

Adalberto Perulli

**LA CONTRATTAZIONE
COLLETTIVA «DI PROSSIMITÀ»:
TEORIA, COMPARAZIONE
E PRASSI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ADALBERTO PERULLI

Ordinario di diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari di Venezia

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA «DI PROSSIMITÀ»:
TEORIA, COMPARAZIONE E PRASSI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La contrattazione di prossimità come vettore dell'individualismo metodologico applicato al diritto del lavoro. — 3. I percorsi del decentramento: spunti dall'analisi comparata. — 4. L'analisi degli accordi derogatori *ex art. 8*. — 5. Una griglia interpretativa degli accordi. — 6. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*. — La vicenda della contrattazione collettiva «di prossimità» (art. 8 della legge n. 148 del 2011), per molti versi ambivalente e contraddittoria (1), ha suscitato un ampio dibattito dottrinale su delicate questioni di diritto del lavoro e sindacale, in larga parte condizionato dalle diverse sensibilità di politica del diritto espresse dagli autori, nell'ambito di una più complessiva visione dei rapporti tra sistema giuridico, dinamiche istituzionali e processi economici e sociali. Apologeti e detrattori di questa dirimente disposizione hanno generalmente sviluppato un'analisi del tutto interna al sistema di relazioni industriali italiano, evitando di confrontarsi con profili speculativi connessi allo scenario comparato, cui peraltro si fa spesso appello per sottolineare la necessaria «modernizzazione» del nostro sistema giuslavoristico (2).

(1) Il provvedimento di legge in esame veniva varato mentre lo stesso Parlamento approvava un ordine del giorno 9/4612/103 presentato dall'opposizione, ma votato pressoché all'unanimità, volto a stigmatizzare «l'improprio intervento del Governo sui temi del modello contrattuale e della rappresentanza sindacale».

(2) Cfr. di recente, in una prospettiva critica, B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, *q. Riv.*,

Tantomeno quelle analisi hanno tenuto conto — né potevano farlo, trattandosi di riflessioni per lo più a ridosso del varo legislativo dell'art. 8 — di osservazioni basate sul materiale empirico, vale a dire su accordi derogatori e, quindi, sulle concrete «modalità d'uso» del disposto da parte degli attori sociali. In effetti, un monitoraggio sull'applicazione della norma, volta a valutarne attentamente gli effetti applicativi, non è stato sinora compiuto. Le cause di questo silenzio analitico sono da ricondursi alle oggettive difficoltà di reperire gli accordi siglati ai sensi dell'art. 8: una disposizione del d.l. n. 76/2013 che prevedeva il loro deposito obbligatorio presso le Dtl, è stata espunta dalla legge di conversione (l. n. 99/2013), nonostante l'indubbia funzione positiva di far emergere (e dunque conoscere) entità e contenuti della contrattazione di prossimità. Si riscontra, inoltre, una reticenza o pudore dei negoziatori, fortemente restii a dare notizia delle pratiche contrattuali derogatorie apertamente o indirettamente riconducibili alla norma che consente loro di intervenire sulla fisionomia stessa del diritto del lavoro, modificandone in profondità i connotati (3).

Senza alcuna pretesa di completezza, basandosi sui pochi «reperiti» rinvenuti e con tutti i limiti di un'analisi a campione, peraltro su scala ridotta, questo scritto intende muoversi nella direzione di una prima cernita e valutazione effettuale del dispositivo derogatorio, radiografando gli accordi alla luce dei criteri previsti dallo stesso legislatore, al fine di proporre una classificazione delle condizioni d'uso dell'art. 8 (4). L'analisi sarà preceduta da una riflessione di carattere generale sulla portata della contrattazione di prossimità nell'ambito del processo di aziendalizzazione

2013, I, 255; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, *DLRI*, 2012, 479 ss.

(3) Di una contrattazione svolta «nell'ombra» parla L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2001: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, *DLRI*, 138, 2, 2013, 270.

(4) Per una prima analisi degli accordi cfr. A. PERULLI, *Articolo 8 della legge n. 148/2011. Deregolazione del diritto del lavoro e ricadute sulle esperienze negoziali*, Tavola rotonda Cgil-RGL, Roma, 4 aprile 2013; L. MONTEROSI, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, *RGL*, I, 211 ss.; A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della c.d. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, paper presentato al Convegno su *Consenso, dissenso, rappresentanza nel sistema di governo delle relazioni industriali*, Università Ca' Foscari Venezia, 25-26 ottobre 2013.

del diritto del lavoro e da una rapida analisi comparata, volta a saggiare le distanze tra il sistema italiano, così come riflettuto nel prisma dell'art. 8, e i coevi processi di decentralizzazione in atto nei principali paesi europei.

2. *La contrattazione di prossimità come vettore dell'individualismo metodologico applicato al diritto del lavoro.* — L'art. 8 della l. n. 148/2011 suggerisce allo studioso del diritto del lavoro una preliminare valutazione di ordine concettuale, che apre problemi inediti per la riflessione teorica sul diritto del lavoro (5). L'ipotesi qui considerata è che la norma rappresenti non solo un elemento di scompaginamento nell'assetto delle fonti del diritto del lavoro (6), ma anche un vero e proprio vettore di de-costruzione sia del sistema di relazioni industriali sia del sistema di diritto del lavoro, e, in particolare, del suo fondamento inderogabile, quale «connotazione assiologica» e non semplice tecnica normativa del sistema stesso (7). Il termine de-costruzione non viene qui impiegato in senso «ideologico» (come generica critica alla «destrutturazione» dei diritti) (8), bensì nell'accezione teorica à la *Derrida*, come presup-

(5) In questi termini, con riferimento però alla sola contrattazione collettiva, F. SCARPELLI, *Il contratto collettivo nell'art. 8 d. l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive*, in *Risistemare il diritto del lavoro*, a cura di L. NOGLER - L. CORAZZA, Franco Angeli, 2012, 729. Su alcuni di questi aspetti cfr. già A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, *CSDLE, It, n. 132/2011*. Sull'art. 8, *ex multis*, si vedano i saggi di B. VENEZIANI, M. BARBIERI, G. FERRARO, P. ALLEVA, A. GARILLI, F. SCARPELLI, A. LASSANDARI, D. GOTTARDI, R. SANLORENZO, U. CARABELLI, *RGL*, n. 3, 2012; vedi inoltre L. D'ARCANGELO, *Contrattazione territoriale e sviluppo locale*, Giappichelli, 2012, 205 ss.

(6) Cfr. F. SCARPELLI, *Il contratto collettivo nell'art. 8 d. l. n. 138 del 2011 cit.*, 721, che parla di un «radicale rivolgimento del rapporto tra le fonti».

(7) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *Relazione alle Giornate di studio per il 50° anniversario Aidlass*, Bologna, 16-17 maggio 2013. Sulla portata «dirompente» dell'art. 8 per il diritto sindacale e per il diritto del lavoro cfr. R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'articolo 8 della manovra bis*, *q. Riv.*, 2011, 538; Id. si veda, inoltre, *Ancora sull'art. 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, *DRI*, 1, 2012.

(8) Sembra questo l'uso del concetto di «decostruzione» cui fa riferimento, ad esempio, M. MAGNANI, *Il giudice e la legge*, *q. Riv.*, 2013, I, 782, intendendolo come «critica nostalgica e distruttiva», la quale non contribuisce «a proporre modelli di decisione o nuovi modelli di regolazione». La critica della MAGNANI a questa accezione «nostalgica» può essere a mio avviso accolta a patto di sottoporre

posto dialettico di un rovesciamento della gerarchia che rimanda ad una nuova ri-costruzione concettuale (9). La nuova costruzione, da cui emerge un vero e proprio progetto epistemologico per il diritto del lavoro, si basa sull'«individualismo metodologico» propugnato dall'economia neoclassica, che ravvisa nei comportamenti degli attori economici mossi da preferenze individuali endogene, l'espressione di razionalità coerenti con l'efficienza dei mercati. Di conseguenza, il progetto di un diritto del lavoro reso cedevole dalle «specifiche intese» aziendali rilancia il «mercato delle regole» come unico principio regolatore in funzione dell'efficienza economica.

Ed infatti, autorizzando gli accordi derogatori a livello territoriale e di singola impresa, al di fuori dei limiti e delle procedure previste dal sistema giussindacale e nei confronti sia della contrat-

a critica anche la postura «modernizzante» del diritto del lavoro; in particolare, sono proprio i «nuovi modelli di bilanciamento tra dimensione di mercato e dimensione sociale», oggetto della critica «nostalgica e distruttiva», a non convincere affatto: modelli assai confusi e metodologicamente scorretti (come la stessa A. ammette, ad esempio, con riferimento alla riforma dell'art. 18, giudicata senza mezzi termini come un «un puzzle enigmatico»), onde la critica, anche quella «nostalgica e distruttiva», appare più che legittima, non foss'altro in nome della certezza del diritto e non (solo) della difesa del passato. Peraltro è noto che gli stessi «modelli di bilanciamento» tra dimensione mercantile e sociale, se proiettati a livello sovranazionale (nella dimensione applicativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia) sono — come riconosciuto da pressoché tutta la dottrina europea — profondamenti «sbilanciati» a favore del mercato, onde, anche sotto questo profilo, la critica appare più che giustificata (il riferimento è ovviamente alle sentenze *Laval*, *Viking*, *Rüffert*, richiamate da ultimo da B. CARUSO, *op. cit.*, 253, con l'apellativo di «*wrong sentences*»).

(9) Seguendo la classificazione proposta da P. DAVIES - M. FREEDLAND, *Towards a Flexible Labour Market*, Oxford University Press, 2007, la ri-costruzione attuata con l'art. 8 si basa senz'altro su una de-regolazione e non su una ri-regolazione, laddove per deregolazione si intende l'abolizione o la deroga *in peius* di una disciplina esistente, mentre la ri-regolazione esprime un ritorno o progressione verso un più elevato livello di protezione. Afferma invece che l'art. 8 è una norma di ri-regolazione, più che di deregolamentazione, C. PISANI, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, *DRI*, 2012, 1, 70, il quale evidentemente non allude, con il termine ri-regolazione, a un più elevato livello di tutela, ma semplicemente ad una «nuova» regolazione. Il problema sostanziale è collocare la de-regolazione o l'eventuale ri-regolazione in un quadro sistematico, razionale e controllato, ovvero in un contesto non ordinato, produttivo di una serie indefinita di micro-deregolazioni, a macchia di leopardo (come accade con l'art. 8): ovvero «un sistema anomico, fortemente condizionato da situazioni di potere contingenti e territorialmente variabili, in un quadro regolativo sommario ed instabile, suscettibile di continue revisioni»: così, efficacemente, G. FERRARO, *Le relazioni industriali dopo «Mirafiori»*, *RDSS*, 2011, 129.

tazione collettiva di livello superiore sia della legge, la norma fornisce piena legittimazione all'individualismo metodologico, che si traduce in concorrenza regolativa e *dumping* sociale: questi fenomeni realizzano, oggettivamente, una de-costruzione del diritto del lavoro, la cui funzione storica consiste nel regolare i fenomeni concorrenziali (fra le imprese e i fra lavoratori) del mercato attraverso la limitazione dell'*open shop* e l'armonizzazione regolativa, assicurando, in tal prospettiva funzionale, un certo grado di centralizzazione negoziale (10). Il vettore decostruttivo targato art. 8 opera in sinergia con un fattore esogeno ancor più influente sul diritto del lavoro, relativo ai processi di «migrazione capitalistica» verso paesi a bassi *standards* sociali, con enormi opportunità di ricorso all'*open shop* non solo per le imprese multinazionali ma anche per quelle di dimensione nazionale (11). L'individualismo metodologico si esprime qui su scala globale, collocandosi sull'estremità più razionalmente egoistica dei comportamenti economici. In un accordo di poco successivo all'entrata in vigore dell'art. 8, intitolato «Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia» (16 novembre 2012), le parti sociali (con l'esclusione della CGIL) hanno dichiarato di ravvisare nella contrattazione aziendale di tipo derogatorio una «alternativa a processi di delocalizzazione», capace di «divenire un importante elemento di attrazione di nuovi investimenti anche dall'estero» e di contribuire al «mantenimento della competitività» (12). Il significato di questa ardua affermazione è duplice: da un lato viene espressamente attribuita alla contrattazione aziendale delegata e derogatoria la capacità di creare condizioni di convenienza tali da indurre le imprese a desistere dal progettare e dall'attuare processi di delocalizzazione produttiva all'estero. Dall'altro, la prospettiva della delocalizza-

(10) Sulla funzione di regolazione delle concorrenze cfr. M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale?*, Bruylant, Bruxelles, 2009; richiama l'importante funzione di «regolare la concorrenza (soprattutto sul versante delle imprese) che il contratto collettivo nazionale è chiamato a svolgere» F. LISO, *L'accordo interconfederale del 2011 e la legge sulla «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *Verso nuove relazioni industriali*, a cura di M. CARRIERI - T. TREU, il Mulino, 2013, 322.

