VSA, 2010, 81 ss.).

Non a caso, Bispinck definisce questo fenomeno “decentralizzazione controllata”. L’origine di tale tendenza si fa comunemente risalire al contratto dell’industria metallurgica della metà degli anni Ottanta, in occasione del quale i datori di lavoro ottennero flessibilità in punto di fissazione della giornata nelle imprese in cambio della progressiva riduzione dell’orario di lavoro sino a un massimo di 35 ore. Successivamente, la riunificazione tedesca del 1990 condusse all’introduzione nei contratti di clausole di sganciamento (*hardship clauses*) in favore delle imprese in difficoltà dell’ex Germania dell’Est, clausole che poi si diffusero a loro volta nell’ex Germania dell’Ovest (R. BISPINCK, R. SCHULTEN, *op. cit.*, 2, con altri passi nella stessa direzione nelle fasi successive). Occorre poi menzionare anche un altro tipo di deroga agli standard settoriali che si sta affermando tanto in Germania quanto in Italia, e che trae origine dalla profonda crisi delle associazioni datoriali dovuta all’allontanamento e alla disaffiliazione di importanti imprese e gruppi di imprese, i quali a volte negoziano con i loro sindacati a livelli inferiori rispetto a quelli stabiliti, in spregio all’organizzazione di riferimento, mentre, altre volte, semplicemente escono dall’organizzazione settoriale cui erano affiliati, smettendo così di seguire quelle regole collettive. Ad oggi, la Germania registra un livello di copertura contrattuale tra i più bassi dell’Europa occidentale, come indica Schulten (T. SCHULTEN, *Das deutsche Tarifvertragssystem in europäischen Vergleich*, in R. BISPINCK [a cura di], *Wohin treibt das Tarifsystem?*, VSA, 2007, 217 ss.). Risulta quantomeno curioso che il paese che più ha spinto in Europa, negli ultimi tempi, in direzione della riduzione delle condizioni di lavoro, abbia continuato a farlo da così tanto tempo e in maniera concertata tra sindacati e datori, proprio mentre il legislatore sosteneva la riduzione dei minimi legali e della tutela contro la disoccupazione mediante la strategia Hartz del primo decennio del secolo XXI. Neppure si è disturbato a intervenire sull’ultraattività dei contratti, che continua a essere regolata dall’ormai risalente art. 4 della legge sulla contrattazione collettiva allo scopo di mantenere l’efficacia delle clausole normative – le *Rechnormen* – del contratto sino a che non si raggiunga un altro accordo.

5. Lo Statuto dei lavoratori spagnolo menziona direttamente il contratto aziendale senza fornire ulteriori dettagli, che dovranno dunque ricercarsi nelle

rispettive disposizioni, soprattutto al fine di determinare quali siano i soggetti legittimati a firmarlo e quali le regole per la sua validità ed efficacia. Il problema che, tuttavia, sicuramente darà luogo a più controversie nell'immediato, risiede nella possibilità di estendere per analogia la facoltà di cui gode il contratto aziendale prioritario ad altre figure simili le quali, pur non essendo contratti aziendali in senso stretto, ben potrebbero considerarsi appartenenti alla stessa famiglia, in senso lato.

Per fornire una risposta il più possibile adeguata, dovremmo prima definire quale sia la corretta interpretazione da attribuirsi al regime dei contratti aziendali prioritari. Dal punto di vista della *intentio legis*, la priorità implica una preferenza netta del legislatore per questi strumenti, ragion per cui dovrebbe applicarsi un'interpretazione ampia o lata. Al contrario, se seguiamo il ragionamento tradizionale della giurisprudenza in materia di privilegi giuridici – di fatto la priorità rende prevalente un tipo di contratto rispetto agli altri, quando di regola, invece, tutti hanno lo stesso rango gerarchico –, la soluzione deve essere quella opposta, e l'interpretazione da sostenere sarebbe, di conseguenza, quella restrittiva. Da ultimo, dal punto di vista funzionale, occorrerà valutare se le figure analoghe al contratto aziendale possano svolgere la sua stessa funzione che, in buona sostanza, consiste nell'adattare alle necessità dell'impresa una regolazione che inizialmente è prevista in modo generico in un contratto settoriale; adattare nel senso di stabilire un nuovo equilibrio tra gli interessi dell'impresa e quelli dei lavoratori, solitamente a discapito di questi ultimi, ma talvolta semplicemente differente, che consenta all'impresa di competere a migliori condizioni contro le concorrenti. Si tratta di una scelta legislativa che comporta evidenti rischi di frammentazione e smantellamento degli standard collettivi, dal momento che si permette alle imprese di competere facendo leva sulle condizioni di lavoro.

Con riferimento a varie figure assimilabili sorgono dubbi circa la loro inclusione: gli accordi aziendali, i patti con efficacia limitata allo stesso livello, i contratti a livello di stabilimento e i c.d. *convenios de franja* (espressione con cui si fa riferimento a contratti che si applicano a un determinato gruppo di lavoratori all'interno dell'impresa). Pare opportuno un breve cenno alle differenze tra questi e i contratti aziendali, per poter comprendere quale criterio interpretativo adottare.

La maggiore prossimità si riscontra nei contratti aziendali, strumenti collettivi informali negoziati dai rappresentanti legali dei lavoratori o, in certi casi, da una commissione *ad hoc* composta di tre lavoratori appositamente eletti (lo Statuto dei lavoratori non si esprime in maniera chiara sulla natura dello strumento collettivo in oggetto, se si tratti cioè di contratto statutario o di un accordo informale aziendale, visto che fa riferimento ad esso come a «un accordo tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori legittimati a negoziare contratti collettivi secondo quanto previsto dall'art. 87.1», un giro di parole che non sarebbe stato necessario se l'intenzione fosse stata quella di restringere l'applicazione della priorità solamente ai contratti statutari aziendali. Si dedu-

ce quindi che il riferimento è tanto ai contratti quanto agli accordi di detto livello. Sono dunque questi accordi aziendali di sganciamento a rendere possibile la “perforazione dei contratti”, vale a dire, degli standard collettivi, sino ad arrivare alla possibilità per il datore di lavoro, di derogare, con decisione unilaterale, ai minimi stabiliti in un contratto di qualunque livello. In effetti, se è possibile derogare al contratto in virtù di detti accordi aziendali, questi, a loro volta, possono essere derogati in base al procedimento dell’art. 41.4 ET, secondo il quale, una volta trascorso un periodo di consultazioni, la decisione finale spetta comunque al datore di lavoro, come si legge nel § 5 dello stesso articolo. Al riguardo si veda A. OJEDA AVILÉS, “*Barrenado*” *de convenios y contenido esencial del derecho a la negociación colectiva*, in E. BORRAJO DACRUZ (coordinato da), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Actualidad, 1995, 199-217. Il tema, per quanto rilevante, è tuttavia rimasto nella penombra a causa del dibattito cresciuto attorno all’arbitrato della Commissione Consultiva Nazionale di Contratti Collettivi in caso di mancato accordo, art. 82.3 ET).

I patti con efficacia limitata, invece, comunemente definiti “contratti extrastatutari”, sono soliti ricevere in Spagna la considerazione di contratti *erga omnes* falliti, dalla cui negoziazione prendono le distanze, o addirittura non vi partecipano, il sindacato o i sindacati che potrebbero attribuire agli stessi efficacia generale, costringendo i firmatari a doversi rassegnare all’applicazione ai soli affiliati. L’accusa comunemente mossa a tali contratti, secondo cui gli stessi sarebbero frutto della negoziazione con un sindacato “giallo”, è tuttavia infondata, posto che non può partirsi dal presupposto secondo cui il datore di lavoro cercherà sempre di rapportarsi con un sindacato da egli stesso controllato per negoziare le condizioni di lavoro, e, ad ogni modo, questa condotta darebbe avvio a meccanismi processuali finalizzati a reprimere le condotte antisindacali. La minore rappresentatività delle parti negoziali ha come riflesso la minore efficacia soggettiva dello strumento. Dal punto di vista della funzione che tali contratti sono in grado di svolgere per favorire quell’adattamento ricercato dall’impresa, alcuni obiettivi, individuati di volta in volta dall’impresa stessa, possono certamente essere raggiunti.

Per quanto riguarda, poi, i contratti stipulati a livello di stabilimento, sono anch’essi privi della forza attribuita ai contratti aziendali, nonostante le parti godano della medesima legittimazione a negoziare. Quando i problemi da risolvere interessano uno stabilimento altamente specializzato – quello di logistica, per fare un esempio – il contratto stipulato all’interno di quello stabilimento è potenzialmente in grado di rispondere alle esigenze dell’impresa, esattamente come quando ci troviamo di fronte ad uno stabilimento di grandi dimensioni nell’impresa, come succede in alcune compagnie automobilistiche (Seat, Fiat, Volkswagen).

Con riferimento, infine, agli accordi *de franja* (che normalmente riguardano il gruppo professionale più significativo nell’ambito dell’impresa), questi possono parimenti soddisfare le necessità concrete dell’azienda, applicandosi a

gruppi di lavoratori che di solito godono di una certa autonomia, come piloti di linee aeree, medici ospedalieri, giocatori professionisti, ecc.

