

Via A. De Gasperi n° 55  
80133 – Napoli

Prot. n° 1208/22  
Circolare N° 08 /AGOSTO 2011

AGOSTO 2011  
A tutti i colleghi(\*)

✚ **La contrattazione di prossimità: efficacia *erga omnes* limitata dal *diritto di dissenso* costituzionalmente garantito. Questo è quanto emerge dal D.L. 138/2011 in materia di Manovra Finanziaria Bis.**

**HABEMUS LA CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITA' DAL VALORE "ERGA OMNES"...ABBIAMO DUNQUE ANTICIPATO, DI FATTO, LA REVISIONE DELLA COSTITUZIONE ABOLENDO L'ART. 39..... MA SI SA, IN TEMPO DI TEMPESTA OGNI BUCO E' PORTO!!**

***In questi caldissimi giorni di Agosto il nostro pensiero è stato esclusivamente attratto dalla crisi finanziaria del nostro paese, dall'intervento della BCE che ha comprato i nostri titoli di credito, dalla necessità da tutti espressa di riforme che avessero ad oggetto il contenimento della spesa pubblica..... pensioni, politica e qualcuno (id: Bersani, Marcegaglia) vi voleva anche inserire la liberalizzazione delle professioni.***

*E, dopo tanti clamori seguiti da ipotesi (id: contributo di solidarietà, innalzamento dell'aliquota IVA, ennesima riforma delle pensioni, abolizioni di alcune province e Comuni) e da incontri con le "Parti Sociali" che non rappresentano altro che loro stesse(!!!), ecco il parto (non indolore):***Decreto Legge 13 Agosto 2011n. 138.**

**C'è solo una cosa che, da apolitici, ci sentiamo di esprimere: a prescindere dalla crisi (id: Keynes avrebbe riso all'affermazione aliunde profferita che "in un mese è cambiato tutto" in quanto si sa anche in natura che il fuoco cova sotto la cenere), bisognava arrivare al 2011 per comprendere l'inutilità di alcune Province, il costo eccessivo della Politica (il ristorante a prezzi modici per i Parlamentari è solo lo specchietto per le allodole) e l'inutilità di Comuni con 200 o 300 anime?**

**Se, chi di dovere, avesse letto quel magnifico testo "La Casta" di Stella e Rizzo, oggi nessuno si sarebbe potuto esibire in annunci enfatici che fanno ridere solo i polli (e testimoniano il distacco fra "Palazzo " e "Paese Reale").**

**Ma vuoi vedere, ci siamo chiesti, che adesso la colpa è del POPOLO?**

**Era inevitabile (crisi mondiale, effetto domino a parte) che si sarebbe arrivato a ridiscutere sullo stile di vita degli Italiani. Per anni, si è detto, abbiamo speso più di quanto ci fosse stato consentito, ora bisogna fare economia.**

**C'è solo un interrogativo a cui, finora, nessuno ha risposto: a beneficio di chi abbiamo speso??**

**E fra le misure "a sostegno dell'occupazione" ecco apparire l'art. 8 dedicato alla c.d. contrattazione di prossimità.**

Il Governo, con l'articolo 8 del decreto legge 138 del 13 agosto 2011, ha (*irritualmente ed innovativamente*) affidato alla neo nomenclata "**contrattazione di prossimità**" (*id: territoriale e/o aziendale*) la individuazione di **misure di sostegno dell'occupazione**.

Sia chiaro, il fenomeno di delegare la funzione normativa ai "contratti collettivi" non è certamente nuovo, ma ciò che stupisce è la volontà (*malcelata ma non pienamente osata*) di attribuire alla contrattazione di prossimità una efficacia *erga omnes*.