(11) Cfr. G.P. CELLA, *Dopo Pomigliano*, il Mulino, 2010, n. 5.

(12) *Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*, siglato a Roma il 16 novembre 2012.

zione (associata alla mancanza di investimenti produttivi esteri di cui si auspica l'attrazione) viene riconosciuta come «risorsa negoziale» nei percorsi di derogabilità delle norme giuslavoristiche (13). In seguito a tale accordo, un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze il 22 gennaio 2013, ha istituito un meccanismo di detassazione del salario di produttività erogato in esecuzione di accordi collettivi sottoscritti a livello aziendale e territoriale (gli stessi livelli interessati dall'art. 8) contenenti disposizioni modificative di alcuni aspetti della disciplina dei rapporti individuali di lavoro (14).

Questo tipo di dinamiche negoziali e istituzionali volte a identificare nell'impresa il luogo della regolazione, certamente registrano «in modo ruvido e plateale un nuovo equilibrio di potere contrattuale in favore delle imprese», le quali, «senza eccessivi costi, sono in grado di allocare capitali e impianti nei punti di massima convenienza sullo scenario mondiale» (15). L'analisi, però, deve essere portata più a fondo, perché lo squilibrio di potere indotto dalla globalizzazione influisce direttamente sulla sfera della regolazione, determinando una decisiva mutazione dei rapporti tra legge, contrattazione collettiva ed economia (e tra diritto del lavoro e razionalità economica), che vengono ridefiniti alla luce del nuovo «punto focale», rappresentato dall'impresa. In questa prospettiva di individualismo metodologico l'impresa assume una funzione meta-giuridica, ed assume ad attore principale della regolazione postmoderna e globale. Infatti, se il portato della modernità ha coinciso con l'affermazione di un principio di *governance* nazionale dei fenomeni economico-sociali sotto l'ombrello delle costituzioni democratiche, nell'epoca della globalizzazione i processi di produzione giuridica si spostano dai centri del diritto —

(13) Cfr. A. PERULLI, *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso Fiat*, LD, 2011, 343 ss.

(14) Cfr. art. 2 del decreto, che si riferisce alle seguenti tematiche: a) ridefinizione dei sistemi orari e della loro distribuzione con modelli flessibili; b) introduzione di una distribuzione flessibile delle ferie; c) adozione di misure volte a rendere compatibile l'impiego di nuove tecnologie con la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori; d) attivazione di interventi in materia di fungibilità delle mansioni.

(15) R. DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, ADL, 2010, 1080 ss.

che erano stati politicamente istituzionalizzati negli Stati-nazione — ai «governi privati». Non a caso, tutto il filone di pensiero che da VON HAIEK a J. BUCHANAN ha sposato la linea dell'individualismo metodologico, predica l'abbandono della regolazione statale, traducendo l'individualismo metodologico in «individualismo normativo», come chiarito da K. ARROW (16). In seno ai governi privati, e non più nell'arena pubblica, operano veri e propri processi di «auto-decostruzione del diritto», che mettono fuori gioco i principi fondamentali dei sistemi giuridici sin qui acquisiti, quali la gerarchia di fonti del diritto, la legittimazione del diritto mediante una costituzione politica, la garanzia di diritti fondamentali (tra i quali i diritti sociali) conquistati collettivamente (17), a tutto vantaggio di una «*individualising and liberalising regulation*» (18). Ciò che più conta, in questo percorso analitico di riposizionamento della regolazione a livello di impresa nell'ambito di una più generale promozione dei governi privati, è che esso appare funzionale ad una visione economica standard, che ravvisa nella legge (e più in generale nella sfera regolativa) un elemento disfunzionale ai processi economici di interazione tra «razionalità individuali» governati dalla mano invisibile (19). Come una parte della stessa teorica economica ha dimostrato, tuttavia, la razionalità individuale non porta al bene comune, onde la critica alla regolazione standardizzata si nutre di dell'«individualismo metodologico» che viene tradotto, in termini giuridici, nell'«individualismo normativo», elevato a nuovo progetto epistemico per il diritto del lavoro (20).

È evidente come l'art. 8 si collochi perfettamente entro queste coordinate teoriche. Il contratto collettivo aziendale, divenuto

(16) Cfr. K. ARROW, *Methodological Individualism and Social Knowledge*, in *American Economic Review*, 84, 1994.

(17) Su questi temi cfr. in generale G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, 2005, 58 ss.

(18) Cfr. P. DAVIES - M. FREEDLAND, *Towards a Flexible Labour Market*, cit., i quali esprimono con questo concetto «*the taking of measures to individualise and liberalise employment relations*».

(19) Cfr. T. SACHS, *La raison économique en droit du travail, Thèse de doctorat Mention Droit Privé, Université Paris Oust Nanterre La Défense*, 2009.

(20) Per una equilibrata critica dell'individualismo metodologico nell'ambito delle scienze sociali, ed economiche in particolare cfr., da ultimo, K. BASU, *Oltre la mano invisibile. Ripensare l'economia per una società giusta*, Laterza, 2013, 68 ss.

ormai strumento di un governo privato dell'impresa in funzione della sua competitività e produttività, fa dell'attore economico il soggetto della propria autoregolazione, secondo razionalità economiche individuali che nulla hanno a che vedere con l'originaria funzione regolativa della concorrenza svolta dalla contrattazione collettiva (21). Come dire che il ciclo produttivo e la rinnovata competizione globale fra imprese «impone che le stesse imprese si dotino di una disciplina tarata sulla singola impresa», introducendo «forme di flessibilità» del lavoro «che non sono esportabili al di là dei confini della singola azienda, ma che a quest'ultima sono nondimeno necessarie» (22). Come dire, ancora, che le disposizioni in deroga realizzano «una disciplina flessibile «a misura» di specifico contesto produttivo» (23). Questa neo-razionalizzazione regolativa tarata sulla singola impresa elegge la negoziazione di prossimità a strumento dell'individualismo metodologico e normativo, e, quindi, a strumento della concorrenza fra imprese (e quindi tra gli stessi lavoratori in esse occupati), alterando in tal modo il corredo genetico del contratto collettivo (24).

Due considerazioni devono essere svolte su questo snodo essenziale. La prima attiene alla giustificazione che una parte autorevole della dottrina ha avanzato ricorrendo proprio all'argomento competitivo: secondo Franco LISO l'art. 8 realizzerebbe una nuova modalità di perseguimento delle solidarietà sociali, «prendendo atto realisticamente del mutato contesto che, dilatando l'area della competizione economica ben al di là del territorio che un contratto nazionale può presidiare, fa toccare con mano come la tutela efficace del mondo del lavoro ... difficilmente possa essere conseguita senza aggiustamenti volti a salvaguardare e potenziare la base materiale che essa presuppone». Il medesimo ordine di idee è sviluppato da Raffaele DE LUCA TAMAJO, secondo il quale il *dumping* interno, tradizionalmente contrastato da una contrattazione nazionale inderogabile e uniformante, «riemerge in modo ben più

(21) Cfr. V. BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, LD, 2013

(22) R. ROMEL, *Appunti sul diritto del lavoro che cambia*, in *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. NOGLER - L. CORAZZA, Franco Angeli, 2012, 766.

(23) P. TOSI, *op. cit.*, 540.

(24) Così, efficacemente, F. LISO, *op. cit.*, 312.

prepotente al livello della competizione globale, penalizzando i sistemi di relazioni industriali troppo centralizzati», onde il cenl perderebbe di capacità regolativa della concorrenza «perché questa supera le barriere dei singoli Stati». Il portato dell'analisi, che valorizza la perdita di pregnanza della regolazione interna causata dalla globalizzazione, dovrebbe essere radicalmente capovolto: anzitutto, il venir meno della base territoriale della competizione economica (il suo essere «globale»), che rappresenta secondo la dottrina in esame il presupposto legittimante il fenomeno della nuova regolazione aziendale, richiama la necessità di una simultanea e progressiva globalizzazione della regolazione, piuttosto che la sua localizzazione/frammentazione in senso aziendalistico. Ciò coerentemente con la necessità sistemica di rispondere normativamente ai processi economici secondo il principio della complessità adeguata, ossia con una produzione normativa all'altezza del fenomeno da regolare. Seguendo il ragionamento della dottrina in esame, invece, la competizione economica globale e, soprattutto, i fenomeni concorrenziali fra imprese che si svolgono ormai su un'arena svincolata da contesti nazionali, vengono semplicemente assecondati in una logica di *race to the bottom*, non regolata nei suoi profili lavorativi e sociali. La globalizzazione economica non può essere certo affrontata, nei suoi effetti sociali, semplicemente decentralizzando la regolazione a livello di singola impresa; in tal modo si sposa l'individualismo metodologico e normativo in una pura logica di sottrazione di tutele funzionali alla razionalità economica. Una risposta che intenda garantire la complessità assiologica della regolazione dovrebbe tendere alla creazione di un *frame of reference* sovranazionale capace di far giocare le imprese entro un *level playing field* di regole condivise ed armonizzate: in sostanza proiettando il paradigma giuslavoristico in un orizzonte transnazionale (25), come si sforza di fare la contrattazione collettiva attraverso i cd. accordi quadro transnazionali (*Tfas*) (26).

(25) Cfr. R. PESSI, *Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transazionale*, q. *Riv.*, 2013, I, 292.

(26) Si pensi, ad esempio, al modello di accordo collettivo sviluppato dalla *International Transport Workers' Federation* per i marinai che lavorano su navi battenti «bandiera ombra»; molti datori di lavoro sono stati obbligati ad accettare questo contratto collettivo «globale» che prevede salari ad livello intermedio tra quello dei paesi emergenti e quelli europei. La riflessione dottrinale sui *Tfas* e *Ifas*

Inoltre, salvaguardare e potenziare «la base materiale» della produzione, che secondo Liso è fondamentale per la sopravvivenza dell'impresa, non risulta essere compito della contrattazione collettiva di prossimità (e più in generale dello diritto del lavoro): le dinamiche collettive si muovono entro binari di compatibilità sistemica e di negoziazione della crisi, ma pur sempre esprimendo una assiologia fondata sulla protezione del lavoro (27). Il compito di sostegno e salvaguardia della base materiale dell'impresa spetta semmai alle politiche economiche e a quelle industriali, che, come è noto, sono del tutto deficitarie nel nostro paese.

La seconda considerazione attiene al senso della promozione legislativa della contrattazione di prossimità. In effetti, benché ridotta a «strumento di competizione», la contrattazione collettiva di cui all'art. 8 mantiene la funzione di *medium* della *deregulation*, onde la sua «promozione» da parte del legislatore potrebbe essere letta come una valorizzazione dell'autonomia collettiva (e non dell'impresa e delle sue prerogative) (28). Ma la valorizzazione dell'azione sindacale è, in tal caso, solo apparente. Infatti, la logica dell'art. 8 apre la strada alla «micromobilitazione» collettiva degli interessi (che è una forma di individualismo metodologico su base aziendale) e conduce in realtà ad una progressiva marginalizzazione della dimensione collettiva, e, quindi, al progressivo declino del «sistema» di relazioni industriali (29). Il vero scopo di questo

è molto ricca; vedi anzitutto E. ALES - S. ANGBLOM - T. JASPERS - S. LAULOM - S. SCIARRA - A. SOBCZAK - F. VALDES DAL RE, *Transnational Collective bargaining: Past, Present and Future. Final Report*, Bruxelles, *European Commission*, 2006. Cfr. inoltre S. SCARONI, *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrattare il dumping sociale?*, *LD*, 2011, 121 ss.; S. SCIARRA, *Transnational and European ways forward for collective bargaining*, *CSDLE, Int.*, n. 73/2009; gli scritti contenuti in K. PAPADAKIS, a cura di *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: An Emerging Global Industrial relations Framework?*, Geneva, *International Institute for Labour Studies and International Labour Office*, 2008.

(27) E ciò nonostante il diritto del lavoro abbia, in verità da tempo, «esaurito la propria fase «metafisica», «caratterizzata cioè dall'assolutizzazione delle proprie premesse di valore e scelte di tutela»: così R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Risistemare il diritto del lavoro*, *op. cit.*, 343.

(28) Cfr. in tal senso R. DE LUCA TAMAJO, in *Contrattazione in deroga*, a cura di F. CARINCI, *Ipsoa*, 2012, 291, che legge il disposto in una prospettiva «di mero sostegno» rispetto alle opzioni regolative dell'Accordo del giugno 2011.