Nell'obiettivo, dunque, di individuare il corretto criterio normativo di interpretazione, la giurisprudenza adoterà senza dubbio quello canonico secondo cui un'eccezione o un privilegio non possano che interpretarsi restrittivamente, nel nostro caso, di conseguenza, ammettendo esclusivamente il contratto aziendale in senso stretto e le eccezioni che il legislatore espressamente consenta. Eppure, i confini tra questo contratto e le figure analoghe appena scorse risultano assai labili, quasi impercettibili. Prendiamo ad esempio i contratti a livello di stabilimento: a prima vista appare evidente come uno stabilimento costituisca soltanto una parte dell'impresa, e che dunque non possa essere considerato alla stregua dell'impresa nel suo complesso; tuttavia, non può non tenersi conto della circostanza secondo cui, nella prassi spagnola, stabilimento e impresa siano concetti coincidenti nella stragrande maggioranza dei casi, vista l'elevata presenza di piccole imprese, mentre nei restanti casi la differenza è il più delle volte riscontrabile tra uno stabilimento produttivo di grandi dimensioni e un centro direttivo con un numero limitato di addetti. Differenze di minor conto separano, invece, il contratto dall'accordo aziendale, posto che, nella prassi, si riscontrano unicamente variazioni formali e procedurali, sebbene nella negoziazione del secondo emerga sporadicamente l'enigma delle commissioni *ad hoc*.

Dal punto di vista funzionale, si può discutere su quanto l'interpretazione restrittiva eviti il ricorso a deroghe o sganciamenti a danno dei lavoratori, o se al contrario procuri nuove possibilità alle imprese, che vedono ampliato l'ambito dello strumento che le autorizza ad agire in tal senso. Se per esempio si ritenesse che solo tramite contratto aziendale in senso stretto fosse possibile modificare il minimo salariale previsto nel contratto di livello superiore, a prescindere dal fatto che il problema dell'adeguamento salariale fosse emerso a livello di impianto o di gruppo di lavoratori, detta soluzione permetterebbe al datore di lavoro di modificare i salari di tutta l'impresa. Non a caso, in altri paesi si utilizza la denominazione di "contratti di prossimità", e Marín Alonso fa riferimento al principio di vicinanza: il contratto che stiamo analizzando, infatti, altro non è se non una variante del vecchio principio di specialità normativa. Estendere la soluzione al di là dell'ambito in cui il problema si pone, non solo contraddice l'intenzione del legislatore, ma finisce, altresì, per concedere più di quanto richiesto. Ne consegue che se le parti decidono di negoziare uno strumento di livello minore rispetto a quello aziendale, staranno agendo in conformità all'*intentio legis* dell'art. 84.2 ET.

In definitiva, dovrà intendersi per contratto aziendale, in senso lato, quello che non va oltre tale delimitazione.

L'art. 84 ET contiene due eccezioni importanti. Ai sensi del comma 2, la stessa priorità applicativa si riconosce ai contratti di un gruppo di imprese o di una pluralità di imprese vincolate tra loro per ragioni organizzative o produt-

tive e nominativamente identificate. Analizziamo dunque le differenti possibilità che offrono i due concetti.

I gruppi d'impresa – sia che si identifichino in quelli individuati formalmente ai sensi della legislazione commerciale o fiscale, sia che coincidano con quelli originati da vincoli stabili che generalmente conducono ad una gestione congiunta in capo all'impresa madre – hanno visto aumentare il loro raggio di azione tramite quelle che lo Statuto dei lavoratori definisce “pluralità di imprese” tra loro legate per motivi organizzativi o produttivi. Trattasi di un fenomeno che riguarda tipologie di coordinamento sporadiche e parziali – l'esempio più classico è quello delle “unioni temporanee di aziende” (UTES) – create con un proposito imprenditoriale concreto, per un periodo di tempo determinato e frequentemente presenti nella contrattazione collettiva. A differenza dei gruppi d'impresa, il coordinamento è solo parziale e non compromette l'autonomia delle aziende che ne fanno parte.

Al di là delle unioni temporanee di aziende, è possibile rilevare una serie di modalità di coordinamento e raggruppamenti d'impresa di diverso tipo e dimensione, come il “raggruppamento di interesse economico” di cui alla l. n. 12/1991, strumentale ad imprese ed enti che ne fanno parte, o i “raggruppamenti portuari di interesse economico” di cui alla l. n. 48/2003, formati dalle imprese di carico e scarico o, ancora, i “raggruppamenti europei di interesse economico” di cui al regolamento UE 2137/1985, i cui utili vengono ripartiti tra le imprese appartenenti al raggruppamento.

Allo stesso modo, i contratti in cui sono coinvolte imprese legate tra loro in funzione di una ragione produttiva concreta, come nel caso di appalti e subappalti, con l'impresa principale, sono da considerarsi rientranti nel concetto di “pluralità organizzative o produttive” di cui all'art. 84.2 ET.

Il franchising, allo stesso modo, presuppone un coordinamento parziale delle attività, nel senso che l'affiliante stabilisce le condizioni di uniformità del servizio che deve essere prestato dalle affiliate, tra le quali figurano a volte anche alcune condizioni di lavoro. Come indicato da Bescos Torres, i manuali operativi delle reti di franchising solitamente forniscono una descrizione dettagliata in punto di obblighi del personale, assunzioni, licenziamenti, modalità di formazione del personale, selezione dello stesso, orari, ecc. (M. BESCÓS TORRES, *La franquicia internacional. La opción empresarial de los años noventa*, BEX, 1989, 58). Il franchising costituisce un fenomeno di coordinamento del nostro tempo, di fronte al quale, però, il legislatore si mostra insensibile, nonostante i tribunali del lavoro siano dovuti intervenire in più di un'occasione. Come segnala Olmo Gascón, si tratta di un procedimento di decentralizzazione produttiva deregolamentato dal punto di vista del lavoro (A.M. OLMO GASCÓN, *La franquicia: un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Tirant lo Blanch, 2004. Si veda altresì E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Aspectos jurídico-laborales de las franquicias*, in *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, n. 97, 665 ss. Ri-guardo alle sentenze emesse, per la maggior parte, dai Tribunali Superiori di

Giustizia, si veda A. OJEDA AVILÉS, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley-Wolters Kluwer, 2010, 252 ss.). Un contratto tra affiliati di uno stesso marchio e sindacati del settore ricadrebbe, dunque, nella situazione in oggetto, sempre che la contrattazione precisi, individuandole *nominatim*, le imprese in questione, come richiesto dallo Statuto dei lavoratori.

Modalità di coordinamento come quelle precedentemente esposte le quali, senza arrivare ad essere gruppi d'impresa, risultano, tuttavia, vincolate da ragioni organizzative o produttive, possono dirsi, altresì, quelle caratteristiche delle imprese ausiliarie o somministratrici dell'impresa principale (la contrattazione collettiva comprende talvolta l'impresa principale e le subappaltanti e/o somministratrici. Un caso emblematico, in tal senso, risale al 10 ottobre 2012, data in cui venne firmato l'accordo quadro internazionale per la emittente televisiva Eurosport e le sue sedi in 59 paesi, così come per le aziende somministratrici e subappaltanti, *EWC News*, 2012), nonché quelle che derivano dall'uso di spazi comuni, o centri di lavoro condivisi, in cui le imprese coinvolte sono chiamate a cooperare per la corretta applicazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, come previsto dal r.d. n. 171/2004. Risulta difficile immaginare che per questa semplice ragione si possa giungere a un contratto che abbia valore nei confronti di tutte quelle imprese e per le materie segnalate dallo Statuto dei lavoratori; tuttavia, nella remota eventualità in cui questo accada, tale accordo dovrebbe considerarsi prioritario nel senso sin qui riferito, ad esempio nel caso in cui le parti stipulassero un contratto per i servizi associati di prevenzione (art. 21, r.d. n. 39/1997) e questo stesso accordo contemplasse qualcuna delle suddette materie.

6. Nonostante l'intenzione del legislatore fosse quella di attribuire priorità ai contratti aziendali unicamente con riferimento ad alcune materie, e non ad altre, si riscontra, tuttavia, una certa confusione rispetto al contratto da applicare per ciascuna materia. Senza addentrarci adesso nel frequente fenomeno dei rinvii nel tempo da un contratto all'altro, cui si deve il mantenimento in vigore di aspetti importanti di contratti precedenti, il sinallagma contrattuale di ogni accordo verrà ora messo in dubbio con una certa frequenza dall'affermazione di uno strumento aziendale in grado di stabilire regole specifiche in materia di salari, ferie o classificazione professionale. Il legislatore ne ha sicuramente tenuto conto quando ha ristretto la priorità ai soli contratti aziendali siglati in un momento successivo rispetto a quello settoriale cui intendono derogare; le parti che lo negoziano hanno dunque di fronte il testo del contratto settoriale e per questo faranno tutto il necessario per sviluppare una regolazione articolata ed efficiente, una combinazione strumentale priva di attriti. Tuttavia, proseguendo nel ragionamento, non può certo negarsi che dette possibili combinazioni siano potenzialmente in grado di provocare notevoli livelli di squilibrio. La struttura della contrattazione collettiva raggiunge così un livello di complessità altamente instabile, nella prassi molto distante dall'agognato principio di unità contrattuale cui talvolta la giurisprudenza ha fatto riferimento. Sarebbe stato probabilmente più opportuno partire da una semplificazione del pano-

rama negoziale, soprattutto con riferimento all'eccessiva mole dei contratti provinciali, piuttosto che intraprendere un cammino indiretto così rischioso come quello che si è invece deciso di percorrere.