*Va bene "norma di riferimento" (ad esempio: Legge 389/1989 sui minimali contributivi) ma giammai attribuzione del valore erga omnes ai CCNL di qualunque livello!!!*

Tralasciando ogni considerazione di natura politica sul provvedimento legislativo in esame che ha indotto più di qualche commentatore ad accusare l'Esecutivo di una "*condotta alla Ponzio Pilato*" determinata da una "*mancaza di idee*" e con la finalità precipua di "*distruggere il contratto collettivo nazionale di lavoro* nonché di "*neutralizzare l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*", **scopo del presente lavoro è l'esame** – da un punto di vista squisitamente tecnico – **delle disposizioni in esso contenute con particolare riferimento ad un quesito che, da Ferragosto, attanaglia i giuslavoristi:**

***Il contratto aziendale – redatto secondo le regole di cui all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 – ha efficacia nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti, finanche di quelli non aderenti a nessuna delle organizzazioni sindacali sottoscrittrici?***

***Stando agli slogan dei primi anni '60 e '70 con i quali, con enfasi, si evidenziava da parte sindacale (e di buona parte della dottrina) la centralità e la sacralità del CCNL, la risposta dovrebbe essere positiva in considerazione del fatto che, non essendovi nel nostro ordinamento una scala gerarchica della contrattazione collettiva, se il CCNL (quello Nazionale) è sacro....lo è, per derivazione, anche quello di prossimità il quale è autonomo ed indipendente da quello c.d. nazionale.***

**Ma questa volta il valore "erga omnes" alle contrattazioni collettive (id: con particolare riferimento a quella di prossimità) è quasi stabilito dal decreto in esame!!**

Il tema, dunque, è estremamente delicato perché **investe la Costituzione, invade un terreno finora riservato esclusivamente alla dialettica delle parti sociali** e che è stato affrontato soltanto in via *incidentale* da (*poche*) sentenze.

Ecco gli attuali contenuti dell'articolo 8, intitolato "**sostegno alla contrattazione di prossimità**", del decreto legge 138/2011.

La disposizione, inserita nel titolo III del decreto legge rubricato "**misure a sostegno dell'occupazione**" si compone di tre commi.

**Il primo**, genericamente, si limita a facultare (è stato, infatti, utilizzato il verbo "*potere*") i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda **a realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività.**

Il riferimento, **anche se non esplicito e tenuto conto del successivo comma 3**, è ovviamente ai contratti aziendali sottoscritti con le nuove regole di cui all'accordo interconfederale del 28 giugno scorso stipulato tra la CONFINDUSTRIA e CISL, UIL e (*finanche*) dalla CGIL.

Come noto, con tale accordo sono state definite – almeno nel settore industriale - le regole per sancire la "*rappresentatività*" delle organizzazioni sindacali a livello nazionale per la stipula dei contratti collettivi nazionali di categoria e quelle per la efficacia generalizzata della contrattazione di livello aziendale.

**A livello nazionale**, la rappresentatività è stata, infatti, ancorata ai parametri "**associativo**" ed "**elettorale**". Il primo sarà certificato direttamente dall'INPS, sulla scorta delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori ricevute a mezzo di una costituenda (*previa convenzione con l'Istituto di previdenza*) sezione del flusso telematico UNIEMENS. Tale

dato sarà poi ponderato con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche (*ogni tre anni*) delle RSU che i sindacati avranno cura di trasmettere al CNEL.

La *legitimitas ad negotium* sarà conseguita qualora per ciascun sindacato sia superata la "**soglia di sbarramento**", pari al 5% del totale dei lavoratori della categoria a cui si applica il CCNL.

**A livello aziendale**, le OO.SS. stipulanti l'accordo interconfederale in questione hanno stabilito (*in spregio alla posizione della giurisprudenza dominante*) – al punto 3 - una sorta di "*sottoposizione*" del contratto di prossimità a quello nazionale e (*evidentemente in via provvisoria e/o sussidiaria*) alla legge, atteso che sarà proprio il CCNL ovvero la legge a determinarne l'oggetto.

L'efficacia del contratto aziendale, relativamente alla parte economico-normativa, è estesa a tutto il personale dipendente qualora sia stato approvato dalla maggioranza dei componenti le R.S.U., elette sulla base delle vigenti regole interconfederali (*id*: accordo del 23 luglio 1993).

