Universidad Zaragoza

1542

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA "TULLIO ASCARELLI"

Università degli Studi di Palermo

Universidad de Zaragoza

Tesi di dottorato su

"Il contratto collettivo aziendale in una prospettiva comparata. Italia, Francia, Spagna e Stati Uniti a confronto"

"Dottorato di ricerca in Diritto Privato" (XXIV ciclo)

"Doctorado en Derecho" (Tercer ciclo)

Sezioni della "Scuola Dottorale Internazionale in Diritto ed Economia Tullio Ascarelli"

Settore scientifico disciplinare: IUS/07

Anno accademico 2010/2011

Studente: Silvio Bologna

Tutor: Chiar.mo Prof. Massimiliano Marinelli, Università degli Studi di Palermo.

Cotutor: Chiar.mo Prof. Angel Luis de Val Tena, Universidad de Zaragoza.

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Rosalba Alessi

Indice

Abbreviazioni delle riviste 5

Altre abbreviazioni 6

Introduzione: oggetto, finalità e metodologia della ricerca 7

Capitolo primo: il contratto collettivo aziendale nell'esperienza giuridica italiana 14

1.La nascita del contratto collettivo aziendale 14

2.Il contratto collettivo aziendale nel novecento: contenuto ed efficacia 16

2.1Dal fascismo agli anni '70 16

2.2 Dagli anni '70 al Protocollo Scotti 21

2.3.Il Protocollo del 23 luglio 1993: il decentramento contrattuale nel contesto delle politiche concertative 22

2.4. L'efficacia soggettiva nella perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost. 25

3. Il caso Fiat: l'emblema del superamento dell'ordinamento intersindacale 26

3.1La vicenda ed il contenuto dell'accordo 27

3.2. Il ricorso della Fiom e la sentenza del Tribunale di Torino, 14 settembre 2011, n. 2583 35

4.Il regime delle deroghe aziendali al contratto nazionale nel prisma degli Accordi Quadro del 2009, 2011, 2012 43

4.1. L'Accordo Quadro del gennaio 2009 43

4.2. L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 45

4.2.1.L'accordo del 28 giugno 2011: prime ipotesi applicative dell'opzione derogatoria 48

4.3.L'accordo interconfederale sulla produttività del 21 novembre 2012 49

4.3.1 Le prime applicazioni dell'Ap da parte del ccnl; l'intervento dell'Inps 53

5. Il regime delle deroghe aziendali nel prisma della legge: la derogabilità assistita e gli "accordi gestionali" 56

6. L'articolo 8 della l. 148/2011: una delega in bianco al contratto collettivo aziendale? 62

6.1. Le ragioni dell'economia e l'adozione dell'art. 8 l. 148/2011 62

6.2.Le finalità delle specifiche intese derogatorie 72

6.3. I Limiti alle deroghe 74
6.3.1I limiti in relazione al dettato costituzionale 74
6.3.2. I limiti in relazione alla normativa comunitaria ed internazionale 80
6.4. Le singole intese: per una lettura costituzionalmente orientata 84
6.4.1Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro 84
6.4.2.La disciplina delle mansioni, della classificazione e dell'inquadramento del personale 85
6.4.3.Il ricorso al lavoro a termine 88
6.4.4.Il regime di solidarietà negli appalti 90
6.4.5 *Part-time*, lavoro a chiamata e lavoro ripartito 92
6.4.6. La disciplina dell'orario di lavoro 94
6.4.7 I licenziamenti individuali 96
6.4.8 La somministrazione di lavoro 100
6.4.9. Impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie 102
7. La procedura: il sindacato aziendale 103

Capitolo secondo
La contrattazione collettiva aziendale in Spagna 108

1. Il biennio 2011/2012: verso la centralità dell'accordo collettivo aziendale 108
2. La disciplina della "*concurrencia entre convenios colectivos*"secondo l'art. 84 ET 112

2.1. La situazione anteriore al rdl 7/2011: centralità della contrattazione
ed eccezionalità della concorrenza parziale 112
2.2. La riforma del rdl 7/2011: la decentralizzazione regolata 115
2.3. La riforma del rdl 3/2012: verso la definitiva decentralizzazione 116
3. Le materie oggetto di esclusiva competenza del contratto aziendale 125

4. Il ricorso alla decretazione d'urgenza nel rdl 3/2012: profili di illegittimità costituzionale 131
5. L'architettura complessiva della riforma: più critici che apologeti. 133
6. I soggetti abilitati alla negoziazione e stipula di un contratto aziendale: la riforma del rdl- 7/2011 135
6.1. La legittimazione attiva nel *convenio colectivo de franja* 139
6.2. La legittimazione attiva nel contratto di gruppi di imprese o *empresas en red* 140
7. Il "*descuelgue salarial*" come alternativa al contratto collettivo aziendale, e l'inapplicazione delle clausole pattuite in un accordo collettivo 142
7.1. Ambito e materie oggetto di *descuelgue* 146
7.2. Le causali legittimanti l'inapplicazione 148
7.3. Il procedimento di *descuelgue* 150
7.4. Il *período de consultas* 153
7.5. La mancanza di accordo: l'opzione extragiudiziale 153

8. Il *descuelgue* ed il contratto collettivo aziendale: analogie e differenze 157
9. Il ruolo della contrattazione collettiva nei casi di *movilidad geográfica*: cenni 159

Capítulo tercero.
La negociación colectiva empresarial en Francia. 161
1.Introduccción: la historia de la negociación colectiva empresarial en la segunda post-guerra 161
2.La ley Fillon de 2004: la redefinición de las competencias del convenio empresarial; los grupos de empresas 166
2.1. El convenio de empresa: la deragación a los convenios de sector 166
2.2.La derogación a la ley 171
2.3. Una primera valoración aplicativa de la ley de 2004 172
3. La total autonomía de la empresa frente a la ley y al convenio de sector: la ley de 20 de agosto de 2008 y el tiempo de trabajo 174
3.1. Las horas extraordinarias 175
3.2. Los *accords de forfait jours* 176
4. La unidad negocial 179
4.1. L'*établissement* 179
4.2.La negociación en los grupos de empresa 181
5.La negociación anual obligatoria 184

5.1. Modalidades procedimentales 185
5.2. El contenido 186
5.3 Especial referencia al obligo negocial sobre igualdad profesional 187
5.4.El incumplimiento del deber anual de negociar: sanciones civiles y penales 192
6. La ley de 20 de agosto de 2008: desde la representatividad presumida/vertical hasta la representatividad ponderada/horizontal en la empresa 193
6.1El sindicato "representativo" en concreto como sujeto negocial 193
6.2. Desarrollo de las negociaciones: procedimiento y sujetos 196
6.3. Conclusión de los acuerdos 199
6.4. Los sujetos negociadores en los grupos de empresas y condiciones de validez del acuerdo 200
7.Los últimos desarrollos: el *Ani* de enero de 2013 y la ley de transposición 201
7.1. La potenciación de la obligación trienal de negociar 202
7.2. Los acuerdos de *mobilité interne* 204
7.3. Los acuerdos de *maintien dans l'emploi* 206
7.3.1Los presupuestos causales 207

Capitolo IV

La contrattazione collettiva aziendale in USA 213

1.Il diritto sindacale americano: evoluzione storica, principi e soggetti 213

2.Il Wagner Act 219
2.1L'amministrazione del NLRA: il *National Labor Relations Board* 221
3. *The appropriate bargaining unit* 222
3.1.I limiti soggettivi alla costituzione della *bargaining unit* 224

4.Majority rule and exclusive representation 227
4.1Sindacato unico aziendale e difesa dei diritti civili 238
5.The duty to bargain in good faith (duty of fair representation) 240
6.Mandatory subjects: wages, hours and others conditions 242
6.1Mandatory subjects 242
6.2.Voluntary or permissive subjects 247
6.3.Illegal subjects 247
7.Fiat-Chrysler: un'unica azienda globale e due diritti sindacali? 248
7.1.Il versante americano 249
7.2.La regolamentazione a Torino: l'altro versante della *joint venture* 257
Conclusioni 265
Relación de síntesis en castellano (con arreglo al Reglamento de la Escuela Ascarelli) 271
Bibliografia 277

Abbreviazioni delle riviste

ADL: Argomenti di Diritto del Lavoro
BJEL: Berkeley Journal of Labour and Employment Law
BJIR: British Journal of Industrial Relations
Bull. Civ.: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles
Chi-kent L. Rev: Chicago Kent Law Review
CLPJ: Comparative Labor Law and Policy Journal
DL: Il diritto del lavoro
DLM: Diritti Lavori Mercati
DML: Il Diritto del Mercato del Lavoro
DLRI: Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
DO: Le Droit Ouvrier
DRI: Diritto delle Relazioni Industriali
DS: Droit Social
EL: Economia del lavoro
GL: Guida al Lavoro
HLR: Harvard Law Review
LD: Lavoro e Diritto
LLJ: Labor Law Journal
LSJ: Labor Studies Journal
LSJS: La Semaine Juridique Social
LSQ: Liaisons Sociales Quotidien
Mass. Giust. Civ.: Massimario di giustizia civile
MGL: Massimario di giurisprudenza del lavoro
QRS: Quaderni di Rassegna Sindacale
RD: Recueil Dalloz
RDCTSC: Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale
RDL: Rivista di Diritto del Lavoro
RDS: Revista de Derecho Social
RDT: Revue de Droit du Travail
REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo
RGDT: Revista General de Derecho de Trabajo
RGL: Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
RIDL: Rivista italiana di diritto del lavoro
Rj: Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
RJS: Revue de jurisprudence sociale
Sem. Soc. Lamy: Semaine sociale Lamy
St. Merc.: Stato e Mercato
TIJ: The International Journal of Comparative Lal Law and Industrial Relations
Tl: Temas Laborales
TL-RATBS: Temas laborales- Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social
W.P.C.S.L.L."Massimo D'Antona": Working Papers- Center for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"

Altre abbreviazioni

AI: Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011
AP: Accordo Quadro sulla Produttività del novembre 2012
An: Audiencia Nacional
Boe: Boletín Oficial del Estado
Borm: Boletín Oficial de la Región de Murcia
Bull. Civ.: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles
C. Giust.: Corte di Giustizia
Cap: capitolo

Cass. Soc.: Cour de Cassation, Chambre sociale (Camera sociale della Corte di Cassazione francese)
C.c.: codice civile; código civil
Ccnl: contratto collettivo nazionale di categoria
Ce: Constitución Española
Cedu: Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali
Cer. Den.: certainly denied
Cf: Constitution française
Ch. Soc.: Chambre Sociale de la Cour de Cassation
St. Cir.: State Circuit
Cit.: citato/a
Cost.: Costituzione della Repubblica Italiana
Cpv: capoverso
Ct: code du travail
Dir.: direttiva
Doe: Diario oficial de Extremadura
Dog: Diario Oficial de Galicia
Dpcm: decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
Enf'd: enforced
Et: Estatuto de los Trabajadores
Foro It.: Il Foro Italiano
Nlra: National Labor Relations Act
Nlrb: National Labor Relations Board
Nt: con nota di
Par.: paragrafo
Rdl: real decreto-ley
Stat. Lav.: Statuto dei lavoratori
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social (con necessario riferimento alla *Comunidad Autónoma).*
TS: Tribunal Supremo
U.S.: United States Supreme Court
WCM: World Class Manifacturing

Introduzione: oggetto, finalità e metodologia della ricerca

La presente trattazione vuole dimostrare come nell'Europa mediterranea le moderne relazioni industriali si caratterizzino per una sempre maggiore decentralizzazione, con un contestuale avvicinamento verso il modello nord-americano, dove il rapporto di lavoro non è regolato dalla legge e dal contratto collettivo nazionale, ma dall'accordo aziendale o addirittura di ramo d'azienda.

Dopo la crisi economico-finanziaria del biennio 2008-2009, nel vecchio continente si è registrato un crescente intervento legislativo che ha aumentato le prerogative del contratto collettivo aziendale, a detrimento sia di quella che un tempo la dottrina chiamava con varie espressioni *norma inderogabile*, *norma inderogable*, o *norme d'ordre publique social*, sia del contratto collettivo nazionale.

Gli interventi legislativi sono stati giustificati dalle necessità di fronteggiare la crisi, rendere il mercato del lavoro più competitivo e flessibile, rispondere alle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni sovranazionali, dare maggiore effettività alla nozione di *flexicurity*[1], da anni filosofia ispiratrice della Commissione Europea e delle istituzioni sovranazionali nella disciplina del rapporto e delle relazioni di lavoro.

Il tratto comune riscontrato è stata la costante difficoltà per sindacati dei lavoratori ed associazioni datoriali di dare delle risposte autonome al mutato contesto economico, e il loro essere scavalcati da governi e parlamenti: questi ultimi hanno legiferato sul tema dei rapporti tra contratti collettivi e tra legge ed autonomia collettiva, segnatamente sul ruolo del contratto aziendale, senza coinvolgere le parti sociali o disattendendo le loro indicazioni.

[1] Sulla *flexicurity* cfr. J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockés, *Droit du travail,*Dalloz, Paris, 2012, pp. 24-26; M. Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *La grave crisi del diritto del lavoro,* in *LD,* 1/2012, p. 7.

Infatti, la regolamentazione del contratto collettivo aziendale in Italia- quanto meno sino alla vicenda Fiat – era stata affidata alle dinamiche dell'ordinamento intersindacale ed all'autonomia privata; in Francia e in Spagna il governo aveva sì legiferato in materia, ma tenendo in conto le indicazioni provenienti dalle parti sociali, ed espresse in accordi interconfederali.

In relazione a questo aspetto, è dato osservare come il governo italiano- nel presentare alle camere il d.l. 138/2011, poi convertito in l. 148/2011, contenente l'art. 8 rubricato "*Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*"- non abbia minimamente consultato sindacati e Confindustria, disattendendo persino le indicazioni autoregolatorie del fenomeno, contenute nell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, siglato solo pochi mesi prima.

In Spagna il sistema di contrattazione collettiva aziendale è stato profondamente ridisegnato, prima col *real decreto-ley* 7/2011, intervenuto in mancanza di accordo tra le parti sociali e poi col *real decreto-ley* 3/2012, che non teneva in alcun modo in considerazione le indicazioni espresse in sede di accordo interconfederale.