Occorre tener presente che la priorità può essere di diversi tipi. Nonostante l'art. 84.2 ET attribuisca carattere di assolutezza all'applicazione prioritaria del contratto aziendale rispetto ai contratti di massimo livello, in realtà bisogna tener presente che solamente nelle materie declinate dalla norma risulta inibito, per i contratti nazionali e di Comunità Autonoma, il potere di strutturare e gestire la contrattazione, finendo così per coesistere, di fatto, due categorie distinte di priorità, collocate ai due estremi della struttura negoziale. Tuttavia, non sembra complicato immaginare una coesistenza pacifica tra le due priorità, posto che la prima, quella degli strumenti di livello massimo, ha caratteristiche strutturali o macro, mentre la seconda è di tipo micro, o di dettaglio.

In realtà il vero attrito che può verificarsi è quello tra i contratti aziendali prioritari e i contratti derogatori a livello di Comunità Autonoma, cosiddetti *de afectación* e regolati dallo stesso art. 84 ai commi 3 e 4, immediatamente successivi. Si tratta di una regolazione piuttosto complicata, posto che determina la priorità dei contratti di Comunità Autonoma esclusivamente rispetto a quelli statali e nelle sole materie implicitamente specificate *a contrario sensu*, visto che sono indicate quelle a cui non è possibile derogare (i requisiti richiesti per far valere la deroga, tuttavia, sembrano aver neutralizzato la priorità, che non è stata infatti utilizzata sino a questo momento. Questi requisiti consistono nell'aver raggiunto tale decisione nel contratto di Comunità Autonoma con una maggioranza assoluta superiore al 50% della rappresentanza del settore, e che non esista patto contrario negli accordi o contratti di massimo livello, vale a dire, nel contratto di livello nazionale al quale si intende derogare). Ebbene, esistono diverse importanti materie che possono essere regolate, allo stesso tempo, dai contratti regionali e da quelli aziendali prioritari.

Si deve tener conto del fatto che il legislatore ha introdotto i contratti aziendali prioritari con lo sguardo rivolto al comma successivo, relativo ai contratti di Comunità Autonoma, posto che per alcune delle materie che ai sensi del comma 4 non possono essere regolate da questi ultimi, il comma 2 stabilisce, invece, la priorità, se non la piena disponibilità, di quelli aziendali. Tali sono i casi delle modalità di assunzione, non modificabili dai contratti a livello di Comunità Autonoma mentre sì, per alcuni aspetti, da quelli aziendali prioritari (la priorità costituisce qui un *flatus vocis*, ovvero un adattamento all'impresa degli aspetti rimessi dalla legge alla contrattazione aziendale, compito che, si presume, questi dovrebbero già abitualmente svolgere. Il limitato peso della norma emerge altresì dall'analisi dei casi in cui la legislazione rimanda alla contrattazione aziendale: sono contemplati per la maggior parte nell'art. 12 ET in relazione al contratto a tempo parziale e consistono principalmente in aspetti di dettaglio che la legge lascia alla concreta definizione da parte degli accordi settoriali «o, in loro mancanza, di livello inferiore». Anche nell'art. 15

ET è presente qualche riferimento alla contrattazione aziendale rispetto ai contratti a termine, ma questa volta a parità di condizioni con i contratti settoriali, anche se esistono casi in cui la materia è rimessa esclusivamente agli accordi settoriali, e altri in cui si fa un generale riferimento alla contrattazione collettiva, espressione che ricomprende i contratti aziendali e, secondo la nostra opinione, anche strumenti collettivi diversi dagli accordi statutari), così come anche quelli della classificazione professionale, parimenti non derogabile dal contratto di Comunità Autonoma, mentre sì da quello aziendale prioritario.

Ebbene, nelle materie coincidenti, si pone la questione di quale delle priorità prevalga. A favore della prevalenza delle deroghe a livello di Comunità Autonoma, si ricordi l'appassionato dibattito parlamentare che ha portato a una versione che raffinava un testo inizialmente troppo ampio, e i rigidi requisiti in termini di rappresentatività richiesti per poter superare quanto stabilito nei contratti di livello nazionale. Come può un contratto aziendale alla cui approvazione è molto probabile che abbia partecipato magari il 25% della rappresentanza del settore, prevalere su un contratto di Comunità Autonoma che deve ottenere un sostegno minimo di oltre il 50% di quella rappresentanza? A favore della priorità di quello aziendale esiste, invece, un semplice testo di due righe nel BOE (*Boletín Oficial del Estado*): gli accordi e i contratti di massimo livello non potranno disporre della priorità applicativa propria di quelli aziendali. Così semplice eppur così chiaro, sino al punto che sembra vanificare tutti gli sforzi effettuati nei contratti di Comunità Autonoma, tutta la forza legittimante che deriva loro dal fatto di essere siglati con un elevato sostegno. La *ratio* di una simile scelta emerge anche dalla premessa (*Exposición de motivos*) alla l. n. 3/2012, secondo cui l'esigenza era quella di evitare che i contratti di livello massimo mettessero in pericolo il processo di decentralizzazione («la precedente riforma del mercato del lavoro aveva anch'essa inciso sulla struttura della contrattazione collettiva, assegnando priorità applicativa al contratto aziendale rispetto ad altri contratti con riferimento a una serie di materie che si ritenevano essenziali ai fini di una gestione flessibile delle condizioni di lavoro. Nonostante ciò, l'effettiva decentralizzazione della contrattazione collettiva era rimasta nelle mani dei contratti nazionali o di Comunità Autonoma, i quali avevano il potere di impedire quella priorità applicativa. La novità che ora viene introdotta è diretta, precipuamente, a garantire detta decentralizzazione convenzionale, con lo scopo di facilitare la negoziazione delle condizioni di lavoro al livello più vicino e adeguato alla realtà delle imprese e dei loro lavoratori», *Exposición de motivos*, comma IV).

7. L'elenco delle materie la cui regolazione mediante contratto aziendale assume prevalenza rispetto a quella contenuta in un contratto di qualunque altro livello, è segno evidente dell'urgenza con cui il legislatore ha ritenuto di dover intervenire per far fronte alla crisi economica. L'obiettivo principale era quello di decentralizzare la materia dei salari, accanto anche ad altri aspetti che si ritengono particolarmente vicini alla gestione quotidiana dell'impresa,

come l'orario di lavoro, le funzioni e mansioni, le modalità di assunzione o le misure di conciliazione tra vita lavorativa e familiare. Inevitabilmente il confronto con altri strumenti disponibili a livello di impresa, come la modifica (art. 41 ET) o lo sganciamento (art. 82 ET) rispetto al contratto applicabile – di solito settoriale –, mostra come il numero di materie per le quali è possibile dare priorità alla contrattazione a livello di impresa risulti, di fatto, di gran lunga superiore.

Il grado di apertura della norma risulta evidente non solo in funzione del maggior numero di materie espressamente elencate, ma anche per la presenza della disposizione di chiusura che consente ai contratti di massimo livello di aggiungere ulteriori materie, possibilità non riconosciuta negli altri casi.

Esiste invece una significativa differenza in favore dei procedimenti di modifica o sganciamento, consistente nella possibilità di alterare la giornata di lavoro stabilita nella contrattazione di riferimento, e non soltanto la distribuzione della stessa, differenza che va a sfavore dei contratti aziendali prioritari.

Non è sufficiente, tuttavia, basare sulle sole valutazioni quantitative e qualitative riferite all'elenco di materie, l'analisi dei contratti aziendali prioritari, ma è necessario altresì tener conto del requisito causale che condiziona la validità delle modifiche e degli sganciamenti, il quale invece non è previsto per i contratti aziendali prioritari. Emerge qui nuovamente il delicato equilibrio tra concessioni e limiti messo in atto dal legislatore, sui cui effetti potremo dare un'opinione soltanto a seguito di un determinato periodo di osservazione. Chiaro è, tuttavia, che mentre per modificare o disapplicare un contratto, lo Statuto dei lavoratori impone la presenza di "giustificate ragioni" economiche, tecniche, organizzative o produttive, il cui effettivo verificarsi deve essere oggetto di constatazione da parte dei tribunali, con riferimento, invece, alla priorità del contratto aziendale, non sono richiesti né una causa né un motivo, senza che ciò comporti una minor tutela in punto di bilanciamento delle garanzie, giacché detta priorità è frutto di un contratto negoziato dai rappresentanti dei lavoratori, mentre i procedimenti di modifica o sganciamento possono concludersi anche per volontà unilaterale dell'imprenditore (*supra*). In questo modo le garanzie per evitare un abuso sono differenti, salvo i casi di causa grave o contrattazione collettiva statutaria che invece si equivalgono.

8. Passando all'analisi degli effetti che l'entrata in vigore della legge provoca sui contratti collettivi esistenti, come successo in altre occasioni in cui l'equilibrio interno dei contratti è stato alterato dall'introduzione di una nuova legge, anche la normativa in oggetto ha suscitato una certa resistenza nel momento in cui è divenuta immediatamente applicabile. La reticenza è andata in questo caso ben oltre, posto che la riforma ha interessato una quantità di aspetti ben maggiore rispetto al passato: ciò che difatti il legislatore ha posto in atto con l'ultima riforma è stato, né più né meno, la trasformazione alla radice del sistema su cui era basata la struttura negoziale, passando dal modello europeo a quello nordamericano, decentralizzato e disorganico. Se si ha memoria di quanto accadde al momento dell'introduzione delle 40 ore settimanali

li nel 1983, quando la gran parte dei contratti continuava nonostante ciò a prevedere ancora la giornata di 42 ore, si comprenderà facilmente la portata dell'introduzione di una novità quale la prevalenza dei contratti aziendali, che mette in discussione la gerarchia dei contratti al vertice, i quali, molto spesso, disciplinavano le clausole sulla struttura, sulla complementarietà e sulla concorrenza, talvolta in modo particolarmente rigido (tale è, ad esempio, il contratto del settore delle pompe funebri galiziane del 17 febbraio 2012, art. 3).