(29) Cfr. C. DIDRY, *Labour Law sas Social Questioning: the Contribution of*

modello contrattuale è infatti l'agibilità per via negoziale degli obiettivi di flessibilità, produttività e compatibilità economica perseguiti dalle imprese; obiettivo che va conseguito «investendo l'autonomia collettiva del compito di farsi portatrice di una missione salvifica nel nome di un interesse pubblico generale alla compatibilità e sostenibilità del sistema produttivo» (30). Se l'impresa diventa l'epicentro di un governo privato della produzione normativa, il tratto principale di questo processo è il particolarismo giuridico che ne discende, vale a dire l'attitudine a divenire il diritto (del lavoro) un luogo di progressivo (e difficilmente controllabile) slittamento verso la polverizzazione territoriale-aziendale delle discipline e degli statuti lavorativi (31). Derogata *via art. 8*, la disciplina di risulta ha in sé le caratteristiche del «decisionismo sovrano» (alla SCHMITT, ma leggi: il «metodo MARCHIONNE») piuttosto che le modalità dell'«agire comunicativo» (alla HABERMAS). Questi fenomeni si inscrivono dunque nei percorsi del neo-feudalesimo giuridico che, in epoca di post modernità e globalizzazione, fanno regredire lo statuto epistemologico del diritto ad epoche pre-moderne, caratterizzate, appunto, dalla frammentazione dei diritti e degli statuti disciplinari.

L'individualismo metodologico applicato al diritto del lavoro aziendalizzato ha in sé i tratti del diritto e del suo «oltrepassamento». Ha in sé gli elementi costitutivi del diritto in quanto fenomeno di localizzazione: l'ordine giuridico è anzitutto un atto di localizzazione, *id est* di «iscrizione territoriale» del diritto nel

the «Labour Conventions Approach» to a Different History of Socioeconomic Institution, in *Economic Sociology*, vol. 14, no.1, November 2012, 11 ss. Nella dottrina italiana cfr. G.P. CELLA, *Un commento*, in *Annuario del lavoro 2011*, Edizioni Il diario del lavoro, 2011, 137, il quale ha chiaramente avvertito che «il decentramento non controllato della contrattazione prepara il terreno al declino delle relazioni industriali come forma di regolazione e del ruolo connesso degli attori collettivi».

(30) B. VENEZIANI, *RGL*, 2012, 455.

(31) Cfr. R. ROMEI, *Appunti sul diritto del lavoro che cambia* cit., 766, secondo il quale la disciplina del diritto del lavoro, in ragione dell'art. 8, potrebbe presentarsi come non più omogenea sul territorio nazionale, ma diversificata a seconda dei diversi territori o delle diverse realtà aziendali. Anche ROMEI, come LISO, *op. cit.*, ritiene che «le caratteristiche che ha ormai assunto il ciclo produttivo e la situazione di accentuata concorrenzialità tra imprese nazionali e non, ed anche tra singoli ordinamenti, impone che le stesse imprese si dotino di una disciplina che per molti versi non può che essere tarata sulla singola impresa».

perimetro dello Stato nazionale (32). Ma presenta in sé anche le stigmate del suo oltrepasamento: l'ordine giuridico aziendalmente localizzato non è più ordine generale, né esprime più un interesse superiore nell'ambito del quale l'interesse privato del datore di lavoro è incluso e delimitato nell'ambito di valori ordinamentali. La localizzazione aziendale del diritto crea quindi un dis-orientamento di *Ordnung* (ordinamento) e *Ortung* (localizzazione) (33) che spezza la logica del «comando e controllo» statale e contrattuale delle sfere sociali a tutto vantaggio di microstrutture autonome e riflessive capaci di rispondere flessibilmente alle contingenti e cangianti esigenze dell'ambiente economico. I «regimi privati» di normazione invadono il diritto del lavoro e il diritto, da legale-razionale, diventa razionale-aziendale, procedendo come diritto dei casi singoli e non generalizzabili (34). La contrattazione di prossimità utilizza, anche sotto il profilo semantico, espressioni volte ad indicare il particolarismo e l'individualismo regolativo: «specifiche intese» è la locuzione presente nell'art. 8, ma ripresa dal punto 7 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno, secondo cui i contratti aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale modulati sulle esigenze di specifici contesti produttivi, prevedendo, appunto, «specifiche intese modificative» dei ccnl (35). Questa specificità (delle intese, e dei contesti produttivi di riferimento) è la cifra della grandezza della regolazione: come dire che l'ordine di misura del sistema giuridico di riferimento diventa circoscritto, parziale, limitato negli spazi del governo privato. Si realizza, in tal modo, tramite la regolazione micro-aziendale, una forma di uso «pubblico» (la legge che autorizza la deroga) dell'interesse «privato» (dell'impresa) (36), mentre la deco-

(32) Cfr. C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, 1991, in particolare il cap. I dedicato a «Il diritto come unità di ordinamento e di localizzazione», 19 ss.

(33) Mi riferisco qui all'endiadi usata da C. SCHMITT nella sua opera cit.; ma vedi dello stesso A. anche *Teoria del partigiano. Note complementari al concetto di politico*, Il Saggiatore, 1989, 54.

(34) Cfr. R. PRANDINI, *La «costituzione» del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunter Teubner*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., 219.

(35) La norma dell'accordo interconfederale fa poi riferimento, quanto alla materia di deroga, agli istituti «del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro».

(36) Cfr. C. L. SCHULTZE, *L'uso pubblico dell'interesse privato*, Guerini e

struzione dell'unità del diritto e il suo dissolversi in una serie indefinita di modifiche peggiorative della «disciplina del lavoro», introduce, anche nel sistema del diritto del lavoro, il problema della ricostruzione del diritto come «arcipelago» globale (37).

3. *I percorsi del decentramento: spunti dall'analisi comparata.*

— Il decentramento del sistema contrattuale è una tendenza che interessa molti sistemi europei di relazioni industriali: spostando il baricentro della struttura negoziale dai livelli nazionali, di settore economico e di categoria, ai livelli aziendali, l'impresa rappresenta il centro di gravità di un sistema sempre più condizionato dagli imperativi di flessibilità e competitività. Non si tratta quindi, semplicemente, di una opzione basata su ragioni funzionali-interne ad un dato sistema di relazioni industriali, ma di una prospettiva collegata all'aumentato potere dell'impresa, sempre più svincolata da costrizioni normative disfunzionali alla razionalità espressa da ogni singola realtà produttiva. Il decentramento contrattuale si accentua sia nei sistemi già decentrati (Regno Unito) sia in quelli più centralizzati (Svezia, Italia, Francia, Germania e, fuori del contesto europeo, Australia) (38). Queste tendenze, già in atto da alcuni anni, si sono accentuate con la crisi economica, che ha fatto dell'azione collettiva un vero e proprio laboratorio di negoziazione della crisi, con soluzioni differenziate anche in ragione dei vincoli posti dai livelli superiori (39). Tuttavia, nell'analizzare la tendenza

Associati, 1993. Il punto è ben colto da V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, 29, il quale afferma che «uno degli effetti del decentramento aziendale — con annessa potestà di deroga — è l'espansione del potere decisionale manageriale», onde la decisione, che si traduce in una norma contrattuale, «interpreta l'interesse particolare dell'impresa»; nonché ove afferma che «l'interesse aziendale micro-corporatista si esprime nella «mission» che trascende e riduce a uno gli interessi opposti di impresa e lavoro».

(37) La creazione di un diritto del lavoro per «arcipelaghi» pone, con tutta evidenza, anche un profilo di illegittimità dell'art. 8 alla luce del principio di razionalità/ragionevolezza ex art. 3 Cost. Sulle trasformazioni del diritto in senso decentralizzato, cfr. l'ormai classica analisi di F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, *Faculté universitaire Saint-Louis*, 2002.

(38) La tendenza è già da tempo segnata in dottrina: cfr. NEGRELLI, 2006, 108; S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, q. Riv., 2006, IV, 447 ss.

(39) Cfr. V. GLASSNER - M. KEUNE, *Negotiating the crisis? Collective bargai-*

alla decentralizzazione contrattuale e, in particolare, ai suoi profili derogatori, è necessario distinguere ed approfondire il quadro di riferimento, onde evitare facili banalizzazioni derivanti da un uso superficiale della comparazione. In particolare, è opportuno ricostruire le tendenze dei paesi europei verso modelli di decentramento organizzato, distinguendo tra decentramento del sistema contrattuale e attitudine derogatoria del contratto aziendale. I due processi, benché funzionalmente correlati, rispecchiamo, nondimeno, logiche di azione diverse, che vengono governate da meccanismi endogeni ai sistemi di relazioni industriali: le clausole di rinvio per il decentramento, le clausole di apertura o di uscita (*opening clauses*), per la deroga (40).

Vale anzitutto rilevare come a livello UE prevalga ancora, stabilmente e diffusamente, la presenza di un contratto nazionale o di settore, e che tale presenza per nulla connota sistemi economici con performance negative in termini occupazionali e produttivi. L'Olanda, ad esempio, ha fatto registrare nel 2011 il più basso tasso di disoccupazione dell'eurozona. In quel paese l'*industrial level agreement* copre un intero settore industriale, la contrattazione è accentrata a livello *industry*, che regola rigidamente la contrattazione aziendale, benché in alcuni specifici settori, come il comparto chimico, il *company level* (o il livello della contrattazione di gruppo) assuma un rilievo particolare. Anche in Austria la stragrande maggioranza della contrattazione collettiva si svolge a livello di settore, e la legge non ammette alcuna deroga da parte della contrattazione aziendale: al contrario, ai sensi dell'art. 3, par. 1, dell'*ArbVG*, i contratti aziendali non possono annullare o limitare previsioni della contrattazione collettiva, ma solo individuare *standards* più favorevoli. Le clausole di apertura possono definire percorsi di adattamento flessibile a livello aziendale, ovvero prevedere più incisive modalità derogatorie degli *standards* stabiliti a livello superiore, la cui possibile contrarietà all'*ArbVG* è ampiamente discussa in dottrina. Lo stesso grado di intensità gerarchica

ning in Europe during the economic downturn, ILO Working Paper, no. 10, March 2010, 14.

(40) Cfr. V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato* cit., 22 ss. Sulle clausole di uscita cfr. T. TREU, *Le deroghe contrattuali nel modello tedesco*, *DRI*, 2011, 328 ss.; M. KEUNE, *Decentramento salariale: la regolamentazione e l'uso di clausole di deroga sui salari in sette paesi europei*, *DRI*, 2011, 333 ss.

nei rapporti tra livelli contrattuali è presente in Belgio, ove la legge non prevede possibilità di deviare a livello aziendale dai parametri definiti dalla contrattazione collettiva nazionale, salvo in presenza di clausole di apertura.

Più in generale, secondo i dati del rapporto *Eurofound* le esperienze europee si muovono decisamente entro le coordinate regolative della «decentralizzazione organizzata» (41), modello che vede un incremento della contrattazione aziendale nell'ambito di un processo di regole e standard dettate dai livelli intersettoriali, specie nelle materia della retribuzione legata alla performance e dell'orario di lavoro (42). Un processo che, per una serie di ragioni ascrivibili vuoi all'andamento inerziale dei sistemi di relazioni sindacali, vuoi per le resistenze degli attori sociali ad abbandonare prassi che garantiscono governabilità dei sistemi collettivi e omogeneità delle condizioni di lavoro, continua a caratterizzare — nonostante le temperie della crisi economica — le generalità dei modelli continentali di relazioni industriali (43).

Un esempio importante di questa decentralizzazione derogatoria è rappresentata dalla Francia, che già dal 2004, con la *loi Fillon*, ha sovvertito la gerarchia delle fonti legittimando deroghe a livello aziendale anche nei confronti della legge. Il sistema francese, tuttavia, non è affatto paragonabile a quello prefigurato dall'art. 8. La norma italiana consente al contratto aziendale di derogare indifferentemente al contratto collettivo di livello superiore e alla legge, prescindendo del tutto dal rispetto delle regole endogene al sistema di relazioni industriali: benché gli accordi interconfederali prevedano procedure e modalità peculiari per realizzare le deroghe, identificando le materie sulle quali la contrattazione aziendale è abilitata a negoziare (disciplina della prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro), l'art. 8

(41) Il termine «*organized decentralization*» si deve a F. TRAXLER, *Two logics of collective action in industrial relations?*, in *Organised industrial relations in Europe: What future?*, a cura di C. CROUCH - F. TRAXLER (eds.), Aldershot, Avebury, 1995.

(42) M. KEUNE, *Derogation clauses on wages in sectorial collective agreements in seven European countries*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2010.