In relazione alla Francia, prima la *loi Fillon* del 2004, e poi la legge del 2008 sulla riforma della rappresentatività sindacale e della contrattazione collettiva recepivano solo parzialmente le proposte degli attori sociali, oltre che a registrare una divisione profonda tra le due maggiori centrali sindacali, Cfdt ed Ugt.

Più specificamente, attraverso l'analisi delle anzidette norme e delle dinamiche che ne hanno reso possibile l'approvazione, si vuole dimostrare come nell'Europa mediterranea si sia di fronte ad una crisi della funzione regolatoria della legge e del c.d. *multi employer-bargaining* (il contratto collettivo nazionale di categoria dell'esperienza giussindacale italiana, il *convenio de sector* spagnolo, l'*accord de branche* francese), quali "fonti" che disciplinano il rapporto di lavoro.

In altri termini il presente lavoro vuole evidenziare la crisi ed il conseguente superamento sia legale sia di fatto di quel modello pluralista di relazioni industriali, e di quegli strumenti che storicamente in Europa hanno mirato a limitare la

concorrenza tra imprese, con l'obiettivo di garantire condizioni minime o soddisfacenti sul piano salariale e normativo, indipendentemente dalle effettive condizioni di mercato[2].

Ciò cui si assiste è una progressiva destrutturazione di quel sistema di relazioni collettive ereditato dai "trenta gloriosi del capitalismo", che conosceva stabili assetti di concertazione ed un sistema di contrattazione collettiva complesso ed articolato, oltre che un regime di *welfare* sostanzialmente universalistico; ed una legge finalizzata alla protezione del prestatore di lavoro in quanto contraente debole e parte di una classe sotto-protetta, e per ciò derogabile solo *in melius* dall'autonomia individuale e collettiva[3].

Le leggi oggetto di analisi sono l'esempio lampante di una nuova convergenza dei sistemi nazionali di relazioni industriali, questa volta attraverso la deregolazione, che da un punto di vista strettamente giuridico si traduce nel decentramento delle strutture contrattuali, e nella progressiva accentuazione del ricorso a quelle che in gergo vengono chiamate "*clausole di apertura"* o di "*deroga"*: nella disciplina del rapporto di lavoro la legge attribuisce un notevole potere al contratto collettivo decentrato.

In altri termini, nei sistemi francesi, spagnolo e italiano sarebbe in atto un nuovo assetto regolatorio, in cui prevarrebbero gli interessi localistici e le prerogative manageriali, a detrimento sia della legge, sia dei contratti settoriali ed intersettoriali: è dato quindi assistere ad una riduzione della portata regolativa

[2] Cfr. G. P. Cella, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane,* in *St. Merc.,* 1/2012, p. 30; in senso conforme L. Bordogna, *La regolazione del lavoro nel capitalismo che cambia: fosche prospettive?*, in *St. Merc.,* 1/2012, p. 26, che sottolinea come la tendenza alla decentralizzazione sia resa ancor più problematica dalla circostanza che deroghe e decentramento avvengono in modo sregolato, avulso da qualsiasi forma di coordinamento dal centro.

[3] Cfr. M. Regini, *Tre fasi, due modelli e una crisi generalizzata,* in St. Merc., 1/2012, pp. 77-78; sul concetto di "*sottoprotezione sociale*" come concetto teorizzato dalla dottrina giuslavoristica, e poi tradotto nella "*norma indeorgabile*" cfr. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro,* Edizioni Scientifiche, Napoli, 1976, pp. 8 ss.; in senso sostanzialmente conforme- circa la nozione di *ordre publique social-* cfr. M. Poirier, *La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail,* in *DO,* février 2013, p. 81: la legge non si applica se non quando è migliorata e/o compleatata per via convenzionale.

delle relazioni industriali classiche, che dismetterebbero la loro portata universalistica all'insegna di una loro rifunzionalizzazione[4].

In termini più marcatamente ideologici è stato sostenuto che misure legislative come quelle che saranno analizzate siano una pratica dimostrazione di una *"common neoliberal trajectory"* dei sistemi europei di relazioni industriali: le predette società capitalistiche, per quel che attiene il governo delle stesse, pur permanendo alcune differenze di strutture o di punti di arrivo, si evolverebbero verso una stessa dimensione politico-economica: la progressiva perdita di influenza della legge e del contratto di categoria e la contestuale "emancipazione" del contratto aziendale altro non sarebbero se non un'intervento di politica economica deregolatorio, con la finalità di eliminare lacci e laccioli, che osterebbero al libero incontro tra domanda ed offerta di lavoro[5].

Indipendentemente dall'opzione ideologica prescelta, una siffatta struttura della contrattazione collettiva dipende in buona misura dalla costruzione economica e sociale dei mercati: non sarebbe cioè frutto di libere scelte delle parti sociali, ma rifletterebbe determinate dinamiche della competizione economica europea, in cui- in assenza di una contrattazione transazionale che assicuri un'uniformità di trattamento salariale nei vari paesi europei- l'accordo aziendale è lo strumento per reggere la competizione internazionale e regionale[6].

***

Oggetto di analisi saranno per l'Italia l'art. 8 della l. 148/2011 in materia di *"Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*", e gli accordi interconfederali del 2009, 2011 e 2012; per la Francia la *loi Fillon* del 2004 sulla struttura della contrattazione collettiva, la legge del 20 agosto 2008 su rappresentatività sindacale

[4] Cfr. T. Treu. M. Carrieri, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare,* in M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 8 ss.

[5] Cfr. L. Baccaro, C. Howell, *A common neoliberaly trajectory: the transformation of Industrial relations in Advanced capitalism,* in *Politics and Society,*2011, pp. 527 ss.

[6] L. Cavallaro, *A cosa serve l'articolo 18,* Manifestolibri, Roma, 2012, pp. 61-64. Per una ricostruzione sul ruolo dei sindacati e della contrattazione collettiva da un punto di vista economico cfr. E. Tarantelli, *Economia politica del lavoro,* Utet, Torino, 1986, pp. 9-51.

ed orario di lavoro, e la legge del 2013 sulla competitività delle imprese; per la Spagna il *rdl* 7/2011 su *"Medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*" ed il *rdl* 3/2012 su *"Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*".

Le norme verranno analizzate in costante comparazione con i di poco anteriori accordi interconfederali/*acuerdo marco*/*accord interprofessionnel*, per evidenziare il grado di recepimento delle opzioni auspicate dalle parti sociali.

Le anzidette previsioni normative, di fonte sia legale sia contrattuale, attribuiscono un sempre crescente potere regolatorio al contratto di impresa, che può dunque introdurre trattamenti *in pejus* a quanto contemplato dalle altre fonti del diritto del lavoro; le stesse avanzano nel solco di una tradizione apertasi a cavallo tra gli anni '80 e '90 sulla spinta di una crescente incapacità delle imprese di far fronte alla competizione non più su scala nazionale, ma transnazionale, e di una quasi *communis opinio* nel mondo politico, sindacale, imprenditoriale ed accademico che elogiava la flessibilità nella regolazione del rapporto di lavoro sotto l'influsso di quella corrente di pensiero inauguratasi negli anni '80 in Usa sotto la presidenza Reagan, e poi *leit-motiv* delle scelte politiche in materia lavoristica nell'ultimo trentennio.

***

La presente trattazione si avvale della metodologia della ricerca comparatistica[7]: più in particolare saranno oggetto di analisi i sistemi di relazioni industriali di Italia, Spagna, Francia e Stati Uniti per ciò che concerne la contrattazione collettiva a livello aziendale.

[7] Sul metodo comparato in generale cfr. F. Carnelutti, *Metodologia del diritto,* Cedam, Padova, 1952, pp. 75-79; M. Serio, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica,* in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica,* Giappichelli, Torino, 2011, pp. 12-27. Sul metodo comparato in diritto del lavoro e nelle relazioni industriali, cfr. R. Blanpain, *Comparativism in Labour Law and Industrial Relations,* in R. Blanpain (Editor), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market,* Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 3-23; R. Blanpain, *Analisi comparata del diritto del lavoro e delle relazioni industriali,* in R. Blanpain, T. Treu, F. Millard (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali comparate*, Edizioni lavoro, 1983, pp. 13-36; M. Grandi, *Comparazione giuridica e diritto del lavoro,* in *ADL,* 3/1996, pp. 1-33; T. Ascarelli, *Su un diritto comune del lavoro,* in T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione,* Giuffré, Milano, 1952, pp. 135-153.

La lettura che verrà offerta non sarà una mera giustapposizione di modelli, e non si limiterà pertanto ad una semplice elencazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto collettivo di impresa paese per paese; al contrario, partendo dalla struttura di ciascun sistema di relazioni industriali, ci si prefigge di analizzarne la funzione[8], per dimostarare quali siano i punti di divergenza o di contatto e la comune direzione.

In altri termini ci si avvarrà dell'apporto del diritto comparato per problematizzare la sempre più crescente decentralizzazione del contratto collettivo nel contesto del capitalismo globale: si partirà da una breve analisi storica dell'evoluzione legislativa e principi costituzionali di ogni paese, per poi approfondire dettagliatamente le recenti riforme intervenute sull'accordo collettivo aziendale.

Non è infatti casuale l'accostamento tra i sistemi di contrattazione collettiva di impresa in Italia, Francia e Spagna con quello statunitense: pur nelle differenze strutturali che intercorrono nel diritto sindacale tra paese e paese, e pur nella diversità di presupposti storico-culturali tra l'Europa mediterranea e gli Usa, si dimostrerà come le riforme legislative degli ultimi anni abbiano accentuato ulteriormente il ruolo del contratto collettivo aziendale in Italia, Francia e Spagna, paesi dalla sostanziale omogeneità di tradizioni giuridiche e socio-economiche; il punto di riferimento è il modello di relazioni industriali prefigurato dal *Wagner Act* statunitense del 1935. Posto che i sistemi scelti sono contraddistinti da consolidati sistemi di contrattazione aziendale, dovrebbero rappresentare un campione affidabile per dedurre considerazioni di ordine comparato-sistematico sulla materia.

In un ottica comparatistica, e proprio per meglio dimostrare questa vicinanza tra le due sponde dell'Atlantico, verrà analizzato il sistema di relazioni industriali nella Fiat, e più specificamente i nuovi assetti contrattuali dal 2010 ad oggi, per compararlo con quello della Chrysler dopo il processo di integrazione iniziato quattro anni fa.

[8] Sull'analisi funzionale del diritto cfr. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione,* Editori Laterza, Bari, 2007, pp. 71-100.

Il presente lavoro di ricerca vuole essere di stretto diritto positivo, ed in relazione ad ognuno dei sistemi trattati si occuperà dell'efficacia del contratto collettivo aziendale, dei soggetti abilitati a stipularlo, e delle materie a questo riservate; l'approccio non sarà meramente teorico-dottrinale, in quanto verranno citati accordi collettivi e casi giurisprudenziali per cogliere adeguatamente il ruolo dell'accordo collettivo aziendale nella prassi.

Capitolo primo.

Il contratto collettivo aziendale nell'esperienza giuridica italiana.

1.La nascita del contratto collettivo aziendale.

In Italia il contratto collettivo aziendale nacque in concomitanza alle prime associazioni operaie nel triangolo industriale Milano-Torino-Genova durante la formazione dello Stato Unitario in piena epoca risorgimentale: già prima del 1848 a Torino vennero costituite ben dodici società operaie; più in particolare la storiografia giuridica fa risalire al tipografo torinese Vincenzo Steffenone il sorgere della contrattazione collettiva per la determinazione della *tariffa*, cioè del salario dovuto quale corrispettivo della manodopera operaia[9].

Nel Piemonte pre-unitario le rivendicazioni collettive sorsero proprio nell'industria tipografica, in ragione non soltanto dell'esiguità salariale, ma anche per l'insalubrità dell'ambiente di lavoro e dell'impiego di materie prime patogenetiche.

La creazione di un movimento del lavoro nei tipografi va anche ravvisata nel peculiare contesto socio-economico ed istituzionale del Regno di Sardegna: l'esistenza di un sistema di istruzione elementare obbligatoria, che incrementò il numero degli addetti nelle stamperie per far fronte al *surplus* di domanda nel mercato dei libri di testo, e l'articolo 32 dello Statuto Albertino, che nel riconoscere in termini generali la libertà di associazione, creava un quadro giuridico entro cui incorniciare le lotte salariali del proletariato urbano[10].

Anche Milano nella seconda metà dell'800 conobbe vari moti della collettività organizzata, che già allora erano legati ai problemi posti da ritmi produttivi e condizioni di lavoro all'interno della fabbrica, nuovo motore economico del capoluogo lombardo: alla tradizionale industria serica si aggiungevano quelle

[9] Cfr. L. Castelvetri, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *ADL*, 4-5/2010, pp. 849 ss.

[10] Ai sensi dell'art. 32 dello Statuto "*E' riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica. Questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici, od aperti al pubblico, i quali rimangono interamente soggetti alle leggi di polizia*".

metalmeccaniche, come la Ernesto Breda sorta nel 1886, chimiche, della gomma, dell'elettricità, della meccanica e dell'elettromeccanica.

Il sistema "fabbrica" a Milano con la sua nascita portò il sorgere di problemi come durata e condizioni di lavoro; la stabilità dell'occupazione; i livelli retributivi, insomma di tutte quelle materie ancora oggi oggetto della contrattazione collettiva, che richiedevano la presenza di un soggetto collettivo nell'azienda, onde scongiurare nei grandi complessi produttivi l'imporsi di una contrattazione individuale tra il singolo operaio ed il padronato[11].

E fu in questo contesto di miserie sociali, rivendicazioni collettive spesso sfocianti in scioperi che si assistette alla nascita dei *concordati di tariffa*, antesignani dei moderni contratti collettivi aziendali ed oggetto delle riflessioni di Giuseppe Messina.

Il *concordato di tariffa* venne studiato da Giuseppe Messina[12] agli albori del '900, il quale cercò di emancipare quello che oggi si chiamerebbe contratto collettivo di impresa dalla configurazione esclusivamente civilistica fatta dalla dottrina dominante, che lo riconduceva asetticamente nel *genus* del contratto di scambio.