Qualora, invece, il contratto aziendale sia stato siglato dalle R.S.A., costituite a norma dell'art. 19 della legge 300/70, ai fini di una generale applicazione sarà necessario che la pattuizione di prossimità superi - a maggioranza semplice - un'apposita "*consultazione referendaria*" alla quale dovranno partecipare – ai fini della validità - il 50% più 1 dei lavoratori.

Le R.S.A., inoltre, dureranno in carica tre anni (*nonostante tale limitazione non sia contenuta nel testo legislativo*) e al fine di sottoscrivere gli accordi aziendali le relative associazioni sindacali dovranno ottenere - disgiuntamente o anche congiuntamente -, nell'anno precedente la stipula del contratto, la maggioranza delle deleghe a riscuotere i contributi sindacali, certificata secondo le regole di cui al livello nazionale.

Tornando all'esame del decreto 138, è possibile affermare che **il comma 1 dell'articolo 8 può essere considerato come genericamente attuatore della previsione di cui al punto 3 dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.**

La legge, nelle more che le contrattazioni nazionali recepiscano le innovazioni della predetta intesa fra le confederazioni sindacali, ha fissato l'oggetto dei contratti aziendali.

**E' fin troppo evidente lo stridere dell'accordo interconfederale**, in ordine alla applicabilità *erga omnes* del contratto aziendale stipulato con le nuove regole sulla "*rappresentatività*", **rispetto alla previsione di cui all'articolo 39 della Costituzione** con la inevitabile conseguenza che **tale insanabile contrasto costituzionale si estende tout court anche al decreto legge in esame laddove tale disposizione legislativa voglia avvalorarne i contenuti.**

Infatti, l'articolo 39 della Costituzione, dopo aver statuito al primo comma che la **organizzazione sindacale è libera** (*id*: nessuno può essere obbligato ad aderire ad una associazione sindacale, né di rispettarne i relativi contratti), **subordina la possibilità per i sindacati di stipulare contratti collettivi di categoria aventi efficacia erga omnes al conseguimento della personalità giuridica**, acquisibile mediante *registrazione* – secondo le norme di legge - degli statuti delle organizzazioni sindacali.

Come noto, **nessuna legge sindacale finalizzata al conseguimento della registrazione ed ergo della personalità giuridica è stata mai approvata dal nostro Parlamento. Né, tantomeno, un Accordo Interconfederale può essere surrogatorio di una deliberazione del Parlamento la quale, solamente, può sancire la rappresentatività ex art. 39 della Costituzione e, conseguentemente, il conferimento della personalità giuridica unitamente all'efficacia erga omnes dei CCNL.**

Orbene ed alla luce dell'inattuazione dell'art. 39 della Costituzione (norma programmatica relativa alla modalità di attribuzione alle OO.SS. della personalità giuridica), **tutti i contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali datoriali e dei lavoratori sono "contratti di diritto comune" la cui validità, ex art. 1372 c.c., si estende – con forza di legge – esclusivamente fra le parti firmatarie ed ai loro rappresentati** (*id*: iscritti alle OO.SS.).

**Tale legale e codicistica limitazione**, cioè la validità nei confronti dei soli iscritti/aderenti/sottoscrittori, **si estende tout court** – così come la Corte costituzionale *docet* – **anche ai "contratti aziendali aventi contenuto normativo"**, destinati – cioè – a regolare i rapporti individuali di lavoro di una o più categorie professionali ovvero di una o più singole imprese.

**Con la sentenza n° 268 del 30 giugno 1994, i Giudici delle Leggi hanno statuito che la validità delle pattuizioni aziendali si estende erga omnes esclusivamente nel caso di "accordi sindacali in deroga", la cui fonte è rinvenibile direttamente dalla legge.**

Il caso esaminato dalla Corte costituzionale riguardava il contrasto – ritenuto, poi, infondato – con le disposizioni di cui all'art. 39 della Costituzione dell'art. 5 comma 1 della legge n. 223 del 1991 nella parte in cui prevede che un accordo sindacale aziendale possa stabilire criteri di scelta dei lavoratori da licenziare per riduzione di personale diversi da quelli previsti alle lett. a), b) e c) della stessa norma.