Ad ogni modo, l'impatto della riforma sarà diverso a seconda dei distinti settori di attività, visto che la struttura negoziale in ciascuno di essi ha peculiarità proprie – pur partendo dal predominio assoluto dei contratti di livello provinciale –, con differenze che si basano, in particolare, sul fattore dimensionale delle imprese che ne fanno parte: mentre, infatti, in alcuni settori, sono le grandi imprese a rivestire un peso maggiore nell'ambito delle relazioni industriali, altri settori si compongono, invece, esclusivamente di piccole imprese le quali, per la maggior parte, si affidano al contratto settoriale (una delle argomentazioni addotte a difesa in occasione dell'impugnazione del V Contratto Generale del settore dei Derivati del cemento – che analizzeremo a seguire – era proprio quella dell'assenza di conflitto, dato che in detto settore «non esistono contratti aziendali»). Vediamo, dunque, attraverso un breve ripasso delle clausole strutturali contemplate nei contratti nazionali o di Comunità Autonoma, come si giunge a tale conclusione.

Numerosi contratti settoriali, e non solo quelli di massimo livello, contengono clausole di indivisibilità in virtù delle quali le parti sono tenute a sedersi nuovamente al tavolo della negoziazione nel caso in cui qualche clausola del testo convenzionale risultasse invalida o addirittura inefficace per effetto di una decisione giudiziale. Difficilmente potrà ritenersi che un contratto aziendale possa portare all'annullamento parziale di un contratto di livello più alto, nonostante lo Statuto dei lavoratori utilizzi solennemente termini quali “modifica”, “disapplicazione”, “sganciamento” ecc., esattamente al pari delle leggi francesi e italiane che fanno riferimento al concetto di “deroga” a un contratto da parte, come visto, di contratti integrativi o di prossimità. La concorrenza tra gli uni e gli altri si produce in termini di applicazione, non di validità, e vedremo, in questo viavai, come il contratto di livello più alto finisca per perdere la propria operatività rispetto a un determinato numero di relazioni. Di per sé, tuttavia, il contratto aziendale prioritario non comporta l'annullamento di tali clausole.

All'opposto, il tribunale del lavoro, il pubblico ministero o i soggetti collettivi dotati di interesse legittimo, potranno sollecitare l'impugnazione del contratto ritenuto illegittimo (art. 165, *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* n. 36/2011, o LRJC), che potrà culminare in una sentenza di nullità con esecutività immediata; i terzi il cui interesse sia risultato gravemente leso, potranno parimenti sollecitare la medesima impugnazione finalizzata alla pronuncia di una condanna per i danni cagionati. Il punto debole di tali procedure risiede nella difficoltà di determinare fino a che punto possa considerarsi illecito o

lesivo un contratto che dovrà essere oggetto di revisione integrale nel caso in cui qualcuna delle sue clausole, ritenuta illecita o lesiva, rimanesse priva effetto (così, il V contratto generale per la Costruzione firmato in data 20 gennaio 2012 e presentato ai fini della registrazione e pubblicazione presso la Direzione Generale del Lavoro in data 23 gennaio 2012, art. 9). Se da una parte potrebbe ritenersi inutile la revisione quale strumento per eludere la applicazione del contratto prioritario, visto che significherebbe, in buona sostanza, iniziare nuovamente il processo con il medesimo risultato, dall'altra occorre tener presente che con un simile ragionamento si perde di vista il testo dell'art. 84.2 ET, il quale, come già rilevato, attribuisce priorità esclusivamente ai contratti aziendali siglati posteriormente, e non anteriormente, rispetto ai contratti di livello superiore. Il venir meno della priorità rispetto ai contratti aziendali già in vigore quale effetto della revisione di un contratto di livello superiore finisce per rappresentare, di fatto, la mera giustificazione alla impugnazione per illecito.

Situazioni di più verosimile conflitto le troviamo in relazione alle clausole *macro* dei contratti nazionali e di Comunità Autonoma, specialmente quando questi fissano regole di concorrenza tra contratti di distinto livello, consistenti generalmente nel dare prevalenza a quanto in essi stabilito rispetto a quanto previsto nei contratti di livello inferiore. Ciò è quanto accaduto con riferimento ai contratti nazionali nel settore delle Costruzioni e dei Derivati del cemento (il V contratto collettivo generale del settore dei Derivati del cemento, ad esempio, stabilisce nel suo testo originale che i contratti collettivi aziendali necessariamente debbano adeguarsi a quelli di settore in materia di struttura della contrattazione collettiva, giornata di lavoro, condizioni retributive e struttura economica), con la peculiarità che il primo dei due era stato concordato e registrato prima della riforma del lavoro, benché non ancora pubblicato, mentre nel caso del secondo gli atti sono stati firmati successivamente rispetto all'entrata in vigore della riforma.

Mossa dalla spinta alla "liberalizzazione" proveniente da alcuni organismi internazionali, la Direzione Generale del Lavoro del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha giocato un ruolo di primo piano nell'applicazione immediata del principio di priorità, dando l'avvertimento di non registrare o avanzare istanza innanzi ai tribunali per illiceità dei contratti il cui testo risultasse in contraddizione con quanto previsto dall'art. 84.2 ET. I contratti generali del settore delle Costruzioni e Derivati del cemento, vale a dire i settori maggiormente colpiti dalla crisi, sono stati oggetto di un rigoroso controllo che ha condotto a risultati diversi nelle due ipotesi a causa della differenza nella data di sottoscrizione, l'una precedente all'entrata in vigore della riforma, e l'altra successiva, in modo tale che per il primo fu possibile la registrazione e pubblicazione in Gazzetta (in *BOE*, 15 marzo 2012), anche se in un primo momento si era dichiarato che non sarebbe stato pubblicato, mentre il secondo deve la sua mancata pubblicazione e l'impugnazione innanzi alle au-

torità giudiziali al risultato di una sentenza della *Audiencia Nacional*, di cui nel prosieguo daremo conto.

La riforma del lavoro del 2011-2012 ha attribuito al datore di lavoro e ai soggetti collettivi a livello di impresa una vasta gamma di strumenti attraverso cui poter far fronte ad ogni tipo di avversità. Caro è stato, però, il prezzo che si è dovuto pagare, posto che per raggiungere tale obiettivo è stato necessario demolire una struttura che per decenni aveva funzionato molto bene, e che tuttavia, probabilmente a causa del progressivo affermarsi di paesi privi delle tutele garantite a livello europeo in materia sociale e previdenziale, si è dovuta mettere da parte, speriamo solo momentaneamente. L'impianto legislativo che ne deriva è maggiormente orientato a fornire soluzioni immediate piuttosto che garanzie, con una struttura, peraltro, ancora poco definita.

Si rafforza il ruolo dei tribunali nel garantire il buon funzionamento degli istituti recentemente creati, tra cui i contratti aziendali prioritari, soprattutto se, come abbiamo visto, non sembra possibile interpretare in maniera restrittiva il concetto di contratto nel senso statutario, dovendo dunque ritenere che vi rientrino accordi adottati persino da commissioni *ad hoc*, finalizzati a deflazionare il carico legislativo. I giudici, venuto meno il controllo amministrativo, stanno già fornendo la propria personale interpretazione in materia di licenziamenti collettivi per ragioni economiche, e lo stesso potrebbe accadere con riferimento al ruolo e al raggio d'azione dei contratti aziendali prioritari nella loro tensione dialettica con i contratti di livello superiore.

Il primo intervento giudiziale in materia di contratti aziendali prioritari è avvenuto su istanza dell'autorità del lavoro in un caso in cui il contratto in contraddizione con le nuove norme di legge era stato firmato successivamente all'entrata in vigore delle stesse. Si tratta della sentenza della *Audiencia Nacional* del 10 ottobre 2012, n. 95, che si pronuncia sulla questione del contratto del settore dei Derivati del cemento cui già si è fatta precedente menzione. Deve sottolinearsi il carattere dichiarativo della pretesa alla base dell'istanza, in quanto, come già accennato, non esistono contratti aziendali di alcun tipo in questo settore di attività e, di conseguenza, neppure è possibile rilevare alcun danno o conflitto in atto (nonostante tale affermazione sia stata contraddetta dall'Avvocatura dello Stato in rappresentanza della Direzione generale del lavoro durante il giudizio innanzi alla *Audiencia Nacional*). Nella sentenza non è ricompresa, pertanto, tale affermazione tra i fatti oggetto di prova, pur mantenendo grande rilevanza. Occorre segnalare che il settore dei Derivati del cemento non è lo stesso del Cementiero, nel quale, invece, è radicata la tradizione dei contratti aziendali (Holcim, Intalcementi, ecc.). L'art. 4 del V contratto del settore Derivati lo precisa chiaramente nel momento in cui delimita il proprio ambito funzionale: fabbricazione di conglomerati preparati e mortai, fabbricazione di prodotti di fibrocemento e loro trattamento e montaggio. Circa la struttura su due livelli, nazionale e provinciale, del settore, si vedano I. BALLESTER PASTOR, A. GARRIGUES GIMENEZ, A. VICENTE PALACIO, *La Negociación Colectiva en el Sector de la Construcción. Actualización 2005*, Comi-

sión consultiva nacional de convenios colectivos, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 36). Ciò nonostante, l'obiettivo della contestazione per illecito è quello di mettere in evidenza la contraddizione esistente tra principi giuridici, indipendentemente dal fatto che vi sia un illecito sanzionabile. È questa, dunque, la ragione per cui l'Autorità centrale del lavoro ha avanzato l'istanza in riferimento al contratto firmato il 21 febbraio 2012, quando già era in vigore il r.d.l. n. 3/2012, del 10 febbraio. L'istanza voleva fungere da monito verso quella pluralità di tavoli negoziali che sembravano non voler tener conto del cambiamento legislativo intervenuto, quand'anche l'effetto materiale che si sarebbe ottenuto con la sentenza era minimo o inesistente, non soltanto per l'assenza di contratti aziendali in quel settore, ma anche perché, in ogni caso, i soggetti collettivi interessati hanno il potere di far valere in qualsiasi momento l'illegittimità del contratto di livello superiore, così come, d'altra parte, oggetto di impugnazione possono essere gli atti che si producano quale effetto della sua applicazione attraverso i conflitti collettivi o individuali, come segnalato dall'art. 163.4, LRJS n. 36/2011.