Infatti, il ragionamento di Messina partiva in via preliminare dall'ineguaglianza di fatto tra le parti contraenti, datore di lavoro da un lato ed operai dall'altra, e dalla inferiorità economica di questi ultimi, per sfatare il *tabù* della pari ordinazione delle parti contraenti in chiave sinallagmatica.

Ed è proprio la sperequazione di fatto che secondo l'autore giustificava l'oggetto del concordato, cioè la fissazione del salario nei confronti dell'intera collettività organizzata dei lavoratori all'interno della singola fabbrica o officina, nonché la durata dell'orario di lavoro ed il numero degli apprendisti; vi furono tuttavia anche contratti che- andando al di là del profilo salariale dei concordati di tariffa,

[11] Sul punto cfr. A. Cova, *Impresa e lavoro a Milano nei primi anni del Novecento*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 25-45.
[12] G. Messina, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, 1904 (ripubblicati in Scritti giuridici, IV, Giuffré, Milano, 1948).

disciplinarono anche il fenomeno delle rappresentanze operarie intraziendali, come quelli del 1901 presso le "Officine S.p.a" e del 1906 alla fabbrica di auotomobili "Itala" con la Federazione Italiana Operai Metallurgici (Fiom)[13].

2.Il contratto collettivo aziendale nel novecento: contenuto ed efficacia.

2.1Dal fascismo agli anni '70.

Con l'avvento del fascismo nelle relazioni industriali si registrò una scomparsa del contratto collettivo di impresa: l'ideologia del nuovo regime si prefiggeva di mettere al bando qualsiasi forma di azione collettiva dei lavoratori che non fosse riconducibile al nuovo ordinamento corporativo, ispirato alla collaborazione tra fattore capitale e lavoro con l'intento di eliminare la lotta di classe e privilegiare il metro di giudizio della classe imprenditoriale[14].

Infatti il modello contrattuale venne fortemente centralizzato ed istituzionalizzato dalla legge, che istituí proprio l'ordinamento corporativo[15] (legge 3 aprile 1926, n. 563 e relativo regolamento di esecuzione del 1° luglio 1926, n. 1130): il sindacato divenne persona giuridica di diritto pubblico, con poteri nei confronti di iscritti e non iscritti, e venne riconosciuto come soggetto abilitato a stipulare accordi *erga omnes*.

All'interno della nuova cornice giuridica vennero istituite le corporazioni, organismi di diritto pubblico che al loro interno riunivano le contrapposte associazioni sindacali, investite del potere di rappresentare a livello nazionale tanto i lavoratori quanto i datori di lavoro; tuttavia il contratto aziendale non era escluso astrattamente dalla legge, considerato che ai sensi dell'art. 2069 c.c i limiti di efficacia del contratto collettivo potevano essere circoscritti anche ad una sola

[13] Cfr. G. Novara, *Il contratto collettivo aziendale,* Giuffré, Milano, 1965, pp. 5 e 6.
[14] Cfr. A. De Blasio, *La democrazia industriale in Europa,* Giuffré, Milano, 1986, p. 338
[15] Sull'ordinamento corporativo cfr. G. Giugni, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 25 e 126.

impresa, come del resto ribadito dall'art. 48 del regolamento di esecuzione della legge sindacale 526/1926[16].

Caduto il regime fascista, e a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo con r.d.l. 72/1943, l'assetto delle relazioni industriali si caratterizzava ancora per una forte centralizzazione[17]: sino al 1954 il livello confederale era dominante, e disciplinava gli aspetti generali del rapporto di lavoro, come il licenziamento per riduzione di personale (1950), il regime di rappresentanza sindacale in azienda attraverso le commissioni interne(1943, 1947 e 1953), il sistema di indicizzazione e la crescita salariale, i differenziali per categoria produttiva, per zone territoriali, sesso ed età, etc.

La contrattazione aziendale conobbe un certo sviluppo dopo il 1954, ed ebbe per oggetto– secondo quanto previsto dall'accordo interconfederale sul "conglobamento" dei vari elementi retributivi – gli aumenti salariali, le qualifiche e l'orario di lavoro.

In un contesto di mancata regolamentazione legale del fenomeno, il contratto collettivo aziendale era soggetto ai limiti contenutistici oggetto del rinvio ad opera del contratto nazionale, cui si aggiungevano anche quelli soggettivi: infatti, tanto dal lato dei lavoratori quanto da quello dei datori di lavoro erano attivamente legittimati a stipularlo le sole associazioni provinciali cui gli stessi avessero aderito.

L'ostacolo più grande alla diffusione dei contratti aziendali era rappresentato dal fatto che *conditio sine qua non* per la loro sottoscrizione era che lo stesso contenesse una clausola di pace sociale, cioè un'obbligazione per il sindacato di non porre in essere azioni finalizzate a modificare gli accordi conclusi ai vari livelli di negoziazione.

[16] Cfr. G. Novara, *Il contratto collettivo aziendale,* cit., p. 7.

[17] Cfr. M. V. Ballestrero, *La négociation d'entreprise. L'expérience juridique italienne*, in *Droit Social*, n. 7-8- Juillet-Août 1990, p. 653, che parla di "*centralisation remarcable*"; in senso conforme G. P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 77-79.

Nella storia repubblicana il contratto collettivo aziendale "nacque" ufficialmente nel bienno 1962-1963, col sorgere della contrattazione articolata, prima nelle imprese a partecipazione statale e poi nell'industria privata[18]: il fulcro del sistema era pur sempre il contratto collettivo nazionale di categoria, che in relazione a specifiche materie e tramite clausole di rinvio delegava la potestà regolativa al contratto aziendale, in un contesto di regolamentazione comunque gerarchica autoprodotta dal sistema di relazioni industriali[19]; infatti i due livelli erano tra di loro collegati per il tramite di clausole di rinvio e di composizione delle controversie (clausole di tregua).

Per ciò che concerne le specifiche materie oggetto di disciplina da parte del contratto aziendale, il ccnl gli riservava la determinazione della parte variabile della retribuzione, e segnatamente i cottimi, gli incentivi collettivi (premi di produzione) sulla scorta di produzione, utili e fatturato, e i c.d. sistemi di *job evaluation*, alternativi ai classici schemi classificatori del contratto nazionale.

All'interno di un simile contesto il potere di ambedue le parti, datore di lavoro ed organizzazioni sindacali risultava limitato, ed è forse questa la ragione per cui la contrattazione aziendale conobbe una scarsa diffusione nei primi anni '60: per ciò che attiene il datore di lavoro, il tratto caratteristico della *job evaluation* era l'incorporazione nel contratto collettivo di un manuale di analisi e di valutazione del lavoro per il tramite di una clausola-tipo, sulla base del quale la gestione del piano di *job evaluation* andava svolta sulla base di criteri tecnici, codificati e concordati[20].

[18] Cfr. L. Mariucci, *La contrattazione collettiva,* Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 54 ss.; G. P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva,* cit., pp. 79-80. Paradigmatico è l'Accordo Intersind-Asap del 1962 che diede vita ad un modello di contrattazione articolata, attribuendo competenze contrattuali ai livelli decentrati, ivi compreso quello aziendale.

[19] Cfr. U. Romagnoli, *Il contratto collettivo di impresa,* Milano Giuffré, 1963, p. 49; A. De Blasio, *La democrazia industriale in Europa,* cit., pp. 340 e 341.

[20] Cfr. U. Romagnoli, *Il contratto collettivo di impresa,* cit., p. 205.

Probabilmente la poca propensione del sindacato alla contrattazione aziendale andava ricercata nell'inserzione delle clausole di tregua nel contratto di impresa, quale contropartita del radicamento dell'attività collettiva in azienda[21].

Il massimo livello di aziendalizzazione delle relazioni industriali si conobbe nel biennio 1968-1969: in quel periodo si registrò una totale autonomia dell'accordo decentrato, che ben poteva disciplinare aspetti non predeterminati dall'accordo nazionale; a livello organizzativo ciò si rifletteva nella nascita dei consigli di fabbrica, soggetti stabili della negoziazione aziendale, in cui sedevano i "*delegati di reparto"*, che spesso erano collegati a movimenti politici non allineati alla linea ufficiale delle tre grandi centrali sindacali.

Da un punto di vista storico-politico la disarticolazione del sistema precedente era da ravvisare nel consolidarsi di un forte movimento operaio nella temperie culturale del maggio 1968, portatore di istanze non negoziabili, a seguito della forte intensificazione dei ritmi lavorativi nell'industria di massa artefice del c.d. *boom* economico italiano, e di forti esigenze di recupero salariale dopo la stretta del biennio 1964-1965; in relazione alle dinamiche intersindacali ciò che veniva contestato non era tanto il potere datoriale, quanto l'autorità della dirigenza confederale, accusata di degenerazione burocratica e di privilegiare un'azione sindacale improntata al confronto con la dirigenza politica, in luogo di valorizzare le specifiche esigenze lavorative delle realtà aziendali[22].

Sul piano squisitamente contenutistico in quegli anni il contratto collettivo di impresa ampliò le materie di competenza, disciplinando anche ambiente, sicurezza sul lavoro, e professionalità; ciò che è più interessante è il capovolgimento del rapporto ccnl-contratto di impresa: infatti il contratto di categoria generalizzava

[21] Cfr. M. V. Ballestrero, *La négociation collective d'entreprise. L'expérience juridique italienne,* cit., p. 655, che in relazione alle clausole di tregua parla di una sorta di "*péché originel*" da cui era affetta la contrattazione aziendale.
[22] Cfr. M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* Utet, Torino, 2003, p. 112.

risultati innovativi ottenuti in sede aziendale, specie nelle grandi imprese, con ad esempio l'introduzione dei superminimi nazionali di categoria[23].

In ultima analisi la contrattazione collettiva aziendale, non ritenendosi più vincolata da quella nazionale, tendeva a discutere giorno per giorno le relazioni di lavoro nell'impresa, in modo continuo e dettagliato.

Parallelamente, in dottrina si incominciava a sviluppare una prima riflessione sul contratto di impresa, che prendeva le mosse dalla teoria dell'ordinamento intersindacale di Giugni[24], che questi elaborò dopo essere stato borsista *Fullbright* negli Stati Uniti, studiando in modo approfondito il sistema di relazioni industriali nord-americano[25].

Questa teoria, che rielabora ed applica al diritto del lavoro il pensiero pluralista di Santi Romano e l'istituzionalismo di Hauriou, vede l'accordo collettivo quale *Grundnorm* di un particolare ordinamento, che viene definito intersindacale, e che disciplina le relazioni collettive ed individuali di lavoro: detto diversamente, ciò che secondo l'ordinamento statuale altro non è che un contratto di diritto privato, per l'ordinamento intersindacale è la legge fondamentale dei rapporti di lavoro, assumendo un rango "*costituzionale*", se si volesse adottare la terminologia del giurista positivo.

Il presupposto storico-giuridico per cui la predetta dottrina trovò fortuna è da rinvenirsi nella mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 del dettato costituzionale, che attribuirebbe efficacia *erga omnes* al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali che si siano registrate, abbiano un ordinamento interno a base democratica e dunque siano investite del potere di rappresentare la categoria.

[23] Cfr. G. P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva,* cit., p. 81, che parlano di bipolarità completa del sistema italiano di contrattazione.
[24] Cfr. G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffré, 1977.
[25] Cfr. P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffré, Milano, 2008, p. 437.

Nel silenzio del legislatore, il ricorso alla teoria dell'ordinamenti intersindacale ha permesso il funzionamento del sistema di relazioni industriali per ben 60 anni, almeno sino alla vicenda Fiat ed all'entrata in vigore dell'art. 8 della l. 148/2011.

2.2 Dagli anni '70 al Protocollo Scotti.

Dopo il 1973 la struttura contrattuale conosceva una nuova epoca di centralizzazione: il contesto macroeconomico si caratterizzava per un potere pubblico che chiedeva un controllo delle spinte salariali dopo la crisi petrolifera del 1973 e l'aumentare della spirale inflazionistica; il tutto poteva essere ottenuto solo con un governo dall'alto del sistema di contrattazione collettiva, che si formalizzò nell'Accordo Interconfederale del 1975 sulla scala mobile, che sottraeva al contratto di impresa qualsiasi margine di manovra sulla scala mobile e sulla moderazione salariale.

Il culmine di questa tendenza evolutiva veniva raggiunto dieci anni dopo con il Protocollo Scotti del gennaio del 1983, accordo tripartito tra governo e parti sociali, che si prefiggeva di recuperare il ruolo centrale dei contratti nazionale ed interconfederale onde delimitare lo spazio di intervento della contrattazione aziendale, che veniva circoscritta a modalità e livelli di distribuzione delle risorse, e quindi alla sola produttività dell'impresa[26].

Più in particolare, l'allora sistema di relazioni industriali veniva regolamentato dallo "alto": in tal senso deponevano il blocco temporaneo della contrattazione aziendale in materia salariale di cui al punto 13, co. II, secondo cui "*la contrattazione a livello aziendale non potrà avere per oggetto materie già definite in altri livelli di contrattazione*", ed il riferimento all'opportunità di introdurre in sede di ccnl (punto 13, co. 1), "*procedure aziendali di definizione di vertenze sulla applicazione dei contratti ed eventualmente di arbitrati collegati anche a pause di raffreddamento"*; in altri termini sulla scorta delle predette clausole contrattuali veniva sancito il principio di *ne bis in*

[26] Cfr. G. Ferraro, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht,* in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana,* Giuffré, Milano, p. 171; M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* cit., p. 181.

idem, cioè il divieto di ricontrattazione in sede aziendale di quanto pattuito a livello di categoria, recepito tendenzialmente in tutti i testi dei nuovi ccnl[27].

2.3.Il Protocollo del 23 luglio 1993: il decentramento contrattuale nel contesto delle politiche concertative.

Il Protocollo del 23 luglio 1993, definito come "carta costituzionale delle relazioni industriali italiane"[28], venne adottato a pochi mesi di distanza dall'Accordo del 31 luglio del 1992 (approvato non senza tensioni dalla Cgil), con cui le parti sociali rinunciavano per tutto il 1993 alla contrattazione aziendale sugli aspetti retributivi, sull'onda d'urto della necessità di debellare l'inflazione e soddisfare i parametri di Maastricht per l'ingresso dell'Italia nell'eurozona[29].