(43) Cfr. L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, 2012, 22 ss.

attribuisce alle rappresentanze sindacali aziendali un potere derogatorio che prescinde da (e che si svolge contro) quelle regole. Eliminando ogni condizionamento del ccnl ed ogni vincolo autorizzatorio preventivo o successivo da parte del livello superiore, l'art. 8 sterilizza ogni possibile gerarchizzazione nei rapporti fra livelli di contrattazione (44). La situazione francese è affatto differente. La *loi Fillon* del 4 maggio 2004 ha sì moltiplicato le possibilità di derogare anche *in peius* alla legge — facoltà già prevista, nei casi autorizzati dalla legge, dalla *loi Auroux* del 13 novembre 1982 — e ai contratti collettivi di livello superiore (di *branche*); tuttavia, rispetto alla fattispecie derogatoria dell'art. 8, la legge francese si distingue per due essenziali fattori, l'uno attinente alle materie sulle quali la deroga può intervenire, l'altro alle regole stesse del sistema negoziale e alle procedure autorizzatorie attributive alla contrattazione aziendale del potere di deroga. Sotto il primo aspetto, la legge dispone il mantenimento del principio di *favor* nei confronti dei trattamenti più favorevoli al lavoratore con riferimento ad alcune materie, per le quali la deroga *in peius* non è consentita: si tratta, in particolare dei trattamenti minimi salariali (45) e della classificazione del personale. Il secondo, e ben più rilevante profilo di differenziazione, attiene al vincolo autorizzatorio preventivo che la legge prescrive, rimettendolo alla *branche*: in sostanza la deroga è ammessa solo se i contratti di livello superiore non dispongono diversamente, ovvero

(44) Sui rapporti tra contratti collettivi di diverso livello e le soluzioni adottate dalla giurisprudenza cfr. per tutti C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, Tratt CP, Cedam, 2010, 507 ss. Il tema è di recente affrontato anche da R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, cit., il quale propone una lettura dell'art. 8 come soluzione «mediana» tra la liberalizzazione dei livelli contrattuali prospettata in giurisprudenza e il controllo centralistico dell'autonomia collettiva esercitato dagli Accordi Interconfederali. La lettura proposta, benché suggestiva, non può essere accolta, perché equipara la logica dell'art. 8 a quella degli altri attori della regolazione (giurisprudenza e parti sociali) laddove, invece, si tratta di logiche affatto differenti (l'art. 8, infatti, deroga alla legge, non solo ai ccnl, mentre le soluzioni adottate dalla giurisprudenza e dalle parti sociali sono tutte interne al funzionamento dell'ordinamento intersindacale).

(45) Come è noto, in Francia esiste da tempo una regolamentazione rigida eteronoma in materia salariale, al pari di Belgio, Spagna e Irlanda che presentano una disciplina sul salario minimo legale.

fatto salvo l'espresso divieto da parte del contratto di *branche*, il quale mantiene quindi il governo del sistema derogatorio. L'uso di siffatte clausole di chiusura (*clause de fermeture*) impeditive della deroga è stato ampiamente utilizzato nei primi anni di applicazione della legge (i $\frac{3}{4}$ degli accordi di *branche* conclusi nell'anno seguente all'entrata in vigore della *loi Fillon* contenevano siffatte clausole) (46), mentre la facoltà di deroga è stata raramente impiegata a livello aziendale, a conferma di un interesse degli attori sociali a non stravolgere l'assetto preesistente (47).

L'analisi comparata dimostra, dunque, una sostanziale tenuta dei sistemi di relazioni industriali, pur nel quadro di un emergente fenomeno di disorganizzazione, per via legislativa del modello contrattuale: ne è esempio la Spagna, che con il r.d. n. 3/2012 ha espresso una forte opzione a favore del decentramento contrattuale assegnando per legge assoluta priorità applicativa al livello aziendale, facendo così «saltare» l'autoregolamentazione sindacale nei rapporti tra contratti di settore e di impresa, che era stata invece salvaguardata dalla riforma del 2011 (48). La Germania, invece, paese spesso evocato per descrivere il funzionamento derogatorio della contrattazione, viene collocato fra i sistemi in cui l'operare di clausole di uscita (*Öffnungsklauseln*) all'interno dei contratti collettivi di livello macro (*Flächentarifvertrag*) rientra nel quadro di un decentramento organizzato, che pure è stato subito dal sindacato ed ha mutato profondamente i connotati del sistema di contrattazione collettiva (49). In Germania la produzione di accordi territoriali e/o in deroga è del tutto coerente con il sistema legislativo (*Tarifvertragsgesetz*, § 4, co. 3; *Betriebsverfassungsgesetz*, § 77, co. 3) che ammette l'introduzione da parte dei contratti decentrati e degli accordi di codeterminazione aziendale di disci-

(46) Cfr. J. PÉLISSIER - A. SUPLOT - A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24 ed., 1376 ss.; A. LYON-CAEN, *Le droit français des relations professionnelles. Mutations récentes*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. III, *Il diritto sindacale*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

(47) L'impiego delle clausole di chiusura sembra essersi ridotto, e attualmente il 15% degli accordi di *branche* includono clausole di chiusura che vietano ogni deroga *in peius*: cfr. J.-D. COMBEXELLE, *Loi du 4 mai 2004: quel bilan? Quelles perspectives?*, *DS*, 1, 2008, 20 ss.

(48) Cfr. A. BAYLOS GRAU, *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Bomarzo, Albacete, 2013.

(49) Cfr. M. KEUNE, *Derogation clauses*, cit., 11.

pline peggiorative rispetto a quanto previsto dal *Flächentarifvertrag*, a patto che quest'ultimo contenga clausole di uscita (50). Il ricorso alle *Öffnungsklauseln* ha riguardato in un primo tempo situazioni eccezionali e finalità occupazionali, per poi generalizzarsi in una prospettiva di flessibilizzazione del rapporto di lavoro subordinato standard, producendo una serie di effetti negativi in termini di segmentazione e dualismo del mercato del lavoro (51). Ciononostante, neppure il sistema tedesco, così come quello francese, può essere paragonato al «modello» proposto dall'art. 8: mentre la Germania ha praticato un decentramento organizzato e controllato, l'intervento che il legislatore italiano ha messo in campo «non ha eguali in Germania, soprattutto con riguardo alla possibilità, per il contratto collettivo territoriale ovvero aziendale, di derogare (*in pejus*) a norme di legge» (52).

Alla luce di questi rapidi cenni comparatistici, appare evidente come il caso italiano esprima una contraddittoria tendenza: da una parte gli attori sociali procedono verso un decentramento organizzato e controllato dal centro, del tutto coerente con i modelli del centro-nord europa; d'altra parte il legislatore spinge il sistema verso un decentramento disorganizzato su base aziendale, secondo l'esempio spagnolo appena ricordato. Esemplare della prima tendenza è il punto 7 dell'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011, ove si afferma che i contratti collettivi aziendali possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative della regolamentazione contenuta nei ccnl nei limiti e con le procedure previste dagli stessi ccnl. Tale affermazione è temperata dal principio generale previsto dal punto 2, di salvaguardia del ccnl come strumento di «garanzia della certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore», nonché dalla presenza di un principio gerarchico basato sulla delega secondo cui «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le

(50) Cfr. M. BORZAGA, *Contratti collettivi in deroga, crisi economica e dinamiche occupazionali nella repubblica Federale Tedesca: spunti di riflessione per il caso italiano*, paper presentato al Convegno su *Consenso, dissenso, rappresentanza nel sistema di governo delle relazioni industriali*, cit.

(51) Cfr. W. EICHHORST, *The Unexpected Appearance of a New German Model*, IZA, DP No. 6625, 2012; W. EICHHORST - P. MARX, *Reforming German Labor Market Institution: A Dual Path to Flexibility*, IZA DP No. 4100, 2009.

(52) M. BORZAGA, *op. cit.*, 12.

materie delegate in tutto in parte dal cenl o dalla legge» (punto 3). Quindi il cenl deve predeterminare le materie che possono essere derogate *in peius* dal contratto aziendale: è questo il senso dell'inciso «nei limiti e secondo la procedura», letto in combinato disposto con la seconda parte del punto 7, che prevede per i casi non regolati dal cenl, la possibilità di intese modificative con riferimento «agli istituti del cenl che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro», ma solo «al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale». Un passo successivo viene compiuto con l'accordo sulla produttività del 21 novembre 2012, che ridefinisce i confini tra deroga e delega affidando in maniera originaria al livello aziendale la regolazione delle materie contemplate (prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro). Si adotta quindi un criterio diverso da quello degli accordi interconfederali del 2009 e 2011: mentre in questi ultimi il criterio di specializzazione negoziale è circoscritta dal meccanismo della delega, l'accordo del novembre 2012 prescinde dalla delega e, istituendo una sorta di «doppia specializzazione» attribuisce ai due livelli (nazionale e aziendale) competenze diverse (53). Il quadro è stato poi ristabilito con l'accordo del 24 aprile 2013, firmato anche dalla CGIL, con il quale le parti hanno inteso «confermare il modello e la funzione dei due livelli di contrattazione, così come esplicitato nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, anche con riferimento alle procedure per l'efficacia delle intese modificative» (54).

Ma, sopra tutto, il caso italiano si connota per aver dimostrato come il principale *driver* di questo percorso sia in realtà l'impresa, con le sue logiche e strategie produttive. La vicenda Fiat è emblematica di questa strategia di decentralizzazione attraverso gli

(53) Cfr. P. TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, e *ADL*, 2013, 539.

(54) L'accordo in questione contiene un allegato con accordo quadro territoriale, con carattere «cedevole» rispetto ad intese aziendali o pluriaziendali, indicato quale «modello utile per l'attuazione delle finalità perseguite dalla legislazione in materia di misure per l'incremento della produttività del lavoro e, pertanto, per il conseguimento dei relativi benefici per i lavoratori». La materia è stata fatta oggetto di una Circolare ministeriale n. 15/2013.

strumenti tecnici della deroga e della sostituzione del contratto nazionale di riferimento con un contratto di «primo livello». Lo sganciamento dal sistema di contrattazione collettiva articolato su due livelli e la costruzione di un micro-sistema centrato su un solo contratto aziendale di primo livello realizza, al di là delle questioni tecnico-giuridiche che interessano il piano giudiziario, una drastica semplificazione del modello di relazioni industriali. Una indicazione peraltro confermata dalla stessa giurisprudenza: il Tribunale di Torino 23 gennaio 2012 (55) ha statuito che il contratto collettivo specifico di primo livello è idoneo a sostituire la regolamentazione di uno o più contratti nazionali di categoria vigenti in quanto definibile come contratto di prossimità *ex art. 8, l. n. 141/2011*.

4. *L'analisi degli accordi derogatori ex art. 8.* — Sono stati esaminati alcuni contratti collettivi nei quali le parti fanno esplicitamente o implicitamente riferimento all'art. 8 del decreto legge 138/2011 al fine di legittimare alcune deroghe alla disciplina legale o contrattuale di categoria (56). L'analisi concerne dodici contratti aziendali, due contratti territoriali e un ultimo contratto di cui non è stato possibile identificare la natura. Sin da ora si possono anticipare alcune considerazioni che saranno svolte nel prossimo paragrafo: una parte di questi accordi hanno richiamato la norma solo prudenzialmente, disponendo deroghe che trovano il loro fondamento in altre disposizioni di legge; altri accordi, invece, sembrano non rispettare i requisiti di ordine soggettivo, oggettivo e/o di finalità posti dall'art. 8, realizzando altrettante fattispecie di uso improprio o abusivo del disposto.

Come è noto l'art. 8 prevede che i contratti aziendali o territoriali operino in deroga alle disposizioni di legge e alle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, pur-

(55) Nn.tt. di V. BAVARO, *Art. 8 della legge n. 148/2011 e questioni giurisprudenziali sull'aziendalizzazione (a proposito di deroghe e sostituzioni del contratto nazionale)*, *RGL*, 3, 2012, 579 ss. e V. PAPA, *Verso l'autarchia contrattuale? L'efficacia erga omnes del contratto collettivo specifico (e sperato) al tempo della «prossimità»*, *q. Riv.*, 2012, 712 ss.

(56) In effetti il richiamo all'art. 8 non è sempre espresso: ad esempio l'accordo Trelleborg Wheel Systems Italia S.p.A. del 5 dicembre 2011 non fa riferimento all'art. 8 ma, in generale, alla «attuale normativa vigente in tema di contrattazione collettiva aziendale».

ché siano rispettati i requisiti di tipo soggettivo, oggettivo e di «scopo» presenti nella norma stessa.

Il rispetto dei requisiti soggettivi è apparentemente riscontrabile in tutti gli accordi considerati, anche se, nel caso di stipula da parte delle rsu, rimane l'incertezza, non verificabile, che la firma sia stata apposta dalla maggioranza delle rsu elette: questo aspetto non può emergere dalla sola analisi documentale dell'accordo, ma richiede una conoscenza della singola realtà aziendale, e non è stato, quindi, possibile, verificare la legittimità sotto questo specifico profilo. Onde non possiamo dare qui per acquisito il rispetto dei presupposti soggettivi da parte dei firmatari degli accordi.

Circa i requisiti oggettivi, la norma circoscrive la possibilità di deroga ad alcune materie, benché l'orizzonte finale appaia pressoché illimitato (57).