Il reale conflitto che si pone con l'istanza è lo stesso già verificatosi altre volte nel trascorso storico del paese, ed è quello riguardante il rapporto tra la legge e il contratto collettivo, per cui è su questo aspetto che concentreremo la nostra attenzione, lasciando a margine le specifiche ragioni di attrito tra il citato contratto e la riforma legislativa. Andando al cuore del problema, si tratta di determinare il momento in cui la riforma legislativa inizi a produrre effetti sui rapporti di lavoro che già sono regolati da disposizioni collettive, in considerazione della generale irretroattività delle norme (art. 2 del Codice Civile) – in particolare di quelle a carattere sanzionatorio o limitativo dei diritti individuali (art. 9.3 della Costituzione) –, nonché della consacrazione del diritto alla contrattazione collettiva di cui all'art. 37.1 della stessa Costituzione. Di conseguenza, tanto per l'uno che per l'altro motivo, sembrerebbe esistere un'indicazione costituzionale all'intangibilità di un contratto collettivo sino alla sua estinzione. A sostegno dell'opinione contraria vi sarebbe, invece, il principio di superiorità gerarchica delle leggi rispetto ai contratti collettivi, in base al quale questi ultimi sono tenuti al rispetto di quanto nelle leggi stabilito.

La sentenza della *Audiencia Nacional*, l'unica fino ad ora, si esprime in favore della nullità delle regole del contratto: ritiene, infatti, che sia d'applicazione il principio di supremazia della legge, e che tale applicazione non possa essere rimandata – visto che l'operatività immediata non infrange il principio di retroattività, producendo effetto unicamente in relazione ai casi verificatisi successivamente all'entrata in vigore della riforma – al futuro quale «grado minimo di retroattività più vicino alla nozione di effetto immediato». Come base argomentativa viene citato un ampio repertorio di sentenze del *Tribunal Supremo* e due di quello Costituzionale, così come – *rara avis* – qualche opinione di dottrina. E senza dubbio, la base giurisprudenziale e costituzionale di entrambi i principi, quello della supremazia della legge rispetto al contratto e

quello della retroattività minima risulta talmente evidente da non richiedere revisione («La sentenza risulta prevedibile, ortodossa e adeguata alla legge vigente [...]. La colpa non è della sentenza ma della Legge», Cabeza Pereiro, nel suo blog del 18 settembre 2012). Tuttavia, per giungere così rapidamente alla conclusione della primazia della legge e del principio di irretroattività *in mitius*, la sentenza ha dovuto mettere da parte troppi aspetti dubbi: la norma in questione è un decreto-legge, non una legge; la concorrenza del contratto settoriale con quello aziendale non si pone al livello di validità del contratto, ma della sua applicazione ed efficacia; nel conflitto tra legge e contratto si applica normalmente il principio della norma più favorevole, non quello della gerarchia normativa; l'impugnazione di un contratto da parte dell'autorità del lavoro non solo è un retaggio del passato, ma è anche l'*extrema ratio*; il conflitto tra contratto settoriale e aziendale non produce efficacia giuridica reale sul settore dei Derivati, ecc. Analizziamo, dunque, gli argomenti alla base dei suddetti dubbi.

Le sentenze della Corte costituzionale (TC, *Tribunal Constitucional*) che annullano le clausole dei contratti nazionali contrarie al principio della priorità dei contratti aziendali sono la 58/1985 e la 210/1990. Entrambe risolvevano i dubbi di costituzionalità emersi rispetto a leggi che producevano effetti importanti su tutti cittadini, la prima con riferimento alla *Disposición Adicional 5ª* ET ed il pensionamento obbligatorio previsto dal contratto («Nell'ambito della contrattazione collettiva potranno essere concordate liberamente le età di pensionamento, salvo quanto disposto in materia di previdenza sociale»). La breve esistenza della *Disposición Adicional 5ª*, poi convertita in *Disposición Adicional 10ª*, terminò con la sua deroga ad opera della l. n. 2/2012, sebbene a seguito del periodo transitorio previsto dalla DT 15ª di detta legge), e la seconda con riferimento alla riduzione della giornata massima legale a 40 ore settimanali di lavoro di cui alla legge n. 4/1983. In entrambi i casi, così come pure in un'altra sentenza del TC, anch'essa relazionata con la *Disposición Adicional 5ª* ET – la 22/1981 – le istanze iniziali non avevano avuto ad oggetto l'illiceità del relativo contratto, quanto piuttosto l'effettiva o mancata esecuzione delle norme, in particolare, di quelle sul licenziamento dei lavoratori anziani e sull'inosservanza della nuova giornata di lavoro da parte delle aziende affiliate alla *Federación de Empresarios del Metal de Gran Canaria*. Non si dovette neppure attendere le sentenze dei tribunali *a quo* per avanzare ricorso per incostituzionalità, posto che furono gli stessi magistrati in causa a sollevare la questione di incostituzionalità innanzi all'Alto Tribunale. Il TC confermò la legittimità costituzionale di entrambe le previsioni legali, adducendo però diverse argomentazioni, tra le quali spiccava quella relativa alla capacità della legge di decidere se lasciare spazio o porre dei limiti alla contrattazione collettiva. E tuttavia anche in questo caso si rileva una certa distanza rispetto al *dictum* della sentenza oggetto della presente analisi: nelle sentenze riguardanti i licenziamenti per anzianità, il TC compensava la convalida dell'atto a patto che il lavoratore avesse diritto alla pensione, e che tale

misura fosse in grado, altresì, di produrre effetti positivi immediati sull'occupazione all'interno dell'impresa; nella sentenza sulla giornata di 40 ore, invece, la decisione costituzionale consentiva un avanzamento immediato nella riduzione della giornata di lavoro. Nulla di quanto descritto si verifica, invece, nel settore dei Derivati del cemento. Non v'è conflitto né danno sopravvenuto, non vi sono datori di lavoro, lavoratori, né sindacati o associazioni datoriali coinvolti nell'impugnazione del contratto – ancora inesistente, naturalmente –, né si pone la questione di incostituzionalità avanzata dalla *Audiencia*, visto che non si tratta più di un semplice giudizio come quelli che avevano messo in moto i procedimenti del massimo livello, né, infine, la sentenza ha cercato di individuare qualche forma di compensazione rispetto al contratto che si stava attaccando.

E ancora: la sentenza della *Audiencia Nacional* applica appieno e senza riserve il principio della superiorità della legge sul contratto, respingendo soltanto il fatto che l'impugnazione di alcuni articoli abbia come conseguenza l'invalidità del contratto nella sua interezza. A fronte delle precauzioni adottate dal TC, la *Audiencia* non si è mai fermata a riflettere sul fatto che l'attacco al contratto nazionale dei Derivati del cemento potesse essere sproporzionato e superfluo, che semplicemente mirasse ad ottenere un effetto intimidatorio, e non effettivamente restitutorio della legalità violata. Per comprendere le ragioni della soluzione adottata dalla *Audiencia*, basti soffermarsi sul fatto che in essa si legge che i salari stabiliti nel contratto nazionale erano la riproduzione di quelli di un contratto precedente alla riforma, il che rappresentava «una specie di clone di quanto già pattuito, e quindi del tutto inutile, visto che sul punto si era già deciso» (S.AN. 95/2012, Fundamento jurídico 5°). Inoltre, l'assenza di contratti aziendali nel settore, la non contraddittorietà tra parti collettive o individuali, ha consentito al tribunale di adottare una soluzione «ortodossa e adeguata alla legge vigente», nella convinzione che questa non avrebbe avuto effetti pratici. Nulla di più lontano da quanto è accaduto nella realtà. La sentenza è stata accolta dai quotidiani economici come un «importante sostegno» alla riforma, ed è stata al centro del dibattito pubblico. Proviamo, pertanto, ad addentrarci in alcune riflessioni circa la prudenza del TC nel momento in cui ha sancito il principio di gerarchia nel rapporto tra legge e contratto.

Il principio di superiorità della legge non è chiaramente definito come invece il legislatore vorrebbe. Certamente, quando la legge riconosce la validità dell'ordinamento sindacale, lo fa a condizione di stabilire i limiti e le regole del gioco, delimitando i confini di azione, processo che ebbe inizio quando il legislatore si risvegliò dal suo sogno astensionista del secolo XIX e cominciò a introdurre degli standard minimi rispetto ai quali le parti avrebbero potuto negoziare soltanto *in melius*. In tal senso, il principio di superiorità della legge è estraneo al nucleo centrale del diritto del lavoro e alla fissazione delle condizioni di lavoro, come emerge chiaramente dall'art. 3 ET: la legge prevale

sul regolamento, tuttavia, in caso di concorrenza tra norme di diversa natura, vige il principio della norma più favorevole.