La *ratio* del Protocollo del 1993, auspice il governo presieduto da Carlo Azeglio Ciampi con Gino Giugni Ministro del Lavoro, era quella di creare una politica dei redditi in grado quindi di superare un'inflazione a due cifre, e compatibile con il nuovo contesto economico dell'integrazione monetaria europea.

In questa ottica, il Protocollo disciplinava in modo analitico le relazioni tra contratto collettivo aziendale e nazionale all'insegna del binomio *gerarchia-funzionalizzazione*[30]: gerarchia, in quanto la contrattazione aziendale era prevista secondo gli ambiti e le modalità di applicazione contemplati dal contratto collettivo nazionale di categoria; funzionalizzazione, poiché la competenza della contrattazione aziendale era circoscritta a materie ed istituti diversi e non ripetitivi da quelli disciplinati dal contratto collettivo nazionale medesimo.

[27] Cfr. L. Mariucci, *La contrattazione collettiva,* cit.*,* pp. 74 ss.

[28] L'espressione è di G. P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, p. 85.

[29] Cfr. R. Dal Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi,* in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana,* Giuffré, Milano, p. 254; G. Bedani, *Politics and Ideology in the Italian Worker's Movement,* Berg Publishers, Oxford, 1995, p. 315; M. Grandi, M. Rusciano, *Accordo del 31 luglio 1992 e contrattazione aziendale,* in *DLRI,* n. 57, anno XV, 1/1993, pp. 213-227.

[30] Cfr. V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato,* Cacucci, Bari, 2012, p. 103; G. Giugni, *Diritto sindacale,* Cacucci, Bari, 2004, p. 162 e p. 164; M. Rusciano, *Livelli di contrattazione e trattamenti retributivi,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Edizioni Scientifiche, Napoli, 2011, p. 579, che evidenzia come la caratteristica precipua del Protocollo del 1993 sia stata proprio il criterio della ripartizione delle funzioni tra i due distinti livelli contrattuali.

Va ricordato come già il Protocollo Scotti del 22 gennaio 1983, in chiave ordinatoria del sistema di contrattazione, disponeva che le strutture sindacali locali o aziendali non presentassero rivendicazioni su quanto già oggetto di contrattazione nazionale[31]; tuttavia lo stesso demandava ai singoli contratti di categoria la determinazione degli incrementi retributivi.

Più in particolare, in un contesto di maggiore "istituzionalizzazione" rispetto a quello precedente, il livello aziendale di contrattazione – alternativo a quello territoriale – doveva determinare "*materie ed istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli propri del ccnl"*, e più specificamente "*le erogazioni strettamente correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione dei programmi concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità e di altri elementi di competitività…nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa",* prevedendosi inoltre che "*L'accordo di secondo livello"* avesse "*durata quadriennale"*; in sintesi il nuovo sistema riconosceva spazio per la contrattazione aziendale, che avrebbe dovuto assicurare miglioramenti reali dei salari in relazione ad incrementi di produttività, con un carattere di variabilità delle erogazioni retributive eventualmente concordate[32].

La fonte della retribuzione variabile è dunque l'accordo aziendale o di secondo livello, come del resto confermato da un consolidato indirizzo di legittimità: la

---

[31] L'articolo 13 del c.d. "Protocollo Scotti" (dal nome dell'allora Ministro del Lavoro") stabiliva come "*la contrattazione aziendale non potrà avere per oggetto materie già definite in altri livelli di contrattazione*". Sul punto cfr. L. Mariucci, *La contrattazione collettiva,*cit., pp. 206 ss.

[32] Cfr. M. Roccella, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati serovono ancora?,* in *Micromega,* 8/2010, p. 173; un caso esemplificativo al riguardo è l'accordo aziendale siglato il 28 aprile 2012 presso la Società Cooperativa Logicoop di Dittaino (Enna) addetta alla distribuzione in cui- alla voce "*Premio di risultato"* si legge che "*Le parti con il dichiarato obiettivo di mantenere e migliorare le condizioni di competitività della Società Cooperativa Logicoop, sia in termini economici che a livello di servizio, convengono di istituire un premio di risultato (Pdr-Premio di risultato), che sostituisce altre configurazioni precedentemente in uso ed in particolar modo il "premio di risultato" previsto dall'art. 3 comma 2 lett. a) della legge n. 142/2001"*; in relazione al conseguimento dell'obiettivo, si legge che lo stesso "*è definito dal sistema di rilevazione delle consegne degli ordinativi assegnati e resi secondo tempi adeguatamente predisposti per conto della società committente ai loro clienti- obiettivo mensile e bimestrale- e il numero degli ordini evasi dai Preparatori, Freschi e Duri, nell'orario contrattuale"*; il predetto premio "*si applica a tutti i dipendenti della Cooperativa in virtù del presente accordo, purchè abbiano maturato almeno sei mesi di anzianità nell'anno di riferimento e con esclusione delle seguenti tipologie: dirigenti, preposti, contratti formazione e lavoro",* e "*verrà erogato, con cadenza bimestrale, unitamente alla retribuzione del mese successivo di riferimento"*. Altri accordi paradigmatici in materia si sono di recente registrati presso talune imprese petrolchimiche dell'indotto della raffineria di Milazzo (Messina): presso l'azienda Trio S.r.l l'1 luglio 2011 veniva stipulato un "*accordo integrativo aziendale"* tra il datore di lavoro e le rsu, in cui le parti convenivano ben due premi di risultato o "*salario di partecipazione"*: il primo (art. 2 lett. a)pari a 840 euro annui in caso di conseguimento delle ore annue lavorate pari a 1650; il secondo (art. 2 lett. b) pari a 360 euro annui, "*ad ottenimento dell'obiettivo "0" di violazioni di sicurezza",* sulla scorta di taluni parametri, come ad esempio il mancato utilizzo dell'elmetto di protezione, degli otto protettori e della cintura di sicurezza.

Cassazione-chiamata ad esprimersi su *an* e *quantum* della retribuzione variabile-ha tenuto conto della suddivisione di competenze di cui al Protocollo del luglio del 1993, ed ha ritenuto che il rinvio al contratto di secondo livello non è mera esecuzione dell'accordo nazionale, ma materia di esclusiva competenza dell'accordo aziendale: il Supremo Collegio ha ritenuto che "…*in coerenza con quanto previsto nel Protocollo del 23.7.1993 tra Governo e Parti Sociali, da interpretare nel senso di rimettere alla contrattazione aziendale la disciplina esclusiva dell'istituto, ivi compresa ogni determinazione circa l'"attribuzione" stessa del premio, tenuto conto della stretta "correlazione" instaurata dalla norma fra l'erogazione del premio, i risultati conseguiti e l'andamento economico dell'impresa, l'attribuzione della retribuzione variabile sarebbe stata effettuata- secondo il metodo definito a livello aziendale- in stretta correlazione ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività del lavoro, di qualità ed altri elementi di competitività di cui le imprese dispongono, nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa"*[33]; dall'analisi della sentenza emerge in modo inequivocabile la competenza del contratto aziendale in materia di premi di produttività, considerato che la Corte fa riferimento all' "*attribuzione"* dell'emolumento, e non ad una mera quantificazione, e funzionalizza il conferimento dello stesso al raggiungimento di taluni risultati programmati[34].

Ciò posto, secondo quanto previsto dal Protocollo del 1993 il contratto nazionale garantiva l'eguaglianza dei trattamenti retributivi minimi a parità di lavoro, nella prospettiva costituzionale di cui all'art. 3 cpv. e dell'art. 36 Cost., e segnatamente della sufficienza; invece il contratto aziendale ricopriva una funzione integrativa, valorizzando il requisito costituzionale della proporzionalità della retribuzione in relazione allo specifico contesto produttivo.

[33] Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., n. 6852/2010; in senso conforme cfr.-*ex plurimis*- Cass. Civ., Sez. Lav., n. 4078/2009, e Cass. Civ., Sez. Lav., n. 17310/2008.

[34] Cfr. M. Vitaletti, *La retribuzione variabile all'esame della giurisprudenza di legittimità,* in www.adapt.it , 6 dicembre 2010, p. 2.

2.4. L'efficacia soggettiva nella perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost.

Dalla breve disamina storica emerge un generale astensionismo legislativo nella disciplina dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo (aziendale): in modo ininterrotto dalla Liberazione sino a pochi anni or sono il legislatore non è intervenuto in alcun modo, e sono state dunque la dottrina e la giurisprudenza ad offrire delle soluzioni per garantire l'efficacia generale dell'accordo collettivo[35].

Il punto di partenza è stato il concetto dogmatico di interesse collettivo coniato da Santoro-Passarelli e poi accolto dalla gran parte dei lavoristi (Giugni, Pera…), secondo cui le forze sindacali agiscono non per soddisfare la mera somma di interessi individuali, ma quelli di una collettività organizzata distinta dalla società nel suo complesso.

La traduzione giuridico-positiva del ragionamento è stata la sussunzione del contratto collettivo nell'alveo del diritto privato, quale negozio atipico di cui all'art. 1322 c.c., e destinato a dispiegare efficacia soltanto *inter partes*, ovvero nei confronti degli iscritti alle associazioni stipulanti e a quanti vi abbiano aderito spontaneamente o tramite comportamenti concludenti: il contratto è dunque lo strumento più congeniale per tutelare posizioni giuridiche non facenti capo alla società globalmente, ma solo ad una porzione concreta della stessa[36].

Tuttavia nei fatti il contratto collettivo è stato sempre efficace nei confronti della totalità dei lavoratori nella misura in cui il sindacato ha sempre condotto nelle aziende una contrattazione di tipo acquisitivo, volta ad implementare le tutele dei lavoratori, in una temperie culturale di benessere economico e di uniformità d'azione.

In termini più specifici e parzialmente dissenzienti vi è stato un filone dottrinale che ha specificato e circoscritto il concetto di interesse collettivo nella sua dimensione decentrata, e lo ha altresì ancorato al dettato costituzionale: secondo Novara l'accordo aziendale ha efficacia generale in quanto deve regolamentare lo

[35] Per una ricostruzione delle soluzioni dottrinali e giuriprudenziali- conseguenti all'inattuazione dell'art. 39 Cost. – in materia di efficacia soggettiva del contratto collettivo, si rinvia a E. Ghera, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro-Passarelli al pluralismo ordinamentale,* in *LD,* 3/2009, pp. 351-371; Id., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa,* in *RDL,* 1/2012, pp. 195-245.

[36] Cfr. G. Tarello, *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale,* Edizioni di Comunità, 1977, pp. 29-34.

statuto giuridico della "*comunità di lavoro"*, cioè di quanti prestano servizio in una determinata impresa; comunità di lavoro che ha il suo fondamento giuridico-positivo, in chiave storico-evolutiva, nel principio pluralistico di cui all'art. 2 della costituzione, ed in termini più puntuali negli art. 43 e 46 della carta fondamentale stessa[37].

Il contratto aziendale, per riprendere le parole di Novara, si applicherà a tutta la comunità del personale in quanto ne deve tutelare l'interesse collettivo, ovvero l' "*esigenza di garantire il migliore trattamento possibile a tutto il personale dipendente dall'impresa e nell'assicurare altresì allo stesso la continuità del rapporto di lavoro"*[38]; dal lato del datore di lavoro, ciò significa che questi è tenuto ad osservare il principio della parità di trattamento nei confronti dei propri dipendenti.

Secondo la predetta ricostruzione, che diverge dalle teorie privatistiche del Santoro-Passarelli, il contratto collettivo aziendale sarebbe efficace verso tutti i lavoratori dell'impresa non tanto per il vincolo associativo che lega questi al sindacato, quanto piuttosto per via dello specifico mandato che la comunità del personale, quale autonomo soggetto giuridico, ha conferito tramite i suoi organi.

3.Il caso Fiat: l'emblema del superamento dell'ordinamento intersindacale.

Una portata dirompente nelle dinamiche delle relazioni industriali italiane si è avuta nel 2010, con quella che è comunemente conosciuta nella cronaca giornalistico-politica come vicenda Fiat o caso Fiat, e che ha dimostrato in modo integrale il superamento dell'ordinamento intersindacale di fatto e delle teorie privatistiche come strumento di governo del conflitto, ed una sempre più crescente autonomia e centralità del contratto collettivo aziendale nella disciplina del rapporto di lavoro.

In altri termini la vicenda Fiat è importante, perché dal punto di vista politico-sindacale è il punto di partenza delle soluzioni cui perverranno le parti sociali con l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 sulla riforma degli assetti contrattuali e quello del novembre 2012 sul salario di produttività, ed il legislatore

[37] Cfr. G. Novara, *Il contratto collettivo aziendale,*cit., pp. 33 ss.
[38] Cfr. G. Novara, *Il contratto collettivo aziendale,* cit., pp. 56 e 57.

con l'adozione dell'art. 8 della l. 148/2011: tanto la legge, quanto gli accordi interconfederali, pur con soluzioni ed opzioni diverse, si inseriscono in quella cornice di liberalizzazione e decentramento delle relazioni industriali.

Da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico la vicenda Fiat ha riportato alla luce il problema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo aziendale nella perdurante inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., della titolarità dei diritti sindacali in azienda e dell'insufficienza delle soluzioni offerte dall'ordinamento intersindacale e dalle teorie privatistiche al riguardo, condensando quindi in sé gran parte dei problemi del diritto sindacale italiano precedentemente accennati[39].

La mancata sottoscrizione delle Fiom-Cgil degli accordi aziendali prima a Pomigliano d'Arco e poi a Mirafiori è stato dovuto al fatto che gli stessi introducevano disposizioni peggiorative tanto al Ccnl metalmeccanici del 2008, quanto al successivo del 2009, non sottoscritto dalla Fiom.