Gli accordi analizzati si focalizzano principalmente su alcune delle materie derogabili attinenti all'area della *managerial flexibility*: inquadramento del personale, contratto a termine, trasformazione e conversione dei contratti atipici, norme in materia di orario e responsabilità solidale negli appalti, somministrazione, contratto a progetto e modalità di assunzione. Infine, un accordo (Banca Popolare di Bari) autorizzando la predisposizione di impianti di controllo a distanza dei lavoratori «per poter esplicitare con la massima efficacia possibile la funzione di deterrenza nei confronti di eventi criminosi». Come vedremo, questo accordo, nell'esprimere i profili finalistici della deroga, non rispetta i criteri funzionali dettati dall'art. 8, poiché la tutela della sicurezza rispetto ad azioni criminose non rientra fra gli obiettivi contemplati dalla norma.

(57) Le materie sono le seguenti: impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie; mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale; contratti a termine, contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, regime di solidarietà negli appalti e casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; disciplina dell'orario di lavoro; modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto, le partite IVA; trasformazione e conversione dei contratti di lavoro; conseguenze del recesso del rapporto di lavoro (ad eccezione del licenziamento discriminatorio, in concomitanza di matrimonio, nel periodo di interdizione al lavoro per gravidanza, nonché fino al primo anno di età del bambino, causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore, ed infine in caso di adozione o affidamento).

Come è noto, il particolare effetto derogatorio e la formula letterale utilizzata dall'art. 8 rendono vincolanti le finalità o vincoli di scopo descritti dagli accordi territoriali o aziendali, di cui si deve predicare il controllo giudiziale di razionalità-ragionevolezza in base ad elementi concreti di adeguatezza causale, nonché in relazione ai risultati concretamente ottenuti con la deroga (58). L'elencazione legislativa degli obiettivi, che presenta di per sé uno scarso rilievo definitorio, rinvia ai contenuti propri degli accordi decentrati, che devono fornire elementi di concretezza e specificità ai generici profili finalistici del disposto normativo (59). Ora, quasi tutti i contratti esaminati indicano il perseguimento di uno o più obiettivi indicati dall'art. 8, co. 1, impiegando però formulazioni vaghe, sprovviste di specificità sufficiente per attuare un controllo di congruità/proporzionalità del contratto collettivo aziendale. Lo scopo dei contratti derogatori esaminati riguarda principalmente l'incremento dell'occupazione, la tutela della stessa a fronte di crisi aziendali, la realizzazione di nuovi investimenti produttivi; ma l'uso di formule di stile («Al fine di favorire la maggiore occupazione»; «garantire una maggiore occupazione»; «significativi investimenti»; «investimenti per aumentare la capacità produttiva», ecc.), non consente di valutare se i mezzi siano adeguati e con-

(58) L'art. 8, co. 1, stabilisce che i contratti «possono realizzare specifiche intese... finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». Per questi aspetti rinvio a A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'art. 8 della l.14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del diritto del lavoro*, cit. La struttura teleologica dell'art. 8 consente quindi *naturaliter* quel controllo circa l'effettiva esistenza delle ragioni e delle circostanze addotte dal contratto collettivo a giustificazione del peggioramento delle tutele, che pure è ammesso nei confronti della contrattazione derogatoria in altri sistemi, come ad es. quello francese: cfr. M. A. SOURIAU, *Le contrôle de légalité interne des conventions et accords collectifs*, DS, 1996, 395 ss.; G. BORENFREUND - M. A. SOURIAU, *Les rapports de la loi et de la conventions collective: une mise en perspective*, DS, 2003, 72 ss. Per una recente analisi, con ampi spunti comparatistici e di diritto dell'Unione europea, del potere di controllo del giudice sulla legalità degli accordi collettivi con riferimento al vincolo della delega legislativa, dell'ordine pubblico e della Costituzione, cfr. O. RAZZOLINI, *Limiti al potere derogatorio degli accordi collettivi nel c.d. «lavoro non standard» e controllo giudiziario nell'esperienza comparata*, paper presentato al Convegno su *Consenso, dissenso, rappresentanza nel sistema di governo delle relazioni industriali*, cit.

(59) Cfr. T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, DRI, 2011, 635.

gruenti con i fini, né se i fini dichiarati sono stati davvero perseguiti e raggiunti. Si apre quindi un primo profilo interpretativo, relativo alla valutazione giuridica degli accordi in termini di rispondenza ai criteri finalistici dell'art. 8, e sulle relative conseguenze una volta assodato il mancato rispetto dei vincoli di scopo già nella formulazione delle «specifiche intese», vanificando ogni possibile controllo giudiziale.

Secondo una prima prospettazione, che depotenzia immotivatamente il profilo teleologico dell'art. 8, l'elenco legislativo delle finalità esprime null'altro che «una generica premessa rispetto ai contenuti più pregnanti del comma 2», relativo alle materie derogabili (60). In tale ordine di idee la formulazione generica delle «specifiche intese», non porrebbe alcun problema di validità in quanto la genericità degli obiettivi divisati dalle parti risulta direttamente proporzionale alla vaghezza della formulazione legislativa. Questa ricostruzione non può ovviamente essere accolta, perché elimina in radice la condizione finalistica necessaria per riconoscere ai contratti in questione il potere di regolare le materie di cui all'art. 8, comma 2, e per dotare di efficacia *erga omnes* i contenuti derogatori della «specifica intesa». La tesi che ha guadagnato il favore della dottrina maggioritaria, ritiene invece che la contrattazione di prossimità sia astretta da reali vincoli di scopo tali da rendere possibile una declaratoria di nullità delle clausole incoerenti o contrastanti con tali vincoli (61). In questa prospettiva deve quindi ritenersi invalido non solo l'accordo che non indica alcuna finalità, ma pure la «specifica intesa» che indica in modo talmente generico lo scopo perseguito da rendere impraticabile il vaglio giudiziario di adeguatezza e congruità causale. Infatti, se la dichiarazione del perseguimento di una finalità contemplata dall'art. 8 non è di per sé esaustiva e legittimante la deroga, le parti sono onerate di dettagliare e precisare gli obiettivi da raggiungere con la deroga, alla stessa stregua di quanto accade in ogni fattispecie legale in cui la norma vincola l'autonomia privata indivi-

(60) Così T. TREU, *op. loc. cit.*

(61) Cfr. in tal senso, fra gli altri, A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del diritto del lavoro*, *CSDLE, It. n. 132/2011*; P. TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione* cit., 538; R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità* cit., 16 ss.

duale o collettiva al rispetto di determinati vincoli causali o di scopo: ciò accade, per fare alcuni esempi tratti dalla disciplina dei rapporti individuali di lavoro, quando il datore di lavoro specifica le causali di un contratto a termine, o i contenuti specifici di un progetto nella fattispecie di cui all'art. 61 d.lgs. n. 276/2003, ovvero, con riferimento alla contrattazione collettiva, laddove si tratti di definire i contenuti di un accordo in deroga all'art. 2112 c.c. *ex art.* 47, o i criteri di scelta alternativi a quelli legali *ex art.* 5 legge n. 223/1991, o ancora nei progetti di riorganizzazione aziendale recepiti negli accordi di CIGS ai sensi dell'art. 1, l. n. 23/91. Nel caso di specie, questo onere di individuazione specifica delle finalità dovrà sostanziarsi, ad esempio, in un piano di nuove assunzioni se la finalità perseguita dalle parti è la «maggiore occupazione» (62), ovvero in un prospetto finanziario, debitamente formalizzato nell'accordo, se la causale è quella degli «investimenti», o ancora in un piano industriale se lo scopo della «specifica intesa» riguarda l'«avvio di nuove attività». In mancanza di questi contenuti specifici, il profilo teleologico dell'art. 8 risulta del tutto obliterato e la «specifica intesa» deve ritenersi invalida per contrarietà alla norma che inderogabilmente pone le condizioni per attuare la deroga.

In alcuni dei contratti analizzati la finalità della deroga consiste nell'evitare gli effetti derivanti dall'applicazione della l. n. 92/2012, con una discutibile spendita della (peraltro generica, e quindi già di per sé insufficiente) «finalità occupazionale»: così accade con l'accordo Enaip, che, preso atto della più stringente disciplina del contratto a progetto introdotta dalla riforma Fornero, dispone una deroga temporanea alla sua efficacia. Del pari, l'accordo Golden Lady Company S.p.A. dichiara la propria finalità nel «garantire una maggiore occupazione a livello nazionale evitando nel contempo una crisi occupazionale», laddove la paventata «crisi occupazionale» non sarebbe altro che l'effetto della «stretta» legislativa sui contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro. In questi casi non si rinviene alcuna «deroga» intesa, in senso tecnico, come sostituzione di una disciplina preesistente con una diversa (deroga come «relazione sottrattiva tra

(62) Cfr. V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato* cit., 143.

due norme» (63)), ma solo una sospensione dell'efficacia di una norma statale che non può certo essere assimilata o equiparata ad un fattore di crisi aziendale o ad una emergenza occupazionale. In un solo accordo (ILVA) i requisiti finalistici sono del tutto obliterati: in tal caso, dopo una generica premessa in cui si afferma che la Società «è impegnata a difendere l'occupazione del sito produttivo», le parti dichiarano di agire «in applicazione dell' art. 8 che concede la possibilità di regolare con accordi sindacali le materie in oggetto».

Oltre a requisiti soggettivi, oggettivi e di scopo, l'art. 8 individua limiti esterni che circoscrivono la possibilità di derogare le norme nazionali entro i confini e nel rispetto dei principi costituzionali, della norme comunitarie e delle convenzioni internazionali. Non sempre, tuttavia, le norme sovranazionali o internazionali offrono criteri precisi, idonei a raffrontare il contenuto dei disposti derogatori con la normativa inderogabile, onde poter controllare il rispetto dei limiti imposti dal legislatore. Si apre quindi un problema, molto delicato dal punto di vista interpretativo, di selezione delle fonti e degli strumenti normativi idonei a fondare limiti sovranazionali e internazionali alla contrattazione di prossimità, a partire dal principio antiabusivo di ricorso a tipologie di lavoro flessibile e dalla normativa antidiscriminatoria (64). Basti pensare, ad esempio, alla materia dei contratti a termine, laddove il legislatore comunitario, con la Direttiva 99/70/CE, ha demandato in modo estremamente generico e flessibile agli Stati membri il compito di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato attraverso l'emanazione di misure alternative fra loro, relative alle ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti, la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi e il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. È evidente, a fronte di contratti in deroga *in subiecta materia*, la difficoltà di stabilire se una «specifica intesa» viola la clausola dell'art. 5 della Direttiva, secondo la quale,

(63) Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1989, 56.

(64) Cfr. L. RATTI, *Le pedine e la scacchiera: limiti sovranazionali all'efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità*, paper presentato al Convegno su *Consenso, dissenso, rappresentanza* cit.

per prevenire gli abusi, occorre fissare «la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato»; ovvero se la predeterminazione per via negoziale di un risarcimento di bassa entità nel caso di conversione del contratto possa o meno essere intesa come violazione della medesima clausola 5 nei limiti in cui vieta gli abusi derivanti dalla successione dei contratti a tempo determinato. Per quanto attiene, ad esempio, alla durata del primo contratto acausale un'opzione della contrattazione di prossimità è tecnicamente possibile nella misura in cui la Corte di Giustizia UE ha più volte affermato che la Direttiva non impone alcuna restrizione (quindi neppure temporale) alla stipula del primo contratto (vedi sentenze *Mangold* e *Angelidaki*). È pur vero, tuttavia, che la tessa Corte, nei casi citati, ha anche statuito che uno stato membro che preveda una disciplina più stringente sul primo contratto non dovrebbe introdurre modifiche *in peius* in occasione del recepimento della Direttiva, in quanto ciò contrasterebbe con la clausola di non regresso di cui al punto 8.3 della Direttiva. Tale regressione, tuttavia, è già stata realizzata dalla riforma Fornero; inoltre, come è ben noto, la Corte di Giustizia (ma anche secondo la giurisprudenza interna di legittimità) la clausola 8 dell'accordo quadro non può avere applicazione diretta e verticale nell'ordinamento dei singoli Stati. Per quanto concerne invece la successione di contratti a termine la Direttiva contempla, fra le varie ipotesi di regolamentazione antiabusiva, l'individuazione di una durata massima totale dei contratti o rapporti a tempo determinato successivi (clausola 5). È noto che sul punto della regolamentazione dei contratti «successivi» a termine la normativa comunitaria nulla dice, lasciando gli stati membri liberi di scegliere la propria regolamentazione. Tuttavia, quando si è prospettata l'occasione per esercitare un controllo sulla scelta operata dai sistemi nazionali (sentenza *Adelener*) la Corte ha giudicato troppo poco stringente la regolamentazione greca che considerava successivi i soli contratti separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 gg. (cosicché erano da ritenersi non successivi tutti quelli che superavano i 20 gg.). In un altro caso (*Vasilakis*), una durata di 3 mesi è stata invece ritenuta dalla Corte ragionevole (65).