Anche la Corte di Cassazione, ex multis sentenze n.ri 1403 del 24 febbraio 1990 e 10353 del 28 maggio 2004, ha avuto modo di stabilire che: **"i contratti collettivi aziendali devono ritenersi applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo medesimo e potrebbero addirittura essere vincolati ad un accordo sindacale separato e diverso"**.

E più segnatamente ai fini della nostra trattazione, gli Ermellini hanno affermato che: **"la proposta efficacia "erga omnes" dei contratti collettivi aziendali - ancorché sembri trovare applicazione soltanto ai contratti (nazionali) di categoria, la speciale procedura a tal fine imposta dell'art. 39, comma ultimo, della Costituzione - va conciliata, da un lato, con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà - di organizzazione e attività - sindacale (di cui al comma 1 dello stesso dall'art. 39 cost.) e, dall'altro, collocata nel nostro sistema giuridico (segnatamente, di diritto sindacale), che resta fondato, esclusivamente, su principi privatistici e - per quel che qui interessa - sulla rappresentanza negoziale, e non già legale o istituzionale, delle organizzazioni sindacali (ex pluribus, Cassazione sentenze n.ri 10353/2004, 1403/90, 537/87, 6306/86 e 4280/82).**

**Ne deriva che la risposta alla domanda dalla quale siamo partiti non può che essere negativa: la contrattazione di prossimità non può avere sic et simpliciter validità erga omnes in quanto deve tener conto del diritto di dissenso del lavoratore che trova la sua genesi direttamente dall'art. 39 della Costituzione (c.d. "libertà negativa").**

**SOLO CON IL RICONOSCIMENTO DELLA PERSONALITA' GIURIDICA AI SINDACATI (ID: ATTUANDOSI L'ART. 39 DELLA COSTITUZIONE) QUALUNQUE CCNL (IVI COMPRESO QUELLO DI PROSSIMITA') AVRA' VALORE ED EFFICACIA ERGA OMNES.**

**Il secondo comma**, invece, dà maggiore specificazione alla "delega" di cui al comma 1, in quanto - ferma restando una competenza di carattere generale in materia di organizzazione del lavoro e della produzione - provvede ad estendere l'oggetto delle pattuizioni di prossimità a:

- ***Impianti audiovisivi ed alla introduzione di nuove tecnologie;***
- ***alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;***
- ***ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;***
- ***alla disciplina dell'orario di lavoro;***
- ***alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.***

Le competenze che, analiticamente sono elencate in questo secondo comma, non sembrano apportare, in generale, significativi elementi di novità rappresentando *de facto* una *repetita* di quanto già contenuto negli accordi di rinnovo degli assetti contrattuali del 15 aprile 2009 e comunque di quanto – *per facta concludentia* – già avviene in azienda.

**Unica eccezione, decisamente non poco significativa, è quella inerente le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro.**

La norma, infatti, eccezion fatta per i licenziamenti discriminatori e quelli della lavoratrice in prossimità del matrimonio, **introduce apparentemente una deroga all'applicabilità dell'art. 18 della legge 300/70, laddove applicabile.**

Infatti, se da un lato la norma "*autorizza*" (con una ingerenza inedita del legislatore) i contraenti dei contratti di prossimità (territoriali e/o aziendali) ad inserire – all'interno di tali contratti **di diritto comune** - conseguenze al recesso del rapporto di lavoro difformi (*rectius* contrarie) a quelle previste dalla legge, **dall'altro non ne prevede la concreta efficacia (id: spendibilità) all'esterno del contratto stesso.**

E' noto, infatti, che **nel contratto di lavoro subordinato**, stante la notevole rilevanza sociale della causa contrattuale, **la libertà delle parti** (sovrana in tutte le altre tipologie contrattuali) **è fortemente limitata dal legislatore.**

**Una delle maggiori forme di limitazioni imposte ex lege è quella che attiene il recesso datoriale**, subordinato alla esistenza di una giusta causa ovvero di un giustificato motivo (oggettivo o soggettivo).