3.1. La vicenda ed il contenuto dell'accordo

La premessa degli accordi di Pomigliano è stata rappresentata dalla disdetta di Federmeccanica del ccnl metalmeccanici del 20 gennaio 2008 con decorrenza dal 1^{0} gennaio 2012, e la stipulazione, in data 29 settembre 2010, tra Federmeccanica, Fil ed Uilm di un'intesa ai sensi dell'Accordo Quadro del 2009, secondo cui a livello territoriale le parti potevano stipulare "*specifiche intese modificative, anche in via sperimentale o temporanea, di uno o più istituti disciplinati dal presente Ccnl e degli accordi dallo stesso richiamati*".[40]

Ciò posto, la problematica del dissenso individuale e collettivo rispetto ad un accordo aziendale in deroga non può essere compresa, se non una previa disamina dei contenuti dell'accordo, che sinteticamente abbraccia quattro nuclei

[39] Cfr. M. Magnani, *Problemi vecchi e nuovi del diritto sindacale italiano,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, p. 468, secondo cui l'accordo di Pomigliano ha rappresentato uno *"scossone sullo stato letargico delle relazioni industriali ed anche nel dibattito accademico"*.

[40] Cfr. art. 4-*bis* del ccnl del 15 ottobre 2009, come introdotto dal ccnl del 29 settembre 2010.

tematici:turni ed organizzazione del lavoro, assenteismo, clausole di tregua ed organismi paritetici di valutazione.

Circa i turni e l'organizzazione del lavoro, per la prima volta in Italia viene introdotto il modello proprio della tradizione giapponese e statunitense degli anni '80, il *WCM* (*World Class Manifacturing*), ed il nuovo sistema di metrica del lavoro basato sul sistema *Ergo-Uas*[41], che correla tempo della prestazione lavorativa e sforzo del lavoratore, in modo tale che ad un'operazione più faticosa corrisponde un maggior tempo di esecuzione, in modo tale che vi sia una progressiva intensificazione del processo produttivo[42].

Orario di lavoro.

Da un punto di vista della strutturazione di turni ed orario di lavoro, le proiezioni del sistema *WCM* si rinvengono nel punto 1 dell'accordo, con l'obiettivo della saturazione degli impianti, ed un conseguente superamento del contratto del 5 agosto 1971, che aveva proprio limitato i livelli massimi di saturazione in catena di montaggio[43].

Infatti, il punto 1 dichiara come gli impianti dovranno funzionare su diciotto turni settimanali; più in particolare, l'articolazione dei giorni lavorativi di ogni operaio alternerà una settimana di sei giorni lavorativi ed una di quattro, con settimane lavorative di 48 ore di lavoro, alcune di 40, altre di 32, ed anche di 24; inoltre nell'accordo di Mirafiori sono contemplate due possibili sistemi di turnazione: su 15 turni (tre turni giornalieri per cinque giorni la settimana, con un

[41] Cfr. O. La Tegola, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano, Mirafiori e Melfi,* cit., p. 520: il WCM è una variante del modello nipponico del toyotismo della *lean production* finalizzato a ridurre i tempi morti della produzione e distribuzione, in modo tale che tempo di lavoro e di produzione coincidano tendenzialmente; col sistema Ergo-Uas si calcolano tempi di riposo e di lavoro in modo tale da riconoscere tre pause da dieci minuti ciascuna (in luogo delle precedenti due di venti minuti ciascuna) ai lavoratori delle linee a trazione meccanizzata, e una pausa di venti mimuti (godibile anche in due pause da dieci minuti ciascuna) ai rimanenti prestatori di lavoro.

[42] Cfr. M. Magnani, *Problemi vecchi e nuovi del diritto sindacale italiano,* cit., pp. 470,471. Colpisce la terminologia da "*Tempi moderni"*, con cui viene giustificato il ricorso al sistema Ergo-Uas, poiché nell'accordo si legge che "*le soluzioni ergonomiche…permettono sulle linee a trazione meccanizzata con scocche di movimento continuo un regime di tre pause per 10 minuti ciascuna…che costituiscono le attuali due pause di 20 minuti"*.

[43] Cfr. S. Negrelli, *Le relazioni industriali da Ford a Marchionne,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, p. 539.

riposo a scorrimento) e su 18 turni (tre turni giornalieri per sei giorni alla settimana, con il diciottesimo non lavorato ma retribuito).

Al riguardo, vero è che l'accordo di Pomigliano altro non fa che accogliere lo schema dell'orario multiperiodale, consentito tanto dalla legge (art. 3, d. lgs. 66/2003) e dal Ccnl del 2008 (art. 5, sez. IV titolo III), ma con una disciplina peggiorativa rispetto ai previgenti accordi in Fiat.

I dubbi si pongono in relazione al fatto che l'accordo di Pomigliano prevede espressamente di derogare alla legge in materia di riposo giornaliero consecutivo di 11 ore e di riposo settimanale di 24 ore ogni 7 giorni[44]; la deroga avviene tramite rinuncia individuale del lavoratore, previa autorizzazione da parte del contratto aziendale.

Al riguardo, per alcuni l'accordo si assesta nei limiti di cui al ccnl e della legge, pur estendendo al massimo i limiti della derogabilità[45]; al contrario per altri si sarebbe in presenza di una deroga individuale a diritti che la contrattazione collettiva non può obliterare, con violazione di norma inderogabile di legge, e conseguente possibilità di impugnazione dell'accordo individuale al Giudice del Lavoro per violazione dell'art. 2113 c.c.[46]

Da ultimo, l'accordo Fiat inasprisce la disciplina in materia di sospensione ed interruzione del lavoro: infatti, quando per una non meglio imprecisata causa di forza maggiore si interrompa la produzione, le ore di permanenza in fabbrica non possono essere qualificate come "orario di lavoro": in tal modo si avrebbe un'inversione nell'imputazione del rischio di impresa in via generale dalla compagine aziendale al lavoratore.

[44] Ciò si verifica quando gli operai terminano di lavorare alle 22 del sabato (fine secondo turno) ed iniziano alle 6 del lunedì (inizio primo turno), o quando terminano alle 14 del sabato (fine primo turno) ed iniziano alle 22 della domenica (inizio terzo turno).

[45] Cfr. M. Magnani, *Problemi vecchi e nuovi del diritto sindacale italiano,* cit., p. 471.

[46] Cfr. V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell' <archetipo Fiat> di Pomigliano,* in *QRS*, 3/2010, p. 344.

Malattia e contrasto all'assenteismo.

1.Sempre nel novero della politica aziendale di incremento della produttività rientrano le misure di contrasto all'assenteismo, cui è dedicata ben una clausola dell'accordo, poi ripresa dal contratto collettivo aziendale di II livello del 17 febbraio 2011, e di Mirafiori del 23 dicembre 2010[47]: sussisterebbero forme anomale di assenteismo qualora le astensioni collettive dal lavoro *"si verifichino in occasione di particolari eventi non riconducibili a forme epidemiologiche, quali in via esemplificativa ma non esaustiva, astensioni collettive dal lavoro, manifestazioni esterne, messa in libertà per causa di forza maggiore o per mancanza di forniture"*; in una siffatta ipotesi l'accordo aziendale Fiat prevede di non corrispondere l'indennità di malattia per i primi tre giorni: sebbene questa pattuizione non contrasti con nessuna norma di legge, si pone il problema dell'efficacia soggettiva di una contratto aziendale in deroga rispetto al contratto collettivo nazionale, per di più quando il medesimo accordo decentrato è separato, e non sottoscritto dalla Fiom-Cgil, storicamente l'organizzazione sindacale di maggioranza relativa nel settore metalmeccanico[48].

Va tuttavia sottolineato come l'accordo di Pomigliano contempla la creazione di una Commissione paritetica con l'intento di scongiurare l'applicazione automatica della misura anzidetta, la c.d. "*Commissione verifica assenteismo"*[49]: in ogni caso anche per tale organismo si pone il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale, poiché lo stesso si compone, per parte sindacale, di un componente per ogni rsa appartenente alle sigle sindacali firmatarie del contratto stesso, e per parte aziendale di rappresentanti designati dal *management* .

[47] Cfr. clausola n. 4 dell'Accordo di Mirafiori e clausola n. 8 sullo stabilimento di Pomigliano, ambedue rubricate "*Assenteismo".*

[48] Cfr. O. La Tegola, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat,* cit., pp. 527, secondo cui la clausola in oggetto è pienamente conforme al dettato legislativo, posto che l'art. 2110 c.c. rimette la disciplina della materia all'autonomia collettiva, e come l'art. 1 della l. 29 febbraio 1980, n. 33 prevede la c.d. carenza (non copertura a carico del datore di lavoro) per i primi tre giorni di malattia.

[49] Va sottolineato come l'accordo Fiat di primo livello esclude dal vaglio della Commissione i malati affetti da talune patologie (emodialisi, neoplasia, morbo di Cooley…); in ogni caso la Commissione deve vagliare globalmente i casi, il cui verificarsi congiuntamente comporti o meno l'applicazione della disciplina di contratto alle forme anomale di assenteismo, posto che la malattia viene in ogni caso attestata da un certificato firmato da un medico del Servizio Sanitario Nazionale.

2. Nel novero delle misure atte a debellare l'assenteismo, l'accordo di Pomigliano stabilisce inoltre che la direzione aziendale si riserva la facoltà di chiudere lo stabilimento in occasione di tornate politiche elettorali, amministrative e referendarie per il tempo necessario e con effetti diversi sui lavoratori a seconda del ruolo ricoperto durante ogni consultazione: più in particolare l'azienda potrà chiudere i cancelli della fabbrica "*considerato l'elevato livello di assenteismo che si è in passato verificato nello stabilimento in concomitanza con le tornate elettorali (…) tale da compromettere la normale effettuazione dell'attività produttiva*".

Ciò posto, ai dipendenti che nelle consultazioni elettorali ricopriranno gli uffici di presidente di seggio, segretario o scrutatore, e previa presentazione di regolare certificazione, verranno riconosciuti i riposi/pagamenti di cui alla normativa elettorale; al contrario, a tutti gli altri (e dunque ai rappresentanti di lista)in luogo della copertura retributiva verranno assicurati permessi annuali retribuiti residui e/o ferie.

Al riguardo è stato osservato come la misura abbia un forte valore simbolico in contrasto con lo spirito della costituzione, ed in concreto con la normativa elettorale alla base del funzionamento del sistema politico, di cui all'art. 119 del d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361: i veri destinatari della "*sanzione"* per il tramite dei lavoratori sarebbero i partiti politici, invitati a non nominare operai di Pomigliano rappresentanti di seggio, nella misura in cui la normativa elettorale non prevede un numero massimo di rappresentanti di lista[50].

Clausola di tregua e diritto di sciopero.

Venendo alla parte normativa dell'Accordo di Pomigliano, i punti 14 e 15 contengono un congiunto di clausole finalizzate a rafforzarne la vincolatività, la c.d. *"esigibilità"* del gergo sindacale.

[50] Cfr. L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat. Anomalia o modello?,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Edizioni Scientifiche, Napoli, 2011, p. 498.

Più in particolare, il punto 14 prevede come "*il mancato rispetto degli impegni assunti…libera l'azienda dagli obblighi derivanti dal presente accordo"* nei confronti delle organizzazioni sindacali, prevedendosi che *"i comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni concordate…libera(no) l'Azienda dagli obblighi…"* in materia di contributi sindacali e permessi.

Inoltre, il punto 15- rubricato "*Clausole integrative del contratto di lavoro*"- prevede che "*le parti convengono che le clausole del presente accordo integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerarsi correlate e inscindibili, sicchè la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare di cui agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari conservativi e ai licenziamenti per mancanze e comporta il venir meno dell'efficacia nei suoi confronti delle altre clausole"*; tuttavia, un temperamento all'assolutezza della clausola di cui al punto 15, è da rinvenire al punto 16, assente nel documento conclusivo proposto dalla Fiat, in cui si devolvono funzioni compensative ad una "*commissione paritetica di conciliazione"*, le cui decisioni ultime saranno comunque prese dalla direzione aziendale in caso di dissenso tra i membri espressione del sindacato e quelli in rappresentanza del *management*.

A primo acchito una siffatta pattuizione non è illegittima di per sè, cioè per il semplice fatto che un accordo aziendale integri un contratto di lavoro subordinato: è infatti pacifico che se il lavoratore viola le clausole normative di un contratto aziendale, può ben incorrere in un inadempimento contrattuale, ed eventualmente in una sanzione disciplinare.

Secondo alcuni gli eventuali profili di illegittimità del punto 15 dell'accordo di Pomigliano risiederebbero nella circostanza che in tal modo verrebbe a comprimersi e a limitarsi il diritto di sciopero, che potrebbe teoricamente costituire un inadempimento contrattuale passibile di sanzione disciplinare: sulla base di un'interpretazione letterale della clausola, se il lavoratore aderisse ad uno sciopero non proclamato dalle organizzazioni firmatarie dell'accordo, ben violerebbe il punto 15.

In tal modo l'accordo aziendale verrebbe a violare la tradizionale configurazione dello sciopero, quale diritto dalla titolarità individuale ad esercizio collettivo, come prospettato dalla maggioranza della dottrina e dalla giurisprudenza nella perdurante inattuazione dell'art. 40 Cost[51].

Non è questa la sede per analizzare compiutamente la titolarità del diritto di sciopero e la legittimità delle clausole di tregua, ma la premessa – nell'economia della presente trattazione- si è resa strumentale all'analisi della recente giurisprudenza originata dall'accordo di Pomigliano in materia di efficacia soggettiva di un accordo aziendale in deroga a quello nazionale, e per lo più separato.

Infatti nel panorama delle relazioni industriali italiane, indipendentemente da considerazioni di ordine polito-sindacale, come detto prima la vicenda Fiat ha sottolineato l'insufficienza delle soluzioni dottrinali e giurisprudenziali, nel momento in cui si deve stabilire se un contratto collettivo di impresa, firmato soltanto da talune sigle sindacali, e con disposizioni per lo più in contrasto con la legge, sia efficace o meno nei confronti di tutti gli appartenenti alla comunità del personale, siano essi iscritti o meno ai sindacati stipulanti.

Il problema non si era prima posto in tutta la sua virulenza anche perché storicamente la contrattazione collettiva era stata di tipo acquisitivo, almeno sino ai primordi degli anni '80, all'insegna di un clima di tendenziale unità sindacale, interrotto solo ai tempi dei governi di centro-destra succedutisi nell'ultimo ventennio, coi primi accordi separati[52].