(65) Anche il caso francese può essere di interesse. La Francia presenta una

Alcuni degli accordi esaminati interessano proprio la normativa in materia di contratto a termine (accordi Anasfim, Telecom e altri di alcune aziende non identificate). L'accordo Anasfim riduce gli intervalli temporali minimi tra un contratto e l'altro; quello stipulato da Telecom dispone la stipulazione di un contratto a termine dalla cessazione della mobilità alla maturazione dei requisiti pensionistici, con un prolungamento dei contratti a tempo determinato fino a 63 mesi. Un altro accordo esaminato elimina completamente gli intervalli temporali tra un contratto a termine e l'altro in caso di ragioni sostitutive. Gli stessi accordi riguardanti i contratti a termine, solo parzialmente derogano il decreto legislativo 368/2001 nelle sue successive formulazioni. Il contratto stipulato da Anasfim dispone in materia di causalità, di periodo di carenza tra un contratto e l'altro, derogando altresì al limite di assunzione del 6% fino al 2014. Quanto al primo profilo, la legge, prima della recente novella che ha ripristinato gli originari intervalli di venti e trenta giorni, prevedeva che i contratti collettivi potessero abbreviare gli intervalli temporali tra un contratto e l'altro che erano stati allungati dalla legge Fornero (art. 5, comma 3, d.lgs. 368/2001, come modificato dall'art. 1, co. 9, lett. h, l. n. 92/2012). In particolare, dapprima il legislatore ha autorizzato l'autonomia collettiva in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, a ridurre gli intervalli fino a venti e trenta giorni previa individuazione dei casi

regolamentazione piuttosto rigida (in generale) del CTD, con limitazione di causali specifiche. Il periodo di carenza tra un contratto e l'altro è pari alla metà della durata del contratto se questo è inferiore a 14 gg, a un terzo della durata del primo contratto se di durata superiore a 14 gg. (il che vuol, dire che se un contratto è annuale, il periodo di carenza è di ben 4 mesi). Tuttavia, in Francia sono previste delle importanti eccezioni: non si contempla il periodo di carenza tra due contratti (e quindi possono essere stipulati CTD anche senza rispetto dei termini temporali suddetti) nei seguenti casi: sostituzione di lavoratori assenti, contratti a tempo determinato stagionali (fino a 8 mesi all'anno), contratti di «uso costante» (art. L. 1244-4 *Code. trav.*). Si noti l'interesse di quest'ultima categoria: sono di uso costante i contratti che riguardano occasioni di lavoro per le quali è usuale ricorrere ad un contratto a tempo determinato. Quindi si può dire che la deroga opera proprio laddove è più alto il rischio di abusi. Questa prospettiva derogatoria per casi particolari potrebbe rappresentare un ragionevole compromesso tra istanze di tutela, che suggeriscono di mantenere in generale un periodo di carenza, e istanze di flessibilità nell'impiego dei contratti a termine con riferimento a particolari settori produttivi (es. edilizia, cantieri, ecc.).

riscontrabili nell'ambito di particolari processi produttivi (art. 5, co. 3, d.lgs. n. 368/2001). Successivamente la norma è stata integrata con un previsione che applica i termini abbreviati alle attività stagionali nonché «in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (art. 46bis co. 1, lett. a, d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012). Quindi, in virtù di quest'ultimo disposto, entrato in vigore prima della stipula dell'accordo in esame, la deroga *ex art. 8* appare del tutto inutile, in quanto la materia era già stata oggetto di una delega «in bianco» alla contrattazione (anche aziendale) (66). Più delicato è il secondo aspetto, relativo alla disciplina sui limiti quantitativi di utilizzazione del lavoro a termine (art. 10, co. 7, d.lgs. n. 368/2001). Secondo una recente prospettazione dottrinale, laddove vi sia una disposizione che rinvia la disciplina dell'istituto alla sola contrattazione nazionale di categoria non vi sarebbe spazio per interventi *ex art. 8*, trattandosi di una disciplina «speciale» che integra il precetto legale, non derogabile dalla disciplina «generale» (art. 8) che attribuisce alle «specifiche intese» il compito di regolare i contratti a termine (67). La tesi non può essere accolta, in quanto confonde l'attitudine integrativa della contrattazione collettiva nazionale di categoria con la funzione derogatoria della contrattazione di prossimità: le due funzioni sono diverse e possono quindi coesistere, l'art. 8 derogando in materia di limiti quantitativi a quanto disposto (regolato) dal ccnl in quanto autorizzato dalla legge.

Gli accordi derogatori intervengono pesantemente sui requisiti causali del contratto a tempo determinato. L'analisi deve essere qui contestualizzata rispetto alla rapida evoluzione che ha interessato la disciplina a partire dalla riforma Fornero. Quest'ultima aveva disposto, ai sensi dell'art. 1-bis del d.lgs. 368/2001, che i contratti collettivi nazionali potessero prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria, ovvero in via delegata ai

(66) Esprimeva perplessità sulla devoluzione a livello aziendale in questa materia V. SPEZIALE, *Disposizioni in tema di contratto a termine e modifiche al d. lgs. n. 276/2003*, in *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la legge n. 92/2012*, a cura di A. ALLAMPRESE - I. CORRAINI - L. FASSINA, Ediesse, 2012, 43.

(67) L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, paper presentato al Convegno su *Consenso, dissenso, rappresentanza* cit.

livelli decentrati, ma nel limite del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva, la stipula di contratti a termine acausali qualora l'assunzione avvenisse nell'ambito di un processo organizzativo determinato relativo alle seguenti fattispecie: l'avvio di una nuova attività; il lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; la fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; il rinnovo o la proroga di una commessa consistente. Nel caso esaminato, l'accordo Anasfim dispone la possibilità di apporre come causale l'assunzione legata ad un appalto a termine e/o al lancio di una determinata campagna promozionale; pertanto, sotto questo profilo, è dubbio se la «specifica intesa» abbia o meno apportato una deroga ai casi definiti di processo organizzativo. La deroga riguarda invece sia il livello negoziale (non c'è delega al contratto decentrato) sia il limite quantitativo, poiché in via sperimentale (fino al 2014), la «specifica intesa» ammette lo sfioramento del limite del 6% disposto dall'art. 1, comma *1bis*, d.lgs. 368/2001.

L'accordo Telecom deroga in modo evidente al d.lgs. 368/2001, in particolare agli artt. 1, 10 co. 7 e 4, co. 1. Peraltro si deve precisare che questo l'accordo non specifica se la riduzione temporale avviene perché si è verificato uno dei casi previsti dalla legge 92/2012, che ha modificato il d.lgs. 368/2001.

Infine, un accordo «innominato» dispone una deroga *ex art.* 8 eliminando *tout-court* gli intervalli tra un contratto e l'altro per ragioni sostitutive.

Secondo una prospettazione degna di essere accolta, il sistema prefigurato dalla legge Fornero seguiva un criterio del tutto opposto a quello dell'art. 8, valorizzando i livelli interconfederale e di categoria ed aprendo spazi per quelli inferiori solo in base a scelte espresse effettuate dai soggetti sindacali. Questa normativa di settore, successiva all'entrata in vigore dell'art. 8, avrebbe dovuto ritenersi speciale rispetto a quella generale contenuta nell'art. 8, il cui campo di applicazione si riduceva a profili normativi diversi da quelli contemplati dal nuovo comma 1 del d.lgs. n. 368/2001 (68). Alla luce di questa condivisibile prospettazione, gli accordi esami-

(68) Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.* 36; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 21.

nati sarebbero da considerarsi illegittimi, non per contrarietà ai requisiti posti dall'art. 8, ma per violazione a quanto disposto dalla norma speciale regolante il potere normativo della contrattazione collettiva di definire le ipotesi di contratto a termine.

Attualmente, invece, gli accordi in questione possono considerarsi in linea con il novellato disposto di cui alla legge n. 99/2013, che abilita la contrattazione collettiva, anche aziendale, a definire i casi in cui è possibile stipulare contratti a tempo determinato senza indicare alcuna ragione giustificatrice. Con una sorta di ritorno al passato, che ricorda, *mutatis mutandis*, i tempi in cui l'autonomia collettiva veniva investita, grazie ad un rinvio in bianco del legislatore, della facoltà di identificare le altre ipotesi di contratto a termine, il legislatore ha confezionato un disposto assai più prossimo alla logica derogatoria dell'art. 8; pur mantenendo la propria specialità, quindi, la disciplina che abilita la contrattazione a disporre della fonte primaria si pone sostanzialmente in linea con quanto previsto per la contrattazione di prossimità, senza peraltro essere astretta, come invece quest'ultima, da alcuna funzionalizzazione di scopo.

L'accordo Infocert si pone nella medesima prospettiva di flessibilità tipologica che ha mosso i negoziatori delle deroghe ai contratti a termine, ma interviene su una diversa fattispecie, il contratto di apprendistato, con particolare riguardo alla durata del periodo di prova. Al punto 12.1 dell'accordo aziendale, dedicato al «periodo di prova per nuove assunzioni a favore della maggiore occupazione» si legge che le parti «stabiliscono che il periodo di prova sia determinato in 8 mesi per i contratti di apprendistato con categoria di destinazione al livello 5 del ccnl metalmeccanico». Il 5 dicembre 2012 è stato stipulato un ccnl per la disciplina dell'apprendistato professionalizzante nell'industria metalmeccanica e nella installazione di impianti, il cui art 7 stabilisce che «la durata del periodo di prova è pari alla durata ordinaria prevista dal contratto collettivo nazionale vigente per il livello di inquadramento iniziale». La durata ordinaria del periodo di prova stabilita dal ccnl varia da un minimo di un mese (inquadramento al 1 e 2 livello) ad un massimo di 6 mesi (inquadramento al 6 e 7 livello) (sez. quarta, art. 2). Ora, poiché l'accordo Infocert riguarda il quinto livello di destinazione, si deve presumere che il livello di partenza sia il terzo, per il quale è previsto dal ccnl un periodo di

prova di un mese e mezzo. Si è quindi realizzata una drastica precarizzazione del rapporto di lavoro: portando a ben otto mesi il periodo di prova per i contratti di apprendistato professionalizzante, l'estensione temporale della libera recedibilità è tale, probabilmente, da collidere con norme di rango sovranazionale/internazionale (Carta dei diritti fondamentali UE, convenzioni OIL).

Continuando l'approfondimento *ratione materiae*, i due contratti (Trelleborg e un altro «innominato») che dispongono la creazione di nuove qualifiche pongono in essere deroghe non tanto alla legge, quanto al contratto collettivo di livello superiore. L'accordo Trelleborg deroga al ccnl gomma laddove dispone una procedura particolare per la creazione di nuovi profili professionali (art. 4), non rispettata dall'accordo aziendale. L'altro accordo prevede convenzionalmente che le nuove qualifiche ed il relativo riposizionamento dei dipendenti si pongono nel rispetto della equivalenza delle mansioni, operando in tal modo le parti sociali nel solco del principio di equivalenza contrattuale. Come è noto, la giurisprudenza sulle clausole di fungibilità riconosce che il contratto collettivo può accorpate nella stessa qualifica «mansioni diverse che esprimono professionalità che ... costituiscano lo sbocco di percorsi formativi distinti, in ipotesi anche di livello diverso», dando vita alla figura della «equivalenza contrattuale», a patto che dette clausole siano necessarie per necessità di servizio o per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale dei lavoratori ai quali la qualifica si riferisce (69). La giurisprudenza successiva non ha mancato di compiere qualche passo indietro, ritenendo che il datore può assegnare il lavoratore a mansioni equivalenti purché le mansioni *a quo* e quelle *ad quem* appartengano al medesimo livello di inquadramento contrattuale e le mansioni di destinazione consentano «l'utilizzazione ovvero il perfezionamento e l'accrescimento del corredo di esperienze, nozioni e perizia acquisite nella fase pregressa del rapporto» (Cass. 24293/2008). Ora, alla luce dell'art. 8, non vi sono più dubbi sulla possibilità di riconoscere attraverso «specifiche intese» la fungibilità delle mansioni, sia pure nell'ambito finalistico previsto dal disposto; la norma apre quindi

(69) Cass., S.U., 24 novembre 2006, n. 25033.