Nonostante ciò, l'art. 3 ET effettua una ripartizione degli ambiti di applicazione per l'uno o l'altro principio in modo piuttosto elementare, e dottrina e giurisprudenza hanno ulteriormente ridotto il principio di superiorità della legge, come puntualmente segnala la sentenza della *Audiencia Nacional* e come conferma il ricorso di Cassazione presentato contro di essa dalla confederazione sindacale *Comisiones Obreras* (ricorso di cassazione 1034104/2012, 18 dicembre 2012, presentato da CCOO contro la Sezione Lavoro della *Audiencia Nacional*). Stiamo parlando di casi di inderogabilità assoluta della legge, di una norma di ordine pubblico assolutamente indisponibile, rispetto alla quale la contrattazione collettiva non può né migliorare né peggiorare i parametri dalla stessa stabiliti. Gli esempi che normalmente si citano, come l'età minima di accesso al lavoro o le norme di procedura, non danno pienamente contezza della reale portata di una simile capacità della legge di intervenire sulle strutture interne alla contrattazione collettiva. La legge, in buona sostanza, può penetrare sino a dove lo ritenga opportuno nel nucleo stesso della contrattazione collettiva, e imporre su di essa la propria volontà. Non può farlo, tuttavia, a piacimento e senza limiti, dato che la Costituzione e le Convenzioni internazionali considerano la contrattazione come parte di un diritto fondamentale sindacale, quando non addirittura un diritto fondamentale in sé (sul concetto di elemento essenziale del diritto fondamentale di libertà sindacale, oltre alla dottrina del TC, si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Demir e Baykara* del 12 novembre 2008, n. 34503/97, e l'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; sulla considerazione come diritto fondamentale in quanto tale, cfr. la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 28), ragion per cui è necessario misurare e adattare l'intensità dell'intervento a quella richiesta per il raggiungimento dell'obiettivo, che deve essere giustificato, esattamente al pari di qualsivoglia limitazione di diritti fondamentali. Anche con riferimento alla priorità dei contratti aziendali dettata dalla legge, non essendo state disciplinate soluzioni alternative, si riscontra la medesima inderogabilità assoluta, e tuttavia la questione che qui si pone è se l'invasione di campo possa o meno considerarsi giustificata in funzione degli obiettivi di liberalizzazione e adattamento al contesto aziendale.

È probabile che simili dubbi abbiano spinto le autorità amministrative a impugnare il contratto del settore dei Derivati prima che entrasse in conflitto con un contratto aziendale, poiché, se si fosse arrivati a questo, chi avrebbe impugnato sarebbe stato un sindacato o un gruppo di lavoratori per il minor salario ricevuto rispetto al precedente, e i giudici avrebbero quantomeno vacillato su quale fosse il principio da applicare, se quello della gerarchia della legge o quello della norma più favorevole. Si tratta, in verità, di un dubbio ragionevole, posto che quando si discute della priorità di un contratto su un altro, non si sta ragionando in senso stretto su quale contratto sia effettivamente di mag-

gior favore in termini di condizioni di lavoro, quanto piuttosto sulla struttura della contrattazione collettiva (concorrenza tra contratti), anche se, guardando la questione dalla prospettiva delle materie cui si applica la priorità, il tema è senza dubbio quello degli importi e dei livelli minimi, vale a dire di ciò in cui si sostanzia il maggiore o minor favore delle condizioni di lavoro. I dubbi sarebbero stati sufficienti, probabilmente, per sollevare la questione di incostituzionalità e prolungare l'incertezza più di quanto l'autorità amministrativa avrebbe voluto.

Si pone tuttavia un'ulteriore questione al momento di riflettere su quale sia la soluzione più adeguata. Il legislatore agisce in modo assai diverso, più rispettoso, nel momento in cui deroga alla vecchia norma che consentiva ai contratti collettivi di stabilire i licenziamenti per anzianità: il divieto si applicherà, secondo la *disposición transitoria* 15 della l. n. 3/2012, ai contratti sottoscritti a partire dall'entrata in vigore di tale legge, mentre rispetto a quelli già esistenti avrà effetto solo dal momento in cui abbia termine la vigenza per gli stessi pattuita. La ragione della deroga in tema di pensionamenti obbligatori nel contratto, che è quella di rafforzare la sostenibilità del sistema di previdenza sociale, differisce da quella adottata con riferimento alla priorità dei contratti aziendali, sebbene non per questo di minor importanza. E anche se ciò che abitualmente avviene nel diritto del lavoro non necessariamente coincide con ciò che avviene negli altri rami dell'ordinamento, visto che nel primo gli effetti della nuova normativa si applicano di solito anche ai rapporti di lavoro già in corso (i diritti *in fieri*), la legislazione del lavoro non dimentica le regole comuni in quelle situazioni di particolare rilievo in cui si va ben oltre la quotidiana successione di contratti e accordi, e addirittura riconosce il principio della condizione più favorevole per blindare le aspettative di diritto sorte in relazione a norme non più vigenti, applicando in tal caso il precedente del Diritto dei Funzionari sui "diritti quesiti", o come vengono definiti in altri paesi, "*vested rights*" (il ricorso di cassazione avanzato da CCOO allude al rifiuto da parte del TS, nella sentenza del 9 marzo 2004, di applicare la nuova norma che proibiva i pensionamenti obbligatori in contratto a situazioni già in corso, in base alla DT 2° CC, secondo cui «gli atti e i contratti siglati in base alla legislazione precedente e ad essa conformi, produrranno gli effetti da questa previsti»).

Così, se non v'era un conflitto neppure potenziale nel settore; se l'approccio, in casi più o meno simili, risultava maggiormente rispettoso della contrattazione collettiva rispetto a quello adottato in questo caso dal legislatore; e se la riforma aveva assegnato ai datori di lavoro un arsenale di strumenti per derogare, disapplicare o modificare i contratti, la considerazione che merita l'impugnazione realizzata d'ufficio dalla *Dirección General de Empleo* è quella di essere stata sproporzionata e irragionevole. A nostro avviso, l'azione avrebbe dovuto essere considerata inammissibile per insussistenza dell'oggetto o per il suo carattere meramente declaratorio. In alternativa, si sarebbe dovuto porre la questione di incostituzionalità innanzi al Tribunale

Costituzionale, dati i dubbi velatamente sollevati dalla medesima autorità giudiziaria («quel che è chiaro è che, una volta entrata in vigore la suddetta norma, se valida in quanto non tacciata di incostituzionalità, i contratti collettivi dovranno adeguarsi alla stessa», *fundamento jurídico* 3°).

L'intervento dell'autorità giudiziaria del lavoro nell'impugnazione dei contratti collettivi è stata generalmente criticata anche dagli stessi giudici, che hanno definito tale comportamento come un atto improprio che dovrebbe spettare al pubblico ministero, e che, ad ogni modo «risulta difficile spiegare come mai, in presenza di rappresentanze collettive o soggetti lesi interessati all'impugnazione del contratto ai quali la legge oltretutto consente l'azione diretta [...], si preveda la presenza di un'entità interposta che funga da promotrice dell'azione di impugnazione» (V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *Proceso de impugnación de convenios colectivos*, in AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Consejo general del poder judicial, 1991, 746). È priva di fondamento costituzionale, a parere di Conde Martín de Hijas, l'impugnazione per danni in cui l'Amministrazione assuma la difesa di un soggetto privato, quando è quest'ultimo – o il pubblico ministero in caso di ignoti – il soggetto cui spetta la decisione di difendersi o meno in un processo (V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *op. cit.*, 746. Inoltre, come si legge in A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN E M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, 262 y 267, parte della dottrina giustifica l'intervento amministrativo come una collaborazione con i giudici al fine di «salvaguardare la purezza dell'ordinamento giuridico», affermazione, però, priva di senso se si considera che allora dovrebbe avere lo stesso potere di salvaguardare la purezza dei contratti “extrastatutari” o dei lodi arbitrali contrari alla legge, il che invece non è previsto a livello legislativo – art. 163 LRJS n. 36/2011 – benché dottrina e giurisprudenza indirettamente lo ammettano mediante la registrazione di altri strumenti collettivi e mediante l'art. 85.1 ET, come previsto in AA.VV., *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Tecnos, 2010, 293). L'idea secondo cui l'illegittimità di un contratto debba cagionare un danno attuale, o quantomeno prevedibile, per poter giustificare l'intervento da parte dell'autorità amministrativa, è presente anche in dottrina: secondo Martín Valverde e García Murcia, con il sostegno di Alonso Olea e Miñambres Puig, la sentenza dovrà in ogni caso ripristinare quelle situazioni giuridiche in cui fosse possibile una sanatoria dei vizi e dei difetti, sia mediante il riconoscimento di diritti e interessi legittimi, sia mediante la riparazione dei danni e pregiudizi cagionati (A. MARTÍN VALVERDE, J. GARCÍA MURCIA, *La impugnación de los convenios colectivos de trabajo*, in *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1985, n. 24, 507; M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 1994, 266). L'intervento preventivo del potere pubblico sui contratti, trae origine dai tempi in cui il Ministero del lavoro deteneva il controllo di opportunità e di legalità dei contratti che venivano presentati per la registrazione, ponendo respingerli addirittura per il sol fatto di aver valutato che il momento

non fosse opportuno per “concedere” i miglioramenti richiesti (*Ley de Convenios Colectivos* del 1958, artt. 13 e 14, e art. 19 del regolamento del 22 luglio 1958. Ancora più severo era il controllo sindacale “interno”, spettante al Ministero delle relazioni sindacali così come descritto all’art. 11.4 del regolamento citato. Chiaro è che, a fronte di un rifiuto, era possibile procedere “internamente” con il cosiddetto ricorso per contenzioso sindacale. Il controllo continuò, sebbene in forma meno rigida, con la *Ley de Convenios* del 1973 e con il *Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo* n. 17/1977 nella sua versione iniziale).