[51] Cfr. L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?,* cit., pp. 500 ss.; V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell' <archetipo> Fiat di Pomigliano,* cit., pp. 346-347. In senso contrario R. Pessi, *La contrattazione in deroga: il caso Pomigliano,* in *ADL*, 6/2010, pp. 1128-1129, che ritiene la clausola "*innocua*", con una valenza del tutto politica di minaccia deterrente: in tal senso deporrebbero sia il fatto che la clausola, poiché tipica della parte obbligatoria del contratto collettivo, è idonea solo a vincolare le organizzazioni sindacali che siglano l'intesa; sia la previsione di una commissione paritetica di conciliazione, con lo scopo di prevenire l'*opting out* aziendale.

[52] Cfr. S. Leonardi, *Gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali,* in *QRS*, p. 355. Negli ultimi anni, prima della vicenda Fiat, gli accordi separati più significativi sono stati stipulati all'Electrolux-Zanussi (sul lavoro a chiamata) nel 2000; alla Fiat di Melfi nel 2000; alle Poste, all'Alenia, alla Ferrari, alla Mivar nel 2008, alla Piaggio, alla Fincantieri, alla Lasme nel 2009.

La soluzione escogitata da sindacati firmatari e direzione aziendale per ovviare al problema dell'efficacia soggettiva era stato il ricorso ad un *referendum*, all'esito del quale il contratto di Pomigliano veniva approvato dal 63% dei lavoratori, che pure deludeva le aspettative Fiat; inoltre- sempre per arginare eventuali pretese di ordine giudiziale da parte della Fiom-Cgil- Fiat premeva su Federmeccanica perché quest'ultima recedesse dal ccnl unitario del 2008 e dalla sua ultrattività, in maniera tale da togliere ai lavoratori la base rappresentata dall'ultimo contratto collettivo siglato dalla Fiom, e preparare la strada alla revisione del ccnl separato del 2009 intervenuta il 29 settembre 2010; recesso da Federmeccanica che diveniva efficace con decorrenza 1 gennaio 2012.

Last but not least, il 23 dicembre 2010 veniva siglato un nuovo accordo, sempre non sottoscritto dalla Fiom, in cui per lo stabilimento di Mirafiori si prevedeva la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, che non aderiva a Confindustria: anche nello stabilimento torinese veniva meno l'applicazione del ccnl separato del 2009, e l'unico accordo separato- siglato il 23 dicembre –veniva qualificato come "*di primo livello*", nell'intenzione delle parti contraenti sostitutivo del previgente ccnl.

Il predetto contratto di primo livello si applicava a tutti gli stabilimenti del gruppo Fiat in Italia, e dunque anche a quello campano: oltre a disciplinare il rapporto individuale di lavoro, in materia di rappresentanza ed in generale di diritti sindacali l'accordo prevedeva "*nella parte relativa ai diritti sindacali, che essi vengano regolati secondo le previsioni della legge 20.5.1970, n. 300, e che la costituzione della rappresentanza sindacale aziendale (*Rsa*) sia riconosciuta ai sensi dell'art. 19 di tale legge e riservata alle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del contratto collettivo di primo livello"*.

Inoltre, il 17 febbraio 2011 a Pomigliano veniva siglato un nuovo accordo aziendale, in cui veniva previsto che tutti i dipendenti dello stabilimento campano cedevano individualmente i propri contratti di lavoro alla nuova compagine societaria *Fabbrica Italia Pomigliano S.p.a.*: più in particolare, l'accordo aziendale prevedeva che "*il personale proveniente da Fiat Group Automobiles S.p.a., stabilimento*

Giambattista Vico di Pomigliano, venga assunto con riconoscimento dell'anzianità pregressa, con salvaguardia del trattamento economico complessivo e senza l'applicazione dell'art. 2112 c.c., in quanto nell'operazione societaria non si configurano trasferimenti di rami d'azienda".

3.2. Il ricorso della Fiom e la sentenza del Tribunale di Torino, 14 settembre 2011, n. 2583.

Dinnanzi al quadro contrattuale prospettato la Fiom-Cgil proponeva ricorso *ex* art. 414 c.p.c. innanzi al Giudice del Lavoro del Tribunale di Torino, per vedere accolte le proprie doglianze, ed in un articolato ricorso lamentava la propria esclusione dai luoghi di lavoro nello stabilimento di Pomigliano: innanzi tutto, la Fiom deduceva l'inapplicabilità ai propri iscritti della disciplina di cui ai contratti di primo livello ed aziendale, in quanto da lei non sottoscritti; al riguardo, il sindacato metalmeccanico chiedeva l'accertamento dell' <*illegittimità e nullità –per contrasto con il disposto dell'art. 2112 cc., o frode al medesimo- degli Accordi Fiat Spa/OO.SSS. 29 dicembre 2010 e Fabbrica Italia Pomigliano S.p.a. 17 febbraio 2011*>, nella clausola in cui si prevedeva l'assunzione *ex novo* dei dipendenti di Fiat Group Automobiles S.p.a., già occupati presso lo stesso stabilimento, da parte di Fabbrica Italia Pomigliano.

L'obiettivo della Fiom era dunque quello di far sì che la Fiat continuasse ad applicare ai propri iscritti il ccnl del 2008, ultimo accordo unitario di categoria.

Con la seconda domanda, l'organizzazione ricorrente deduceva l'antisindacalità *ex* art. 28 l. 300/1970 della condotta Fiat, poiché- sulla scorta di una mera applicazione letterale dell'art. 19 l. 300/1970 effettuata dal *management* torinese- veniva escluso dalla titolarità dei diritti e delle prerogative di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori: a titolo esemplificativo la Fiom-Cgil non poteva costituire delle rappresentanze sindacali aziendali, le uniche possibili visto il recesso di Fiat da Confindustria, in quanto non firmataria di nessun accordo applicato nell'unità produttiva di riferimento.

Conseguentemente la Fiom chiedeva all'autorità giudiziaria adita di: dichiarare il proprio diritto di fruire a Pomigliano dei diritti di rappresentanza e sostegno all'attività sindacale previsti da leggi ed accordi collettivi; dichiarare il diritto dei lavoratori già addetti allo stabilimento, ed in particolare degli scritti alla Fiom, di proseguire il rapporto di lavoro con Fabbrica Italia Pomigliano, ai sensi dell'art.

Per ciò che attine al profilo della violazione dell'ordinamento italiano, secondo il giudicante il comportamento della Fiat integra pienamente la condotta antisindacale, quale vera e propria *"conventio ad excludendum irrispettosa dell'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori"* (p. 46): attraverso l'applicazione letterale dell'art. 19 della l. 300/1970 come modificato dal *referendum* del '95, gli accordi Fiat avrebbero determinato una facilitazione nei confronti di talune sigle sindacali nonché un pregiudizio alla Fiom-Cgil, che nel nuovo assetto non potrebbe più rappresentare i propri iscritti pur avendo ottenuto un ampio consenso presso i lavoratori(p. 45), posto che "*non compete (…) al datore di lavoro intromettersi nella dialettica intersindacale né di porre in essere condotte che, in linea di fatto, favoriscano, o all'opposto, danneggino una delle organizzazioni in lizza costituendo tali interventi alterazioni di tale dialettica, vietata dall'art. 28 Stat. Lav."* (p. 65).

In relazione al diritto comunitario, nel caso in esame verrebbe a configurarsi un vero e proprio abuso del diritto (ciò che secondo il diritto nazionale è una violazione dei principi di buona fede e correttezza nella dinamica contrattuale ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.) nella *subspecies* di "*abuso del diritto di negoziazione"*, cui corrisponde un principio di neutralità delle imprese al cospetto di divisioni sindacali: in concreto viene violato l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (*divieto di abuso del diritto)* in relazione agli artt. 12 (*Libertà di riunione e associazione)*, 28 (*Diritto di negoziazione e di azioni collettive)*, e 21 (divieto di discriminazioni in materia sindacale).

Infatti, da una lettura sistematica delle previsioni contrattuali, il Giudice torinese legge una lesione delle regole del *fair play*: l'accordo del 29 dicembre 2010 non solo priva la Fiom del diritto alla rappresentanza in azienda, ma contiene anche la pattuizione per cui "*L'adesione al presente contratto di terze parti è condizionata al consenso di tutte le parti firmatarie*"[59], con la conseguenza che una condotta *prima facie*

[59] La clausola in parola è riportata nel frontespizio del Contratto del 29 dicembre 2010, subito dopo l'indicazione delle parti stipulanti, la qualificazione del contratto come di primo livello e la dichiarazione che Fabbrica Italia Pomigliano S.p.a. non aderisce né a Confindustria né alla contrattualistica definita dalla stessa. E' interessante osservare come a p. 57, proprio per suffragare l'antisindacalità della pattuizione, il Giudice la contrapponga a quella di cui al nuovo ccnl separato per l'industria metalmeccanica del 7 maggio 2003, siglato da Federmeccanica, Assistal,

legittima (l'attribuzione dei diritti di cui al titolo III della l. 300/1970 alle organizzazioni firmatarie degli accordi applicati in azienda), viene a configurare una perpetrazione potenzialmente illimitata dell'esclusione della Fiom dallo stabilimento di Pomigliano[60].

Ciò posto, il Giudice accoglie la domanda formulata in via principale sull'antisindacalità, ed ordina al datore di lavoro di "*parificare i diritti dell'organizzazione sindacale ricorrente con quelli delle altre organizzazioni sindacali, legittimando così la presenza della Rsa Fiom-Cgil in azienda"*, e dunque di riconoscere i diritti di rappresentanza di cui agli articoli da 19 a 27 dello Statuto dei lavoratori.

Al riguardo il giudicante è venuto meno ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale di merito in materia di legittimazione alla contrattazione aziendale, consolidatosi negli anni '80, quando già l'ordinamento intersindacale mostrava le prime crepe: secondo la Pretura di Roma, 7 maggio 1985[61], non costituisce comportamento antisindacale il rifiuto dell'imprenditore di trattare con un'organizzazione sindacale (nel caso di specie la Fasib-Confsal) che- pur essendo titolare dei diritti di cui al titolo III della l. 300/1970- non risultava firmataria del contratto collettivo applicato in azienda; inoltre, sempre secondo Pret. Roma 5 maggio 1988 non vi è alcun diritto o interesse protetto a che un sindacato, per quanto rappresentativo degli interessi di uno o più comparti, vada convocato al tavolo delle trattative per il rinnovo dell'accordo nazionale, né vale il rifiuto opposto dall'Iri alla richiesta della Cisnal di aderire al protocollo Iri del 16 luglio 1986 siglato dalle tre confederazioni Cgil, Cisl e Uil, non venendosi a configurare neppure una violazione dell'art. 17 della l. 300/1970[62].

Come detto prima, curiosamente nella sentenza in oggetto si è in presenza di un'aporia: il principio di effettività delle relazioni industriali, nella prima parte

Fim e Uilm, in cui è presente una clausola che assicura alla Fiom il pieno esercizio dei diritti sindacali in azienda, ivi compreso il mantenimento della rappresentanza aziendale.

[60] A sostegno della propria tesi l'autorità giudiziaria cita anche la giurisprudenza di legittimità in materia di abuso del diritto.

[61] Cfr. Pret. Roma, 7 maggio 1985, in *NGL*, 1985, p. 250.

[62] Cfr. Pret. Roma, 5 maggio 1988, in *DL*, 1988, II, 486, e 1989, II, 225, con nota di Proia. Sul punto cfr. G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti,* cit., pp. 606-607.

della sentenza utilizzato per attribuire efficacia generale ad un accordo aziendale in deroga e separato, viene abbandonato, per risolvere la questione dell'antisindacalità alla luce del diritto positivo[63].

Va tuttavia sottolineato come un presunto abuso del diritto o condotta

molto ampie finalità quali presupposti dei trattamenti peggiorativi (il governo direttamente nel territorio o in azienda di situazioni di crisi o la volontà di favorire lo sviluppo economico e occupazionale); che non si possa preventivamente individuare il *quantum* massimo di deroghe che la contrattazione decentrata è abilitata ad introdurre[75]; che le deroghe non siano necessariamente temporanee[76].

4.2. L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011.

L'Accordo interconfederale del 28 giugno del 2011 segna invece una recuperata fase di unità sindacale nella disciplina della contrattazione aziendale, con la sottoscrizione da parte della CGIL, che si impegna anch'essa in un percorso comune di maggiore derogabilità del ccnl tramite il contratto aziendale; firma della CGIL che consente all'ordinamento intersindacale di funzionare nella sua pienezza dopo un biennio di tentennamenti determinati sia dalla vicenda Fiat, sia dall'AQ del 2009, ritornandosi ad una spontanea "ricomposizione del sistema contrattuale"[77].

Va tuttavia sottolineato come l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 –al pari dell'AQ del 2009- concerna il solo settore industriale, anzi, tecnicamente, le sole imprese iscritte o che applicano i contratti sottoscritti da Confindustria.

L'Accordo, in virtù del punto 7[78], pur nel ribadire la centralità del contratto collettivo nazionale nella definizione dei minimi di trattamento economico-

[75] Cfr. V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'"archetipo" Fiat di Pomigliano,* cit., pp. 339-340, che sottolinea come in ogni caso sussistano dei diritti minimi irrinunciabili come posti dall'art. 2113, co. 1, c.c.

[76] Cfr. M. Roccella, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, cit., p. 176.

[77] Cfr. P. Tosi, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione,* in *ADL,* 3/2013, p. 507; Id., *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale,* in *ADL*, 6/2011, p. 1213. In senso sostanzialmente conforme cfr. A. Bellavista, *Le prospettive delle relazioni industriali,* in *DML,* 3/2011, p.p. 455-456, secondo cui si assiste ad una "*nuova stagione unitaria"* da parte di CGIL, CISL, e UIL.

[78] Punto 7: "*I contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale miranti ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze di specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo*

normativo[79], mostra un ossequio soltanto formale al principio di uniformità di trattamento, poiché apre in modo vistoso alla possibilità derogatorie da parte del contratto collettivo aziendale, dotato –a certe condizioni che saranno poi analizzate–di efficacia *erga omnes*.

Infatti ai sensi del punto 3 dell'Accordo "*la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge"*: nulla di nuvo sotto il sole, se non fosse che il successivo punto 7 prevede che "*I contratti collettivi aziendali possono…definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure degli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro*", in presenza di una generica necessità di "*aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi"*.