«grandi aree di flessibilità attraverso la valorizzazione del contenuto del contratto collettivo aziendale o territoriale, inteso quale strumento in grado di conciliare al meglio le esigenze di tutela di professionalità del lavoratore con quelle di elasticità organizzative proprie del datore di lavoro», in deroga all'art. 2103 c.c. (70). In sintesi, si ammette che la contrattazione collettiva, per mansioni che esprimono in concreto una diversa professionalità, pur confluendo nella medesima declaratoria contrattuale, ponga meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo con apposita clausola la fungibilità funzionale per sopperire a contingenti esigenze aziendali, senza per questo incorrere nella sanzione della nullità di cui all'art. 2103 c.c. In un altro accordo, a fronte di ragioni tecniche, consistenti nell'aggiornamenti degli impianti, l'art. 8 è impiegato per aumentare a dodici mesi il periodo di riferimento per il calcolo della durata media dell'orario di lavoro. In tal caso, tuttavia, non si tratta di una deroga disposta dalla contrattazione di «prossimità», poiché già l'art. 4, comma 4, della legge 66/2003 espressamente ammette che «i contratti collettivi di lavoro possono in ogni caso elevare il limite di cui al comma 3 fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi». La materia dell'orario di lavoro concerne un altro accordo aziendale «innominato» che introduce il lavoro domenicale. Anche in questo caso il richiamo all'art. 8 sembra prudenziale, se letto alla luce delle pronunzie della Corte costituzionale secondo la quale «col termine riposo settimanale il Costituente intese esprimere sostanzialmente il concetto della periodicità del riposo, nel rapporto di un giorno su sei di lavoro senza con ciò escludere la possibilità di discipline difformi in relazione alla diversa qualità e alla varietà dei tipi del lavoro, sempre che si tratti di situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale, con riguardo ad altri apprezzabili interessi, e comunque non vengano superati i limiti di ragionevolezza sia rispetto alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda la salute dello stesso» (C. cost. n. 101/1975, cfr. C. cost. n. 65/1973, 146/1971

(70) Cfr. M. MARAZZA, *op. cit.*

e 150/1967). Quindi, seguendo l'interpretazione costituzionale, pare potersi ammettere il lavoro domenicale a fronte di esigenze particolari e senza superare i limiti di ragionevolezza. I due accordi citati in materia di orario di lavoro intervengono anche in altre materie. L'accordo ILVA dispone una deroga alla disciplina in materia di appalto, con riferimento non già al sistema della solidarietà tra committente e appaltatore per i regimi retributivi ma al decreto legge 223/06 che prescrive il regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore con riguardo al versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente ed al versamento dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti del subappaltatore. L'illegittimità dell'accordo è evidente, posto che l'art. 8 non permette alle parti di disporre di diritti che non spettano ai lavoratori ma che fanno capo a terzi estranei, nei confronti dei quali il contratto collettivo non può certo produrre effetti.

L'altro accordo «innominato» interviene in deroga all'art. 20 del d.lgs. 276/2003, ammettendo il ricorso alla somministrazione in linea generale per motivi organizzativi imprecisati: l'azienda potrà, richiamando l'accordo collettivo, avvalersi della somministrazione giustificando in modo assolutamente generico il ricorso a tale istituto. Seppure la legge 92/2012 abbia introdotto la possibilità di stipulare il primo contratto di somministrazione acausale, non v'è chi non veda la portata derogatoria del disposto contrattuale in esame, che ha sostanzialmente sterilizzato il requisito causale. Sempre con riferimento alle tipologie contrattuali flessibili, l'accordo Anasfim prevede la «possibilità di ricorrere al lavoro intermittente nell'intero arco annuale e senza limitazioni rispetto alle fasce di età dei lavoratori e al numero di lavoratori occupati nell'impresa a tempo determinato o indeterminato». Le deroghe sono qui evidentissime. Secondo la normativa generale, infatti, il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo «svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno» (art. 34, co. 1, d.lgs. n. 276/2003), ma l'individuazione, da parte della contrattazione collettiva nazionale o territoriale, di

periodi predeterminati deve necessariamente riferirsi ad un periodo prefissato all'interno dell'anno; in sostanza non risulta possibile prevedere che suddetto periodo sia riferito all'intero anno, dovendosi precisare la declinazione temporale, pena la conversione del contratto di lavoro intermittente in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (71). Inoltre l'accordo deroga ai requisiti di età previsti dalla legge (art. 34, co. 2: soggetti con più di 55 anni di età e con meno di 24 anni). Meno incisiva è la deroga (al ccnl e non alla legge) disposta in materia di *part time*, laddove si prevede una «riduzione a 12 ore della soglia minima di lavoro settimanale».

Negli accordi esaminati, in due casi vengono disposte peculiari deroghe circoscritte nel tempo: anzi, si può dire che la deroga stessa si sostanzia nella sospensione temporale dell'efficacia di una norma di legge. Si tratta dei già menzionati contratti Golden Lady e Enaip. L'accordo Golden Lady sospende per 12 mesi l'efficacia dell'art. 1, commi 28, 29, 30 e 31 legge 92/2012 secondo cui «il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre» (art. 2549, co. 2, c.c.). La «specifica intesa», oltre ai rilievi già svolti, desta perplessità nella misura in cui l'associazione in partecipazione non rientra nelle tipologie contrattuali previste dall'art. 8, co. 2, lett. e, che si riferisce alle «modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA». L'espressa previsione delle partite IVA e del contratto di lavoro a progetto, e la mancata menzione del contratto di associazione in partecipazione, deve far ritenere che la disciplina di cui all'art. 2549 c.c. non può essere derogata con le «specifiche intese», di cui all'art. 8. Si potrebbe sostenere, in senso contrario, che la materia deve comunque intendersi contemplata nell'ambito della «disciplina del rapporto di lavoro», secondo l'amplissima formulazione dell'art. 8; secondo questa interpretazione la deroga alla legge n. 92/2012 consiste nell'ammettere il contratto in partecipazione al di fuori dei limiti quantitativi introdotti dalla riforma, al fine di rendere possibile all'azienda la riorganizzazione dei propri punti vendita. Una tesi di tal genere non può essere accolta, perché

(71) Cfr. Ministero del lavoro, *Vademecum* del 22 aprile 2013.

la dizione «disciplina del rapporto di lavoro» si riferisce esclusivamente, salve le altre tipologie espressamente previste (lavoro a progetto e partite IVA), alla fattispecie tipica di cui all'art. 2094 c.c. È quindi senz'altro da prediligere un'interpretazione restrittiva volta ad escludere che la deroga rientri nella casistica dell'art. 8; e ciò anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 4 ottobre 2012 che ha attribuito alla norma di cui all'art. 8 un carattere chiaramente eccezionale. Anche sotto questo profilo, quindi, l'accordo Golden Lady appalesa tutta la sua fragilità. Altra deroga circoscritta nel tempo riguarda l'accordo aziendale stipulato da Enaip: in tal caso si interviene per disapplicare il contenuto restrittivo delle norme relative al contratto a progetto così come riformate dalla legge n. 92/2012. Nella premessa dell'accordo si descrive una realtà caratterizzata dalla vigenza di ben 123 contratti a progetto con lo stesso committente. L'accordo, al fine di individuare modelli organizzativi che consentano corrette modalità di collaborazione e di assunzione dei lavoratori — in altre parole per mantenere in forze il personale già occupato (art. 8, comma 1) —, permette per la durata di un anno la disapplicazione delle norme sul contratto a progetto introdotte con la riforma dell'estate 2012. Nel caso appena descritto, così come in quello Golden Lady, non vi è in realtà una deroga in senso stretto, bensì una disapplicazione della disciplina di legge fondata sull'erroneo presupposto che l'intervento legislativo integri le condizioni di una «crisi occupazionale», ai sensi dell'art. 8; il che, ovviamente, non può essere giuridicamente sostenibile.

Il potere di controllo e di vigilanza datoriale è al centro di un altro discusso accordo aziendale (Banca Popolare di Bari) che prevede una deroga all'art. 4 St. lav. nella parte in cui dispone che gli impianti audiovisivi «possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali» o, in difetto, con l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro. Come già anticipato, l'accordo, riferendosi alla «deterrenza nei confronti di eventi criminali ovvero, nel caso in cui questi siano comunque avvenuti», all'«ausilio alle Forze dell'Ordine o dell'Autorità Giudiziaria per l'identificazione dei responsabili» non rispetta l'art. 8 nell'individuazione della funzione della deroga, nella misura in cui quest'ultima, in materia di videosorveglianza e introduzione di nuove tecnologie, non può essere disposta per evitare atti di criminalità

bensi per conseguire gli obiettivi previsti dal comma 1 (verosimilmente: «qualità dei contratti di lavoro, gestione delle crisi aziendali e occupazionali»). Peraltro, sotto il profilo meramente contenutistico, la deroga concerne in tal caso i soggetti abilitati a sottoscrivere l'accordo: mentre l'art. 4 St. lav. prevede un accordo sindacale sottoscritto dalla rsa o, in mancanza, dalle commissioni interne, il contratto in esame è firmato da un «Organo di Coordinamento», sprovvisto quindi dei requisiti soggettivi. Il contratto aziendale *ex art. 8* elimina la richiesta del preventivo assenso sindacale, ma in ogni caso mantiene la necessità che l'eventuale modifica/sostituzione degli impianti di videosorveglianza «siano portati a conoscenza delle OO.SS. firmatarie del presente accordo». Pertanto non vi è il perseguimento delle finalità indicate dall'art. 8 ed il consenso del sindacato è espresso in modo generalizzato nell'accordo in esame. Peraltro la deroga in materia di videosorveglianza non dovrebbe avvenire per evitare atti di criminalità ma per obiettivi legati al lavoro e alla gestione dello stesso, poiché solo in questo modo si potrebbero perseguire le finalità indicate dall'art. 8; quindi ammettendo che, come nel caso di specie, si volesse intervenire per evitare di interpellare i sindacati al fine della sussistenza della deroga, questa dovrebbe comunque incidere sui contenuti di controllo del lavoro o del lavoratore.

5. *Una griglia interpretativa degli accordi.* — L'analisi degli accordi *ex art. 8* suggerisce di predisporre una griglia interpretativa al fine di individuare le diverse «condizioni d'uso» cui la norma si presta, e di fatto si è già prestata nella prima fase di applicazione.

Anzitutto vale rimarcare la vistosa carenza di rispetto dei vincoli finalistici sotto il profilo di una loro specifica e puntuale formalizzazione negli accordi considerati. Le parti non si preoccupano affatto di riempire di contenuto contrattuale le generiche indicazioni della norma, quasi che le «specifiche intese», fossero svincolate da obiettivi finalistici i quali, tutt'al più, assumono valore di mere clausole di stile poste in premessa. Questo *deficit* di contenuto finalistico dell'accordo potrebbe essere stigmatizzato anche giudizialmente ove si ritenga che le parti, per rispettare i criteri teleologici del disposto, debbano necessariamente — quale *conditio sine qua non* della deroga — accordarsi seriamente e in

buona fede sui concreti obiettivi che, attraverso la «specificità intesa», intendono raggiungere.

Ciò posto, sulla base dell'analisi svolta, emergono tre differenti modalità d'impiego dell'accordo derogatorio, spesso compresenti nelle «specifiche intese», qui considerate.

1. Una prima tipologia riguarda gli accordi (o parti di accordo) che fanno prudenzialmente riferimento all'art. 8, quale mera precauzione normativa, benché, in realtà, l'effetto derogatorio avrebbe potuto trovare fondamento in altri, preesistenti congegni normativi di fonte legale o contrattuale: per esempio, nell'accordo ILVA, le parti hanno deciso di aumentare sino a 12 mesi il periodo per calcolare la durata media dell'orario di lavoro, facoltà già contemplata dal d.lgs. 66/2003. Questa modalità d'uso dell'art. 8 potrebbe a prima vista denotare il rilievo trascurabile del disposto nel più ampio panorama della contrattazione derogatoria ed accreditare, quindi, le letture che ravvisano nella norma in esame corposi elementi di continuità con modelli già conosciuti ed esplorati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (72). Ma la propensione delle parti ad impiegare comunque l'art. 8, nonostante le deroghe si giustifichino alla luce di altre norme di rinvio, suggerisce una diversa interpretazione: l'art. 8 è stato subito percepito dalle parti sociali come la norma generale che consente di derogare alla disciplina del diritto del lavoro, da impiegarsi in ogni caso ed a prescindere dalla esistenza di altre fonti derogatorie di carattere settoriale. Questa lettura quasi «psicologista» circa un impiego apparentemente improprio (perché non necessario) dell'art. 8, conferma la probabile interiorizzazione da parte degli attori della postura derogatoria «a tutto campo» del dispositivo in esame, con il suo potenziale decostruttivo di un sistema ancora in gran parte incardinato sulle garanzie inderogabile di legge e di contratto collettivo (73).

(72) Cfr. R. PESSI, *op. cit.*, 546

(73) Per una lettura attualizzata del principio di inderogabilità e della sua «connotazione assiologica» quale asse portante della materia, cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, cit., il quale sottolinea la storicità del principio e, pur le tendenze legislative ad ampliare la potestà modificativa dell'autonomia collettiva, afferma che l'apertura di «varchi sempre più ampi nel muro della inderogabilità porta con sé il rischio di crolli».