Come ritiene buona parte della dottrina, è dunque giunto il momento di limitare al massimo l’intervento dell’autorità giudiziaria del lavoro nelle vicende afferenti ai contratti collettivi, almeno quando non vi siano parti interessate che espressamente lo richiedano o, il che è lo stesso, quando manchi un danno o pregiudizio evidente (sulla necessità di limitare al massimo il “controllo astratto di legalità”, sia per il rischio di rottura dell’equilibrio interno del contratto sia in quanto misura di controllo eccezionale, A. MARTÍN VALVERDE, J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, 500; F. DURÁN LÓPEZ, *Los pactos para la retribución de las horas extraordinarias y su consideración jurisprudencial*, in *Documentación Laboral*, 1983, n. 8, 63; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El control jurisdiccional de la negociación colectiva*, in *VI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1989, 226; R.M. PÉREZ YÁÑEZ, *El control judicial de los pactos colectivos*, Consejo Económico y Social de España, 1997, 105). Il professor De la Villa ha ricordato, con la sua abituale maestria, l’origine di un simile intervento legislativo quale retaggio di un’epoca in cui si pretendeva di esercitare un controllo sull’iniziativa collettiva, visto che secondo la formulazione originaria dell’art. 90 ET era l’unico possibile – e ancora oggi continua ad esserlo in tale articolo – anche se, ben presto, parte della dottrina iniziò a riconoscere la possibilità di individuare altre vie di impugnazione, le quali, a poco a poco, furono ammesse dai tribunali e dalle leggi processuali (L.E. DE LA VILLA GIL, *Impugnación de los convenios colectivos tras la LPL de 1990*, in AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, cit., 779. L’autore chiarisce che il dibattito dottrinale ha inizio tra Suárez González e Ojeda Avilés, seguito dalle sentenze TCT del 1982 e 1983, che ammettono la possibilità di impugnare il contratto tramite il procedimento previsto per il conflitto collettivo e per quello ordinario. Intervengono, poi, facendo qualche passo in avanti, le sentenze del *Tribunal Supremo* [S.TS. 12 luglio 1983] e del *Tribunal Central del Trabajo* [S.TCT. 10 novembre 1986], sino a quando, infine, il *Tribunal Constitucional* è intervenuto sostenendo l’interpretazione estensiva nelle sentenze 47/1988 e 124/1988. Sull’evoluzione giurisprudenziale che aprì la strada inizialmente monopolizzata dall’autorità amministrativa, si veda anche J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El proceso sobre conflictos colectivos e impugnación de convenios colectivos*, in AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, cit., 276 ss.).

Il punto è che non si sta negando l'ammissibilità del "controllo astratto di legalità", per quanto si tratti di un procedimento poco convenzionale in quanto limitato al contratto collettivo, bensì ciò che si obietta è il fatto che tale procedimento sia posto in capo all'Amministrazione del lavoro quale ultimo retaggio di un'epoca ormai superata, in cui essa era detentrica del potere tanto di controllo preventivo di legalità quanto di opportunità (per la distinzione tra la critica al controllo astratto di legalità e la legittimazione ad eseguire tale controllo, si veda F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Autonomía colectiva y control judicial de los convenios colectivos: el miedo a la impugnación de los convenios*, in AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, 2001, 534).

Inoltre, il fatto che un meccanismo tanto discutibile venga utilizzato in difesa non di una legge, ma di un decreto-legge, costituisce un ulteriore punto debole che va ad aggiungersi a quelli di cui il tribunale non ha saputo tener conto. L'art. 86 della Costituzione spagnola espone con chiarezza i requisiti necessari per utilizzare tale strumento normativo: in caso di straordinaria e di urgente necessità, il Governo potrà dettare disposizioni legislative provvisorie che assumeranno la forma di decreto-legge e che non potranno incidere sulle norme relative alle istituzioni fondamentali dello Stato, ai diritti, ai doveri, e alle libertà dei cittadini regolati nel titolo I, al regime delle Comunità Autonome o al diritto elettorale in generale. È possibile che in altri aspetti della riforma sia anche riscontrabile questo tratto della *straordinaria e urgente* necessità, non però in materia di contratti aziendali prioritari, e ancor meno con riferimento a quelli inesistenti del settore dei Derivati, che rappresenta il caso scelto dall'autorità del lavoro per sollevare il suo ultimo ricorso. Ma v'è di più. Una norma di tale rango non può avere la forza di porre limiti ai diritti fondamentali. «Attraverso una normativa eccezionale che implica la sussistenza del presupposto costituzionale dell'urgente necessità, quale è un decreto-legge, non può regolamentarsi una nuova struttura della contrattazione collettiva» (come si legge nel ricorso di CCOO contro la sentenza AN nel suo 3° Motivo sull'incostituzionalità del r.d.l. n. 3/2012). Per evitare gli abusi da parte dell'Amministrazione nel ricorso a decreti-legge, la giurisdizione amministrativa dispone di determinati strumenti di controllo (artt. 1 e 25 ss. della l. n. 29/1998), tra cui la facoltà, in capo al *Tribunal Constitucional*, di annullare il decreto-legge *ultra vires* (si veda in tal senso l'interessante rapporto di J.L. LAHERA FORTEZA, J.C. GARCÍA QUIÑONES, *Informe 254. Argumentos jurídicos para una eventual impugnación del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público*, 2010, 2, sulla facoltà del TC di rigettare, in caso di utilizzo abusivo o arbitrario dello strumento, la definizione che gli organi politici danno di una situazione determinata come caso di straordinaria e di urgente necessità, negando in questo modo la possibilità di ricorrere a procedimenti legislativi d'urgenza, con la conseguente dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per insussistenza dei requisiti richiesti, essendosi avvalsi di po-

teri che la Costituzione ha riservato alle Corti generali – SSTC 29/1982, del 31 maggio; 111/1983, del 2 dicembre; 23/1993, del 21 gennaio; 182/1997, del 28 ottobre; 137/2003, del 3 luglio; 189/2005, del 7 luglio; e 329/2005, del 15 dicembre).

Il contratto collettivo del settore dei Derivati del cemento fungerà, senza dubbio, da *leading case* per raddrizzare la rotta dei contratti aziendali prioritari. Il ricorso in cassazione potrebbe terminare con una questione di incostituzionalità, anche se il risultato più probabile sarà forse quello di cassare la sentenza, lasciando così privo di effetto l'annullamento parziale del V contratto. Contrariamente a quanto a prima vista potrebbe pensarsi circa l'inutilità della sentenza di cassazione, per il fatto che il r.d.l. 3/2012 venne poi convalidato dalla l. 3/2012, dichiarare la validità del contratto vorrebbe dire farlo perdurare nel tempo anche oltre la scomparsa della norma eccezionale che, secondo l'*Audiencia Nacional*, veniva contraddetta, sorgendo così la necessità di procedere con un'altra impugnazione da parte dell'autorità giudiziaria del lavoro, stavolta per contraddire quanto previsto dalla citata legge, il che sarebbe difficile da digerire.

Nel mentre, è stato avanzato un ricorso di incostituzionalità contro i contratti aziendali prioritari e altri aspetti della l. n. 3/2012, il cui accoglimento da parte del *Tribunal Constitucional*, potrebbe rendere superflua la cassazione della sentenza (ricorso accolto il 30 ottobre 2012, presentato dal Gruppo socialista e dalla *Izquierda Plural* [IP] contro sette articoli e due disposizioni del corpo normativo. Tali punti della legge, tra le altre cose, attribuiscono alla Commissione nazionale dei contratti collettivi la facoltà di disporre la non applicazione di condizioni pattuite nel contratto, danno preferenza al contratto aziendale, stabiliscono un anno di prova per gli assunti con il nuovo contratto a tempo indeterminato per le piccole e medie imprese ed eliminano i cosiddetti *salarios de tramitación*, vale a dire, il salario che il lavoratore avrebbe maturato nel periodo che intercorre tra il licenziamento e la sentenza che quel licenziamento dichiara ingiustificato).

9. Iniziando questa analisi, abbiamo visto quale fosse la funzione dei contratti aziendali prioritari, così come definita nella *Exposición de motivos* della l. n. 3/2012 – la quale a sua volta richiamava la precedente del r.d.l. n. 3/2012 –, vale a dire, quella di ottenere un migliore adattamento delle relazioni di lavoro all'ambiente economico e produttivo in cui le stesse si sviluppano. Benché l'idea parta da un errore di prospettiva, quello secondo cui le relazioni di lavoro si sviluppano nell'ambiente economico e produttivo aziendale, affermazione che va invece relativizzata in funzione della globalizzazione e articolazione delle unità aziendali che fanno sì che buona parte delle decisioni di maggior rilievo vengano assunte a livello sovra-aziendale, a noi interessa ora concentrarci su un'altra dicotomia, quella della possibile divergenza tra la *intentio legis* e la *voluntas legislatoris*. Come spesso avviene, l'intenzione dichiarata della norma può differire dalla volontà reale del legislatore, come può emergere da dichiarazioni espresse del legislatore stesso – che detiene la maggio-

ranza parlamentare che ha sostenuto la legge – o dall'espressione diffusa del fenomeno nello scenario socio-economico.