Risulta evidente come una siffatta clausola legittimi all'interno dell'ordinamento intersindacale gli accordi in deroga, con l'abbandono di quella caratterizzazione premiale –soprattutto in chiave retributiva- che il Protocollo del 1993 aveva accordato al contratto aziendale.

Nulla quaestio che l'ordinamento intersindacale prima, e soprattutto la giurisprudenza dopo, ammettessero la capacità derogatoria del contratto collettivo aziendale su quello nazionale; tuttavia la formalizzazione in un accordo interconfederale, per di più unitario, della *vis espansiva* dell'accordo aziendale segna la profonda mutazione "*politica*" del sistema italiano di relazioni industriali, che mette nero su bianco la crescente rilevanza della negoziazione decentrata, a scapito di quella di categoria[80].

---

economico ed occupazionale dell'impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro".

[79] Punto 2: "*Il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*"

[80] Cfr. M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'Accordo Interconfederale del 2011,* in *ADL,* 3/2011, p. 451, secondo cui "*l'elemento sicuramente più rilevante di quell'accordo interconfederale sta nel rifiuto condiviso di continuare a tenere ferma la concezione centralizzante che vede nel contratto collettivo nazionale il momento essenziale e determinante della disciplina e delle relazioni sindacali"*.

Al riguardo si è registrata una divisione dottrinale circa la portata delle deroghe anzidette: un primo orientamento le valuta in modo positivo, poichè le stesse risultano comunque circoscritte a determinate materie e subordinate al nulla osta dei contraenti nazionali[81]; in tal senso le disposizioni derogatorie non possono essere semplicisticamente inquadrate nelle misure di *dumping sociale*, giacché la contrattazione va contestualizzata in un'economia globale dove la competizione tra imprese non avviene più soltanto su base nazionale, e nuove e diverse sono le forme di protezione del lavoratore richieste dall'economia transnazionale[82].

Altri hanno invece espresso chiaramente la loro contrarietà all'Accordo, sottolineandone le troppo ampie capacità derogatorie: secondo Romagnoli[83] in tal senso depone un dato esegetico-testuale, la congiunzione "*anche*" di cui al punto 7: se infatti il contratto aziendale può definire "*specifiche intese modificative anche in via sperimentale e temporanea*", allora la capacità derogatoria "*in via sperimentale e temporanea*" altro non è che una generalizzazione di un contratto collettivo aziendale sostitutivo di quello nazionale di categoria.

Sempre secondo quest'indirizzo intepretativo l'accordo contiene delle aporie insormontabili, che dovrebbero ricondurlo nella categoria semantica e di politica del diritto della "*aziendalizzazione*"[84]: infatti l'Accordo dapprima enfatizza l'assetto acquisito basato sul contratto di categoria, quale garante della "*certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*" (punto 2), tenuto anche conto che "*la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge*"; tuttavia nel giro di poche righe, con un'inversione di rotta, si consentono quelle intese aziendali modificative delle pattuizioni di cui al contratto collettivo nazionale di categoria stesso (punto 7).

[81] Cfr. T. Treu, *Una nuova era per i sindacati,* in *Europa,* 30 giugno 2011.
[82] Cfr. F. Liso, *L'Accordo interconfederale del 2011 e la legge sulla "contrattazione collettiva di prossimità"* , in M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 312 ss.; Id., *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011,* in *DLRI*, n. 135, 2012, 3, pp. 461 ss.
[83] Cfr. U. Romagnoli, *L'ambiguo compromesso del 28 giugno*, in www.eguaglianzaeliberta.it .
[84] L'espressione è di E. Ales, *Dal caso Fiat al caso Italia. Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali,* in *Dir. Rel. Ind.,* n. 4 ottobre-dicembre 2011, p. 8; V. Bavaro, *L'aziendalizzzione del sistema contrattuale italiano,* in www.dirittisocialiecittadinanza.it, p. 2.

E' proprio la clausola di cui al punto 7 a rivelare meglio di tutte l' "anima" derogatoria dell'accordo: già contemplata dall'AQ del 2009 e poi prevista nell'Accordo tra Fim, Uil, Federmeccanica e Asssital del settembre 2010 per ovviare alle criticità nella vicenda di Pomigliano d'Arco, è sintesi di una progressiva omogeinizzazione delle varie culture sindacali del paese verso il decentramento: da un lato l'AI fa propria la vocazione cislina per una contrattazione articolata, dall'altro testimonia l'apertura della Cgil per la derogabilità del contratto nazionale da parte di quello aziendale.

4.2.1.L'accordo del 28 giugno 2011: prime ipotesi applicative dell'opzione derogatoria

Per ciò che attiene le prime ipotesi applicative della clausola derogatoria di cui all'Accordo Interconfederale, a livello empirico è dato osservare come in relazione ai Ccnl rinnovati di recente, mentre alcuni rimandano meramente al sistema come congegnato dall'accordo medesimo, altri sono più analitici e stabiliscono specifiche modalità per stipulare le intese modificative[85].

Più in particolare, da un breve raffronto tra le distinte formulazioni contrattuali, è dato osservare come nell'attuare la clausola 7 dell'AI le parti sociali abbiano osservato quattro parametri, grazie ai quali è possibile misurare il potere derogatorio del contratto aziendale, e il conseguente grado di decentramento delle relazioni industriali: finalità, durata, materie, limiti e procedura[86].

Infatti, pur nella consapevolezza che tutte le clausole di deroga perseguono il medesimo obiettivo di fronteggiare crisi aziendali o sviluppare occupazione e circuito economico, taluni accordi circoscrivono con dovizia di particolari l'ambito delle deroghe stesse e le relative procedure, mentre altri si limitano ad un generico richiamo alla clausola 7.

[85] Cfr. L. Monterossi, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. della legge n. 148/2011,* in *RGL,* 1/2013, p. 212.
[86] Cfr. V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato,* cit., pp. 119 ss.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi al: ccnl del settore autostrade e trafori del 4 agosto 2011, che all'art. 9 si richiama espressamente alla clausola dell'A.I. del 2 giugno, e prevede che le eventuali intese modificative siano possibili solo in materia di orario di lavoro ed entro i limiti precisati nell'accordo; ccnl del settore dell'industria cine-audiovisiva del 19 gennaio 2012, in virtù del quale le intese in deroga non possono riguardare "*minimi tabellari, aumenti periodici di anzianità ed elemento di garanzia retributiva, oltre che i diritti individuali dei lavoratori derivanti da norme inderogabili di legge*", e vanno stipulate "*tra l'azienda e le Rsu/Rsa con l'assistenza delle associazioni industriali territoriali e delle strutture territoriali delle Oo.Ss. stipulanti il Ccnl, che le sottoscrivono in quanto coerenti con le previsioni dei due commi precedenti*"; ccnl del settore alimentare del 27 ottobre 2012, che all'art. 6 stabilisce che i contratti aziendali "*stipulati con i soggetti negoziali di parte sindacale…possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa, specifiche intese modificative di regolamentazioni disciplinate dal presente Ccnl relativamente alle materie della prestazione lavorativa, degli orari e dell'organizzazione del lavoro*".

4.3.L'accordo interconfederale sulla produttività del 21 novembre 2012.

1. *Last but not least*, il panorama delle intese interconfederali in chiave derogatoria è stato completato dall'Accordo Interconfederale sulla produttività (d'ora in poi AP) del 21 novembre 2012, siglato tra Confindustria, Cisl e Uil, senza la firma della Cgil, con un nuovo ritorno alla dinamica degli accordi separati anche al massimo livello della struttura negoziale.

Anche l'AP del 2012 propende per una chiara decentralizzazione della contrattazione collettiva[87]: se infatti l'AI del giugno del 2011 si riferisce ad eventuali "*modifiche al ccnl*", l'AP statuisce come il contratto collettivo nazionale "*deve prevedere una chiara delega al secondo livello delle materie e delle modalità che possono*

[87] Cfr. L. Algostino, *La produttività, la lotta di classe e la costituzione,* in www.diritttisocialiecittadinanza.org, p. 1, secondo cui "*è chiara l'opzione preferenziale, all'interno della contrattazione collettiva, per il livello aziendale*".

incidere positivamente sulla crescita della produttività, quali gli istituti contrattuali che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro" .

Si prevede inoltre come la contrattazione collettiva *tout court* (e quindi anche quella aziendale), pur in presenza di una delega da parte del ccnl, abbia piena autonomia negoziale rispetto alla tematica relativa all'equivalenza delle mansioni, alla integrazione delle competenze, nonché si occupi "*della ridefinizione dei sistemi di orari, della loro distribuzione anche con modelli flessibili"* e "*delle modalità attraverso cui rendere compatibile l'impiego di nuove tecnologie (n.d.r. controlli a distanza) con la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori"*.

Il salto qualitativo rispetto all'AI del 2011 è evidente, tanto che in dottrina[88] è stato paventato il rischio che il contratto collettivo nazionale possa rinunciare alla disciplina di una certa materia o istituto per affidarlo al contratto aziendale: ad esempio è plausibile che durante una piattaforma di rinnovo di un contratto collettivo nazionale il sindacato non possa più rivendicare una nuova disciplina di turni, straordinario e riposi, materie sussumibili nel sintagma "*gli orari e l'organizzazione del lavoro"* in virtù delle previsioni interconfederali: in altri termini ben potrebbe il contratto collettivo aziendale sostituirsi *in toto* al nazionale nella disciplina della parte normativa.

La portata destrutturante dell'Accordo è stata inoltre ravvisata nella disciplina delle dinamiche retributive: infatti, se da un lato il punto 2 prevede che il contratto nazionale si prefigge di "*tutelare il potere d'acquisto delle retribuzioni*", dall'altro statuisce come "*una quota degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali sia destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi a incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello*"; in altri termini la crescita degli stipendi sarebbe una funzione della produttività, poiché parte degli

[88] Cfr. V. Bavaro, *L'aziendalizzazione del sistema contrattuale italiano,* in www.dirittisocialiecittadinanza.org; C. Guglielmi, *Prime riflessioni sull'Accordo Interconfederale del 21novembre 2012,* in www.dirittisocialiecittadinanza.org; L. Algostino, *La produttività, la lotta di classe e la costituzione,*cit., p.4, per cui se si sommano le materie che l'art. 8 l. 148/2011 riserva al contratto aziendale con quelle di cui all'AQ del 2012, nel solco dei *desiderata* dell'AI del 28 giugno 2011, risulta evidente lo spazio residuale del contratto collettivo nazionale. Più cauto T. Treu, *Patto sulla produttività e ruolo della contrattazione*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, n. 12-dicembre 2012, p. 4, secondo cui "*la novità è circondata da evidenti cautele*".

emolumenti che dovrebbero garantire il potere reale di acquisto delle retribuzioni verrebbero utilizzati dal contratto collettivo nazionale quale corrispettivo di un eventuale aumento di produttività[89].

Da un punto di vista di politica del diritto dell'ordinamento intersindacale, la predetta innovazione dell'Aq segna il superamento nell'intento dei contraenti della funzione di garanzia del Ccnl e del tradizionale principio della sua "*omnicomprensività*".

Conseguentemente, se la singola azienda non dovesse incrementare la produttività, il contratto nazionale contribuirebbe a diminuire il potere d'acquisto delle retribuzioni attuali, con un potenziale effetto regressivo tra lavoratori e lavoratori, a vantaggio di coloro i quali (specie nelle grandi imprese) sono coperti da due livelli di contrattazione[90].

Più precisamente, secondo l'AQ una quota del salario minimo, finalizzato al recupero del potere d'acquisto di fronte al fenomeno inflattivo su tutto il territorio nazionale, diverrebbe salario di produttività, se così venisse definito in sede di contrattazione nazionale: stando così le cose si potrebbe dichiarare uno contratto di impresa lesivo dell'art. 36, co. 1 Cost., qualora il *quantum* della busta

[89] Più specificamente, in materia di retribuzione di produttività, nell'Accordo si prevede che "*i contratti collettivi nazionali di lavoro possono definire che una quota degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali sia destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi ad incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello, così da beneficiare anche di congrue e strutturali misure di detassazione e decontribuzione per il salario di produttività definito dallo stesso livello di contrattazione"* (punto 2, par. 3); inoltre, sempre al punto 2 le parti contraenti si impegnano a "*consolidare un modello contrattuale nel quale il contratto collettivo nazionale di lavoro abbia la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori, ovunque impiegati nel territorio nazionale, e la contrattazione di secondo livello, facilitata da idonee e strutturali politiche fiscali e di vantaggio, operi per aumentare la produttività attraverso un migliore impiego dei fattori di produzione e dell'organizzazione del lavoro, correlando a tale aspetto la crescita delle retribuzioni dei lavoratori (…)*", definendo "*compiutamente, attraverso specifiche intese, un sistema di relazioni sindacali contrattuale e regolato e, quindi, in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole*".

[90] Cfr. N. Acocella, R. Leoni, P. Pini, L. Tronti, *La chimera chiamata produttività,* in *La Repubblica. Affari e Finanza,* 26 novembre 2012; M. Barbieri, *L'accordo sulla produttività: i contenuti e le riserve,*in *www.eguaglianzaeliberta.it*; M. Barbieri, *Un accordo senza respiro,* in *DLRI.,* n. 138, 2013, 2, pp. 276 ss.; G. Zilio Grandi, *La retribuzione collegata alla produttività aziendale,* in *DLM*, 1/2013, p. 46, secondo cui gli aumenti salariali legati alla produttività risulterebbero finanziati dai lavoratori stessi, con una quota delle risorse destinate al recupero del salario rispetto all'inflazione, ed inoltre tramite detassazioni e decontribuzioni prelevate dalle entrate fiscali (in gran parte versate dai lavoratori dipendenti), ed entrate contributive, anch'esse totalmente ricavate dalla contribuzione dei prestatori di lavoro.

paga non dovesse raggiungere la retribuzione proporzionata e sufficiente di cui al dettato costituzionale.[91]

Al riguardo la dottrina si è sforzata di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma collettiva, ed ha individuato il parametro per verificare l'adeguatezza della retribuzione di produttività all'art. 36 Cost. nell'Ipca, l'Indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo di cui all'AQ del 2009: in assenza di precisi criteri giurisprudenziali[92], l'ammontare delle retribuzione che spetta all'accordo decentrato non deve incidere sullo scostamento tra il tasso di inflazione programmato (ai sensi dell'indice Ipca) e l'inflazione reale. Di conseguenza la quota di salario, che il ccnl può attribuire al contratto di impresa in termini di produttività, è quella restante quando la copertura del predetto differenziale è stata garantita[93].