**La eventuale illegittimità del licenziamento** (mancanza della giusta causa e/o del giustificato motivo) **espone il datore di lavoro alle conseguenze previste** – a seconda della dimensione – **dall'art. 8 della legge 604/66** (riassunzione o risarcimento del danno, per i datori fino a 15 dipendenti) **ovvero dall'art. 18 della legge 300/70** (reintegrazione e retribuzioni non corrisposte con relativi contributi, per i datori oltre i 15 dipendenti).

Orbene, **la (apparente) possibilità di un accordo derogatorio di natura contrattuale aziendale/territoriale alla disciplina legale** (leggi 604/66 e 300/70) – **così come configurata dal comma 2 dell'art. 8 del decreto di ferragosto** – **non potrà vincolare i Giudici che, ai sensi dell'art. 101 della Costituzione, sono soggetti soltanto alla legge.**

Se realmente si fosse voluta introdurre una simile possibilità derogatoria, il legislatore l'avrebbe dovuta inserire nelle apposite disposizioni legislative (art. 8 della legge 604/66 e art. 18 della legge 300/70), mediante l'utilizzo della consueta locuzione delegante e, al tempo stesso, derogatoria: "**fatte salve le eventuali differenti conseguenze previste dalla contrattazione aziendale e/o territoriale delle quali il Giudice deve tenerne conto**".

**E' la legge che deve, dunque, contenere la deroga!!** Si pensi alla disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. o, più recentemente, al (*controverso*) art. 30 della legge 183/2010.

Parimenti e per le considerazioni già espresse relativamente al comma 1 anche questo secondo comma non può avere una efficacia *erga omnes*.

**Il terzo comma**, infine, contiene esclusivamente una norma salva accordi della FIAT firmati in data precedente all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e beneficiari del *placet* referendario, al vaglio della Magistratura e sui quali sono possibili differenti *decisum*.

**Tale disposizione si palesa clamorosamente in contrasto con la previsione di cui all'art. 11 delle preleggi che sancisce la irretroattività della legge**, irretroattività che – in ogni caso – è priva di effetto per quanto finora già espresso per i primi due commi.

Dopo questa breve analisi dell'articolo 8, l'auspicio è che il dibattito parlamentare, che seguirà per la conversione o meno in legge del decreto, possa apportare i giusti correttivi che effettivamente e concretamente possano favorire l'occupazione, nel rispetto delle garanzie costituzionali previste in favore del Lavoro in tutte le sue forme ed espressioni, realizzando la

**"certezza del diritto"** per scongiurare ciò che **Publio Terenzio Afro** riassumeva nella celebre espressione: **"quot homines tot sententiae"** (**tanti uomini tanti giudizi**).

Ad maiora!!

**Ordine Provinciale  
Consulenti del Lavoro di Napoli  
il Presidente  
F.to Dott. Edmondo Duraccio**

**A.N.C.L. U.P. NAPOLI  
il Presidente  
F.to Rag. Maurizio Buonocore**

**A.N.C.L. U.P. di Napoli  
Centro Studi "O. Baroncelli"  
il Coordinatore  
F.to Dott. Vincenzo Balzano**

**A.N.C.L. U. P. di Napoli  
Centro Studi "O. Baroncelli"  
Divisione Lavoro "NICOLA NOCERA"  
il RESPONSABILE  
F.to Dott. FRANCESCO CAPACCIO**

**(\*) DOCUMENTO INTERNO RISERVATO ESCLUSIVAMENTE AGLI ISCRITTI ALL'ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO DI NAPOLI. E' FATTO DIVIETO, PERTANTO, DI RIPRODUZIONE ANCHE PARZIALE. DIRITTI RISERVATI AGLI AUTORI**

**ED/FC/FD**