Abbiamo constatato nel paragrafo precedente come l'adeguamento delle relazioni di lavoro al contesto aziendale non possa realizzarsi nel settore specifico che ci è servito da guida, mancando in esso quei contratti aziendali a cui poter attribuire gli effetti della priorità. A nulla serve concedere una facoltà in assenza di un soggetto cui attribuirli, né può ritenersi che esista una diversa intenzione della legge, come pure abbiamo visto. Potrebbe ritenersi che sia allora il caso del settore menzionato a distinguersi rispetto al resto dell'economia, visto che, come è risaputo, la maggior parte dei contratti esistenti in Spagna vengono stipulati a livello aziendale, nello specifico, il 72,8% nel 2012, contro il 27% dei contratti siglati ai restanti livelli. Il settore analizzato rappresenta dunque un'eccezione assoluta alla regola della schiacciante maggioranza dei contratti aziendali, rispetto all'esigua minoranza che si stipula a livello settoriale, soprattutto provinciale.

Ad ogni modo, da una parte, il numero dei contratti poco ha a che vedere con l'intero complesso dei rapporti di lavoro in Spagna, se consideriamo il numero dei lavoratori ai quali si applicano i contratti dell'uno o dell'altro livello. Nell'anno 2012, solo l'8,1% dei lavoratori spagnoli era coperto da contratti aziendali, il che lasciava ai settoriali un raggio di copertura pari addirittura al 92% di lavoratori (*Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva*, 2012, n. 36, 2 e 3). La distanza tra gli uni e gli altri continua progressivamente a crescere di anno in anno, al punto di poter affermare che «relativamente alla struttura della contrattazione collettiva, ciò che si evidenzia è la perdita di peso relativo dei contratti aziendali, nonostante il potenziamento degli stessi all'esito della riforma del lavoro del 2012» (*Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva*, cit., 4). I dati registrati dal suddetto organismo relativi al numero dei lavoratori coperti dai contratti aziendali tra il 2006 e il 2012, sono, in successione, l'11,8%, il 10,9%, il 10,2%, il 9,6%, l'8,6%, l'8,9% e l'8,1%, mentre contemporaneamente cresceva il numero dei lavoratori coperti dal contratto di livello nazionale. Un simile progressivo declino «è dovuto sia alla riduzione del numero di imprese e alla perdita di posti di lavoro conseguente alla crisi cominciata a fine 2007, sia al ritardo della contrattazione collettiva causato dalle difficoltà che la stessa crisi ha determinato nella conclusione di nuovi contratti collettivi tra datori di lavoro e lavoratori». E, in effetti, non v'è dubbio che tanto il numero dei contratti, quanto quello dei lavoratori che negli stessi trovano copertura, ha subito una riduzione con la crisi: basti infatti considerare che tra il 1985 e il 2006 il numero dei contratti aziendali era passato da 2.590 a 4.271, e quello dei lavoratori che ricevono copertura, da 1.062.500 a 1.879.000 – CEOE, *Balance de la Encuesta de CEOE sobre Negociación Colectiva 2007. Estructura y contenido de los convenios colectivos en España*, 2008, 21). Per altro verso, anche la cifra sul numero dei contratti è ingannevole, visto che se in rapporto a quelli di settore, quel 72,8% dei contratti aziendali sembrerebbe una percentuale molto alta, si tratta invece di

un dato che corrisponde a soltanto l'1% delle imprese esistenti in Spagna, vale a dire a 20.000 imprese che avrebbero negoziato al loro livello sul totale delle negoziazioni dal 1959 ad oggi, ben poche, dunque, se comparate con i 3.246.986 di imprese censite nel solo 2011 (dati del *Boletín Lex Nova*, blog del 25 settembre 2012, *El convenio de empresa manda*). Bisogna anche dire, come sosteneva qualche anno fa la *Confederación Española de Organizaciones Empresariales* (CEOE), che il contratto aziendale è proprio delle imprese di grandi dimensioni, composte da un organico in media di 350 lavoratori, e che i contratti settoriali sono normalmente applicati in imprese più piccole, composte da una media di 7 lavoratori (CEOE, *op. cit.*, 20).

L'intenzione del legislatore non può consistere, pertanto, nell'adattare le relazioni di lavoro all'ambito aziendale, quando la maggior parte di queste e dei loro lavoratori rientra nell'ambito di applicazione di un contratto settoriale. Non ci rimane, dunque, che verificare quale possa essere la volontà reale del legislatore, in quanto negare un qualcosa non significa affermare il contrario, e dovremo, dunque, azzardare una risposta, anche a rischio di sbagliarci.

La prospettiva del legislatore non è quella dell'azienda, ma è di tipo macroeconomico, come dimostra il fatto di collocare l'intervento della l. n. 3/2012 quale conseguenza della crisi finanziaria internazionale. Che sia per impulsi esogeni da parte degli organismi internazionali creditori, o per convincimento stesso della maggioranza parlamentare fautrice della normativa, il contratto aziendale prioritario non è che uno degli strumenti utilizzati, unitamente al forte accento posto sulla disapplicazione, deroga o modifica degli strumenti collettivi, allo scopo di cambiare il modello delle relazioni industriali, divenuto ora particolarmente individualista, e mettere da parte il dialogo sociale come modalità di regolazione delle condizioni di lavoro. La cancellazione di standard collettivi, che si considera necessaria per la competitività del paese in un'economia globalizzata, comporta un elevato incremento – almeno temporaneo – della disorganizzazione e della conflittualità in materia di lavoro (l'agenzia di stampa Europa Press ha contato 36.000 manifestazioni avvenute nel primo anno del governo conservatore, quasi 120 al giorno, per la maggior parte sulle questioni del lavoro, e senza che i sindacati abbiano saputo svolgere un ruolo da protagonisti nell'organizzazione del malcontento), così come della disoccupazione, fattori, questi, che potrebbero mettere a rischio l'auspicata ripresa. Così, in nome della tanto discussa flessibilità – afferma Vila Tierno – si procede a smantellare regole che esistevano dal 1994, se non, in molti casi, dalla redazione originale dello Statuto dei lavoratori del 1980 (F. VILA TIERNO, *op. cit.*, 4 della versione originale). A parere di Perán Quesada, una delle accuse più ingiuste mosse al modello spagnolo di contrattazione collettiva e, di conseguenza, agli attori sociali che lo supportano, è quella che dipinge tale modello come uno strumento inappropriato allo scopo di adattare le condizioni di lavoro alle circostanze concrete dell'impresa, o addirittura come un "ostacolo", con particolare riferimento alla moderazione salariale. Si ritiene che il rafforzamento del potere dei sindacati abbia un effetto negativo sulla

quantificazione dei salariali, e che questi non si riducano, o almeno non in maniera sufficiente, nei periodi di crisi economica. E, senza dubbio, spostare il peso della contrattazione collettiva sul contratto aziendale, non fa che produrre l'effetto di indebolire il potere dei sindacati, rendendo così meno vantaggiose per i lavoratori le condizioni di lavoro pattuite (F. PERÁN QUESADA, *op. cit.*, 4 versione originale).

La distruzione di un sistema che ha dato ottimi risultati in Spagna e nella maggior parte dei paesi dell'Unione europea, basato sulla concertazione sociale e sulla contrattazione collettiva, che rappresenta il fondamento del modello sociale europeo e che è espressione del Diritto Originario dell'Unione, non dovrebbe avvenire in maniera tanto acritica. Il fatto che il *dumping* sociale prevalga oggi in economia globalizzata non dovrebbe farci dimenticare che altri paesi europei, in particolare la Germania, sono riusciti a sfuggire alla crisi proprio grazie al dialogo sociale e alla cogestione (una profonda critica agli effetti della riforma Hartz in Germania, o Agenda 2010, basata sull'affermazione secondo cui, in realtà, la situazione positiva del paese sarebbe da ricercarsi nella partecipazione attiva dei sindacati nella gestione delle aziende e nella forza tedesca nel settore industriale, si trova in H.-D. KÖHLER, *El mito de las reformas en Alemania*, in *El País*, 4 gennaio 2013, 35). Intraprendendo, però, questa strada, rischiamo di allontanarci dal cuore del nostro discorso, e pertanto termineremo qui l'analisi dei contratti aziendali prioritari.

Antonio Ojeda Avilés

Professore di diritto del lavoro – Università di Sevilla

2. Uruguay

2.1. Ley n. 18.566 de 11 de septiembre 2009, *Sistema de negociación colectiva* (in  indice A-Z, voce *Uruguay*).

La rappresentatività del sindacato minoritario*

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La legittimità del sindacato minoritario. – **3.** Unicità e pluralismo sindacale. – **4.** I diritti del sindacato minoritario. – **5.** Il pluralismo sindacale nella l. n. 18.566. – **6.** Pluralismo della rappresentanza: convivenza delle norme della l. n. 18.566 con la convenzione internazionale del lavoro n. 135. – **7.** Conclusioni.

1. A partire dal 2005, con la convocazione dei Consigli dei salari (*Consejos de Salarios*, organi di natura tripartita creati con la l. n. 10.449, che vengono convocati in Uruguay allo scopo di stabilire, attraverso il dialogo sociale, sala-

* Traduzione dallo spagnolo a cura di Lavinia Serrani.