2. Un secondo gruppo di accordi denota un uso fisiologico e pertinente dell'art. 8, vale a dire un impiego derogatorio rispettoso dei parametri finalistico-interni posti dalla norma, nonché dei vincoli esterni contemplati dalla stessa. Per esempio l'accordo Anasfim interviene su più fronti della disciplina del lavoro a tempo determinato, disponendo (*in peius*) in materia di acausalità, intervallo tra contratti e rispetto del limite del 6 per cento di assunzioni, in un ambito temporalmente delimitato.

Anche questo impiego fisiologico dell'art. 8 dimostra le ampie potenzialità decostruttive della disciplina vincolistica, con particolare riferimento allo stesso «tipo contrattuale»: in una prospettiva, ben diversa da quella di una riscrittura legale del tipo e dei suoi sottotipi, di «polverizzazione della disciplina (e quindi del tipo) in una serie indefinita di contratti di lavoro «a minore tutela», al di fuori di ogni possibile pianificazione razionale» (74).

Solo il tempo, e un più approfondito e sistematico monitoraggio applicativo, potrà dirci se ed in quale misura questo vettore derogatorio cambierà le posture negoziali degli attori collettivi, orienterà i loro obiettivi, contribuirà a decostruire il diritto del lavoro dando vita alla localizzazione aziendalistica della regolazione di cui abbiamo discusso in precedenza.

3. Un terzo impiego della norma è invece chiaramente abusivo, nel senso che le parti dispongono la deroga violando i presupposti finalistici dell'art. 8 (accordo Banca Popolare di Bari), ovvero disponendo effetti non previsti dalla norma (accordo ILVA nella parte in cui deroga al d.l. n. 223/06 sul versamento delle ritenute fiscali e versamento contributi previdenziali), o ancora violando disposizioni di rango sovranazionale (un accordo «innominato», che elimina radicalmente i tempi di attesa tra contratti a termine, ponendosi in rotta di collisione con il punto 5 della Direttiva comunitaria in punto di prevenzione degli abusi nella reiterazioni del contratti a tempo determinato; lo stesso può dirsi, probabilmente, per l'accordo Telecom che deroga al tetto dei 36 mesi contravvenendo alla medesima Direttiva laddove indica come mi-

(74) Così, con la consueta penetrante analisi, O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, q. Riv., 2013, I, 242; dello stesso A. vedi anche «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, LD, 2012, 19 ss.

sura di contrasto all'abuso la fissazione di una durata massima totale dei contratti).

Questo impiego «abusivo» dell'art. 8 è particolarmente inquietante, e si collega con quanto rilevato a proposito dell'impiego prudenziale (e quindi apparentemente inoffensivo) del disposto. È legittimo ritenere che le parti sociali, individuando nell'art. 8 una norma generale di derogabilità della legge e del contratto collettivo di categoria, si lascino andare ad un uso non controllato della deroga, imboccando pericolosi percorsi di «abuso del diritto» nell'impiego della tecnica derogatoria. Questi percorsi abusivi, «mimetizzati» dalla natura sindacale e legislativamente autorizzata della deroga, si nutrono delle ambiguità ed incertezze testuali dell'art. 8: in una parola, dei materiali giuridicamente scadenti di cui la norma è composta (75), ed aprono di fatto la via ad una decostruzione, questa volta per vie illecite, del sistema di garanzie tipico del diritto del lavoro. Quanto poi questi abusi potranno formare oggetto di un controllo giudiziario, e di una eventuale invalidazione *ope iudicis*, è questione del tutto aperta ed imprevedibile (76).

6. *Osservazioni conclusive.* — L'analisi sin qui condotta suggerisce almeno due ordini di osservazioni conclusive. Il primo riguarda gli usi differenziati di una specifica tipologia di accordi derogatori (le «specifiche intese» di cui all'art. 8), suscitando inediti interrogativi non solo circa la complessità regolativa espressa dalla norma in esame, ma anche relativamente al senso, alla direzione e alla stessa legalità intrinseca dei processi di contrattazione collettiva da essa generati. Mai l'interprete aveva avuto di fronte, come ora accade, la possibilità di sviluppo di una contrattazione collettiva *praeter* e addirittura *contra legem*; una contrattazione che — per parafrasare Federico MANCINI — non solo «può molto», ma può (o crede di potere) tutto. Probabilmente, l'uso *contra legem* delle

(75) L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, LD, 2011, 459, ha scritto di una «inaudita rozzezza formale» coniugata ad una «spregiudicata intenzione eversiva dell'ordinamento giuridico del lavoro».

(76) La questione è già stata affrontata, in termini generali, in A. PERULLI - V. SPEZIALE, *op. cit.*, e viene ripresa, ad esempio, da L. D'ARCANGELO, *op. cit.*, 225 ss., e da P. TOSI, *op. cit.*, 538, che parla di «un contenzioso giudiziario dagli esiti imprevedibili».

«specifiche intese» nasce da una sorta di contraddizione intrinseca fra l'estrema duttilità e «facilità d'impiego» della norma, e l'esistenza di una serie di limiti di oggetto e di scopo, che, invece, ne complicano l'utilizzo, inducendo le parti, più o meno consapevolmente, ad un abuso della facoltà di deroga.

Il secondo ordine di riflessioni riguarda il rapporto tra deroga e dinamiche complessive del sistema di relazioni collettive in una prospettiva di stretta connessione con le ancor più ampie linee di sviluppo dell'economia globalizzata. È innegabile che il motore dei cambiamenti in atto, con i connessi processi di *re-scaling* della regolazione a livello di singola impresa, è la globalizzazione economica, con i suoi portati di *empowerment* aziendale, delocalizzazione, *dumping* sociale, competizione tra sistemi giuridici e sociali, concorrenza tra gli stessi lavoratori. Per il diritto del lavoro si tratta di un possibile percorso di cambiamento (appunto di de-costruzione), i cui esiti non sono affatto chiari ma possono essere letti, in filigrana, attraverso le esperienze di rottura che si sono manifestate, nel nostro paese, con la vicenda FIAT e con le prospettive di deregolazione aperte proprio dall'art. 8.

Per rispondere a queste sfide trasformative il diritto del lavoro dovrà trovare la forza di tornare alle proprie origini, e alla sua razionalità al contempo economica e valoriale. La profonda ambivalenza della regolazione giuslavoristica — il suo essere funzionale all'impresa e al tempo stesso antagonista dei suoi eccessi in funzione protettiva dei diritti fondamentali della persona — consente di connotare i processi normativi in un'ottica di regolazione della concorrenza economica e sociale. Il futuro del diritto del lavoro uscito dalla «metafisica dei valori» non può derogare dalla sua vocazione originaria di diritto di regolazione della concorrenza sociale, oggi accelerata e trasfigurata su scala mondiale dai processi di globalizzazione (77). Ma per evitare la strada del declino, il

(77) L'abbandono della asserita fase «metafisica» del diritto del lavoro, caratterizzata «dall'assolutizzazione delle proprie premesse di valore e scelte di tutela», è teorizzata nel bel saggio di R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Risistemare il diritto del lavoro*, cit., 343, il quale, con questa profezia, abbraccia una sorta di «pensiero debole» del diritto del lavoro, dagli incerti destini. È tuttavia sorprendente come DEL PUNTA sembri dimenticarsi che il diritto del lavoro, in realtà, non ha mai assolutizzato i propri fondamenti assiologici, e che da sempre, e a tutte le latitudini, è materia convenzionale, reversibile (Gerard

diritto del lavoro deve anche modificare il suo atteggiamento *culturale* rispetto ai temi della produttività e della crescita, secondo una prospettiva ben più avanzata e solida di quella sintetizzata nel «Patto per la produttività»; e guardare alle esperienze di successo, ai paesi che anche nel mare tempestoso della crisi globale hanno continuato ad esportare e a crescere. Paesi dove la qualità e l'impegno del lavoro, oltre ad essere alimentati da un efficace sistema di formazione professionale, si sono fondati su uno scambio tra contributo attivo dei lavoratori alla produttività e all'innovazione, da un lato, e una estesa tutela occupazionale, consistenti prestazioni sociali, diffusa partecipazione alle scelte aziendali attraverso le rappresentanze sindacali, dall'altro (78).

Ma se altri sistemi di relazioni industriali hanno funzionato come risorsa per la riattivazione della crescita, ben diverso è il giudizio con riguardo all'Italia, ove il sistema sindacale sembra funzionare più come vincolo che come risorsa, sia a livello macro sia a livello micro, accumulando un ritardo nei processi di riforma del mercato del lavoro e del *Welfare* che si trascina fino alla fase più recente. È difficile non vederne gli effetti nella bassa crescita della produttività e dell'innovazione rispetto ad altri sistemi europei (79). Ovviamente la responsabilità non è imputabile solo al sistema di rappresentanza degli interessi, giacché non si devono trascurare una serie di diseconomie esterne al sistema di relazioni industriali (infrastrutture, costo dell'energia, giustizia) e le caratteristiche strutturali della nostra produzione, caratterizzata da una specializzazione settoriale più esposta alla concorrenza di costo, maggiore presenza di imprese di piccole dimensioni. Il

LYON-CAEN parlava di Penelope diventata giurista), soggetta all'interazione con razionalità-altre: diritto di frontiera, che partecipa alla logica del capitalismo (la Scuola francese che fa capo a Gerard LYON-CAEN lo definisce addirittura come diritto del capitalismo), della concorrenza, e che da sempre, non certo da oggi, ha ammesso «l'economia al tavolo dei suoi formanti».

(78) Si pensi, ad esempio, alla Germania, che ha saputo in questi anni coinvolgere i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, con un'ampia flessibilità interna, vincoli consistenti alla licenziabilità, esteso *Welfare State*. Per l'analisi comparativa delle forme di partecipazione, con riferimento all'esperienza tedesca (ma non solo), cfr. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012.

(79) Cfr. W. STREECK - C. TRIGILIA, *Sulla political economy di Germania e Italia*, il Mulino, 6 ed., 2012, 1077 ss.

paradosso italiano è quindi evidente: un sistema sindacale troppo grande e organizzato (con il tasso di sindacalizzazione più alto fra i paesi EU, alle spalle solo di quelli scandinavi) per lasciare spazio alla regolazione di mercato, ma al tempo stesso troppo frammentato e deresponsabilizzato per favorire la crescita, come avviene in altri sistemi europei tra i quali quello tedesco. Un sistema troppo poco istituzionalizzato e poco orientato da una logica cooperativa, cui si accompagna un basso tasso di partecipazione dei lavoratori nei destini dell'impresa a sostegno della produttività e dell'innovazione, come avviene invece in Germania. Questi sono i problemi che il sistema italiano di relazioni industriali dovrebbe affrontare, per vincere la sfida del cambiamento. L'idea che per risolvere questi problemi possa essere imboccata la scorciatoia chiamata «aziendalizzazione del diritto del lavoro», è evidentemente frutto di una svista. O di una cattiva coscienza.

LA CONTRATTAZIONE DI «PROSSIMITÀ»: TEORIA, COMPARAZIONE E PRASSI. —

Riassunto. *Il saggio affronta tre aspetti della contrattazione di prossimità introdotta dall'art. 8 della l. n. 148/2011. Il primo aspetto è teorico-concettuale: la contrattazione di prossimità viene collocata nell'alveo della tendenza ad un neo-feudalesimo giuridico, che nel diritto del lavoro prende la forma della aziendalizzazione della regolazione. Il secondo aspetto è comparatistico: l'art. 8 sembra rappresentare un unicum nel panorama europeo, caratterizzato da un modello organizzato di decentramento contrattuale. Il terzo aspetto è applicativo: l'analisi di alcuni accordi suggerisce di identificare tre diverse «condizioni d'uso» della contrattazione di prossimità; ad un uso solo prudenziale si affianca un uso fisiologico, ma non mancano casi di «abuso» del potere di deroga attribuito alle «specifiche intese» dall'art. 8.*

PROXIMITY BARGAINING: THEORY, COMPARISON AND PRAXIS. — Summary. *This*

essay examines three aspects of the «contrattazione di prossimità» (proximity bargaining) introduced by art. 8 l. no. 148/2011. The first aspect is a theoretical-conceptual one: this type of bargaining is placed into the stream of a tendency to a neo-feudal law, which, in labor law, takes the form of a corporatization regulation. The second aspect is a comparative perspective: art. 8 seems to be unique in the European landscape, characterized by a pattern of organized model of bargaining decentralization. The third aspect is more applicative: the analysis of certain agreements suggests to identify three different «conditions of use» of the proximity bargaining; a just prudent use is joined by a physiological use, but there are cases of «abuse» of the power to waive attributed to the «specifiche intese» (specific agreements) by art. 8.