2. L'Accordo è stato salutato favorevolmente dal Governo, che nel D.P.C.M. attuativo del 22 gennaio 2013 ha stanziato 2,15 miliardi di euro per il triennio 2013-2015 a titolo di incentivo per la diffusione della contrattazione decentrata e delle retribuzioni variabili, sulla falsariga di misure già prese nel 2007.

Sul punto sono state sollevate perplessità non tanto giuridiche, ma macroeconomiche: infatti l'intervento governativo, al pari dell'Accordo, non interverrebbe sui veri problemi che ostacolano la produttività e la crescita delle retribuzioni, come l'assenza di processi di coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese, di destinazione di ingenti risorse per fomentare l'innovazione tecnologica e in generale per convertire il sistema italiano da *output-oriented* ad *input-oriented*[94].

---

[91] Cfr. V. Bavaro, *L'aziendalizzazione del sistema contrattuale italiano,* cit., p. 6.

[92] Sul punto la giurisprudenza costituzionale ha affermato che "*gli strumenti di adattamento egualitario (della retribuzione) non devono garantire un costante riallineamento (considerato il necessario equilibrio nel contesto della politica economica e della disponibilità di bilancio), ma…assicurare che non si realizzi un discostamento macroscopico che sarebbe indice sintomatico del principio di sufficienza retributiva*": cfr. Corte Cost., sent. n. 126, 13 aprile 2000, in www.giurcost.org .

[93] Cfr. L. Zoppoli, *Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012,* in *W.P.C.S.E.L.L. "Massimo D'Antona",* 99/2013, pp. 10 e 11.

[94] Cfr. L. Tronti, *Dopo l'ennesimo accordo inutile. Un nuovo scambio politico,* in *DLRI,* n. 138, anno XXXV, 2/2013, p. 311.

4.3.1 Le prime applicazioni dell'Ap da parte del ccnl; l'intervento dell'Inps.

1. Da un punto di vista empirico soltanto il nuovo ccnl del settore metalmeccanico del 15 dicembre 2012, non firmato dalla Fiom-Cgil, menziona esplicitamente le "*Linee programmatiche"* di cui all'Accordo Quadro, poiché si richiama alla possibilità di godere di agevolazioni fiscali e contributive previste eventualmente per la contrattazione aziendale sulla produttività[95]; inoltre il contratto aggiunge che, in relazione a specifici accordi aziendali, gli effetti degli incrementi retributivi fissati al 1 gennaio 2014 ed al 1 gennaio 2015 si potranno posticipare di dodici mesi, rispetto ad i termini di cui al medesimo ccnl, per fomentare –tra le altre cose- gli accordi volti ad incrementare la produttività ed eventualmente godere dei benefici fiscali e previdenziali eventualmente fissati dal Governo in relazione all'AQ del 2012[96].

Lungo la linea tracciata dal ccnl metalmeccanici sembra muoversi in modo *soft* il nuovo ccnl Energia, petrolio e costruzione del 22 gennaio 2013, in quanto introduce un sistema di classificazione del personale utile all'apprezzamento del contributo individuale, ed abolisce contestualmente gli aumenti periodici di anzianità.

2. La "traduzione" amministrativa dell'Accordo del novembre 2012 si è avuta col Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 27 dicembre 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 4 aprile 2013, n. 79, in attuazione dell'art. 4, co. 28, della l. 92/2012 (c.d. legge Fornero)[97], che ha determinato il tetto

[95] Cfr. la Premessa all'Accordo di rinnovo del ccnl 15 ottobre 2009, in cui si afferma che "*L'accordo costituisce una significativa innovazione del metodo e del merito contrattuale; si muove nel solco del documento "Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia" recentemente sottoscritto dalle Confederazioni presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri".*

[96] Cfr. L. Zoppoli, *Políticas europeas para la competitividad..,* cit., p. 11.

[97] Ai sensi dell'art. 4, co. 28 della l. 92/2012 "*A decorrere dall'anno 2012 lo sgravio dei contributi dovuti dal lavoratore e dal datore di lavoro è concesso secondo i criteri di cui al comma 67 e con le modalità di cui al primo periodo del presente comma, a valere sulle risorse, pari a 650 milioni di euro annui, già presenti nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, relative al Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello".*

massimo della retribuzione ammessa all'agevolazione previdenziale auspicata dalle parti sociali nell'accordo medesimo[98].

Al riguardo, il decreto prevede quale misura a favore della contrattazione aziendale e territoriale un abbattimento della contribuzione da versare sulla quota di salario imponibile ai fini previdenziali, rappresentata proprio dagli aumenti retributivi previsti dal contratto decentrato; emolumenti che, in quanto funzione della produttività, possono essere incerti sia nell'*an* sia nel *quantum*.

Più in concreto, il decreto ministeriale ammette a fruire del beneficio in esame le imprese, sino ad un tetto massimo del 2,25% della retribuzione contrattuale percepita dal lavoratore nel 2012; su questi importi, le aliquote a carico del datore di lavoro e del prestatore di lavoro vengono ridotte rispettivamente del 25% e del 100% entro i limiti degli stanziamenti di cui all'apposito Fondo costituito presso il Ministero del Lavoro, pari a 650 milioni di euro annui.

Requisito imprescindibile per fruire degli sgravi è – secondo il decreto medesimo- che gli emolumenti in oggetto siano ascrivibili "*ad incrementi di produttività, qualità, redditività, innovazione ed efficienza organizzativa, oltre che collegati ai risultati riferiti all'andamento economico o agli utili dell'impresa o a ogni altro elemento rilevante ai fini del miglioramento della competitività aziendale*".

Ciò posto, a decorrere dall'uno gennaio 2012 il datore di lavoro (o i consulenti del lavoro di cui alla l. 12/1979) dovrà presentare una previa domanda telematica per godere della riduzione contributiva prevista per i premi di risultato liquidati nell'anno 2012.

Sempre secondo il decreto ministeriale, per beneficiare dello sgravio il contratto collettivo aziendale deve essere stato depositato presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente (ex Direzione Provinciale del Lavoro) entro e non oltre la data di entrata in vigore del decreto medesimo; inoltre, gli sgravi non verranno

[98] Il d.m. 27 dicembre 2012 non rappresenta un *unicum* per quanto cerchi di favorire gli accordi aziendali attuativi dell'Accordo sulla produttività: infatti simili misure erano state introdotte in via sperimentale dall'art. 1, commi 67 e 68, l. 24 dicembre 2007, n. 247.

concessi su quei salari di produttività percepiti anteriormente alla sottoscrizione del contratto cui è data attuazione.

La Circolare Inps n. 73 del 3 maggio 2013 ha reso note le prime istruzioni operative per potere godere dello sgravio contributivo: l'istituto di previdenza ha chiarito come il d.m. sia entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione, e che conseguentemente il termine di trenta giorni decorreva dal 4 aprile 2013, per scadere il 6 maggio 2013, premesso che il trentesimo giorno successivo cadeva di sabato[99].

In ogni caso, l'aspetto più interessante è che le indicazioni interpretative nella circolare in oggetto corroborano il nuovo assetto della contrattazione collettiva aziendale, come configurato dall'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e dall'art. 8 l. 148/2011: infatti la circolare afferma esplicitamente che "*l'erogazione di tali somme deve avvenire in esecuzione di contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda"*, per poi aggiungere- in relazione al decreto ministeriale- che "*sia il riferimento alle rappresentanze sindacali operanti in azienda (e non propriamente rappresentanze sindacali aziendali), sia quello agli accordi interconfederali vigenti, tra i quali pertanto l'accordo del 23 luglio 1993 e successivi, lasciano inoltre intendere che il legislatore voglia indicare tanto le rsa che le rsu*".

E' in ultima analisi evidente il riferimento sia all'Ai del 28 giugno 2011, secondo cui gli accordi collettivi aziendali possono essere sottoscritti sia dalle rsa sia dalle rsu (pur con diverse modalità procedimentali), sia all'art. 8 l. 148/2011, che al comma 1 prevede come il contratto aziendale possa essere stipulato anche dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda delle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

[99] Cfr. M. Tuttobene, *Decontribuzione dei salari di produttività 2012: perplessità circa i termini per il deposito dei contratti di secondo livello. Valutazioni giuridiche e gestionali,* in *RDL* 3/2013, pp. 815-821.

5. Il regime delle deroghe aziendali nel prisma della legge: la derogabilità assistita e gli "accordi gestionali".

Nell'ultimo trentennio è stata registrata una sempre più crescente interazione tra legge e contratto collettivo aziendale, attraverso numerosi rinvii della norma statuale all'accordo di impresa o in generale a quello collettivo, o contestualmente ad entrambi contratti, decentrato e di categoria: alle clausole collettive è devoluta la funzione di determinazione della fattispecie e/o dello stesso precetto di legge in chiave di specializzazione normativa[100].

In materia di generici rinvii alla fonte collettiva, basti pensare innanzi tutto all'art. 5 l. 223/1991, rubricato "*Criteri di scelta dei lavoratori ed oneri a carico delle imprese*" in cui si prevede che i criteri di scelta contrattuali dei lavoratori da collocare in mobilità verranno individuati dalle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 l. 300/1970; agli accordi conclusi nel corso delle procedure di mobilità, anche di dequalificazione professionale (art. 1, co. 2, 9, 11, l. 223/1991); alla disciplina della base di calcolo del t.f.r. (art. 2120, co. 2, c.c.); agli accordi sindacali in materia di cassa integrazione guadagni, raggiunti all'interno delle procecure di informazione e consultazione di cui all'art. 5 l. 164/1975; ai contratti collettivi aziendali di solidarietà difensiva di cui all'art. 1 della l. 863/1984; alla l. 146/1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, secondo cui in prima battuta debbono essere gli accordi collettivi a determinare le prestazioni indispensabili da erogare in caso di sciopero (art. 2); alle causali per l'assunzione dei lavoratori intermittenti (art. 34, co. 1, d. lgs. 276/2003); alle modalità di sostituzione dei lavoratori ripartiti (art. art. 41, co. 3, d. lgs. 276/2003); alle modalità di erogazione della formazione degli apprendisti (art. 4, co. 2, d .lgs. 167/2011); alle materia dell'orario di lavoro ai sensi del d. lgs. 66/2003; da ultimo, all'art. 18 l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012, secondo cui i contratti collettivi possano

[100] Cfr. A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* cit., pp. 166 e 167; V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato,* cit., p. 129.

prevedere delle sanzioni conservative in luogo del licenziamento, mettendo nero su bianco una prassi invalsa soprattutto nelle grandi aziende.

Vi sono poi delle ipotesi in cui il dettato normativo rinvia esplicitamente al contratto collettivo aziendale: si pensi alla disciplina del lavoro a termine, in materia di deroghe al divieto di assunzioni a tempo determinato per le imprese che abbiano dichiarato l'eccedenza di personale (art. 3, lett. b, d. lgs. 368/2001), o alla nuova versione dell'art. 1bis, d. lgs. 368/2001, secondo cui la deroga all'obbligo di indicare la causale del primo contratto a termine può essere prevista da accordi nazionali interconfederali o di categoria, oppure "*in via delegata*" dal livello decentrato di contrattazione.

Infine, in materia di rinvio contestuale al contratto nazionale ed aziendale, si pensi alla disciplina dei congedi per la formazione continua di cui all'art. 6, co. 2, l. 53/2000, ed alla possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di ricorso alla somministrazione a termine rispetto a quelle previste dalla legge (art. 20, co. 3, lett. i, d. lgs. 276/2003).

Se si volesse individuare il filo conduttore dei continui rinvii della legge al contratto collettivo aziendale, è evidente come si tratti della gestione di processi di crisi aziendale, di regolazione del conflitto collettivo e di ricorso ulteriore alla flessibilità, rispetto all'*an* ed al *quantum* già previsti dalla legge.

Il problema applicativo che si pone è quello dell'efficacia *erga omnes* dell'accordo collettivo di impresa, che contiene disposizioni in deroga alla legge, in un contesto- come già visto in sede di trattazione della vicenda Fiat- contrassegnato dalla divisione tra le sigle sindacali, e di perdurante inattuazione dell'art. 39, co. 4, del dettato costituzionale: l'interrogativo di fondo è la conformità alla costituzione di meccanismi legali di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi stipulati da sindacati privi della personalità giuridica, e della legittimazione unitario-proporzionale che conseguirebbe alla registrazione prevista dall'art. 39.

Infatti il progetto che viene sviluppato dalla legislazione post-costituzionale, specie nell'ultimo trentennio, è alternativo a quello della seconda parte dell'art. 39 Cost.: in relazione alle ipotesi precedentemente elencate la legge sostiene pienamente il potere dei sindacati di stipulare accordi dall'efficacia generale in azienda, pur se privi della personalità giuridica di cui alla carta fondamentale[101].

Sul punto a livello dottrinale è stata ammessa la possibilità che il quarto comma dell'art. 39 Cost. ammetta alternative, purchè si rispetti quel *"nocciolo duro"*, di cui parlava Massimo D'Antona sul finire degli anni '90, quando lo spazio dei contratti aziendali in deroga, flessibili, o gestionali che dir si voglia era in progressiva espansione.

Infatti, l'Autore si sforzava di offrire una lettura costituzionalmente orientata dei nuovi accordi collettivi, sulla scorta di un'attuazione per equivalenti del disposto della carta fondamentale: in una prospettiva funzionalista e di lettura sistematica della stessa, la funzione economico-sociale del contratto collettivo prevarrebbe ogni volta che il fenomeno debba regolare il mercato del lavoro, ovvero conformare l'esercizio dei poteri datoriali alle prescrizioni di legge, in un'ottica estranea alla figura del contratto di categoria con efficacia *erga omnes*[102].

Tuttavia, affinché un contratto collettivo aziendale possa dispiegare efficacia verso tutti i lavoratori dell'impresa coinvolta, è necessario che vi sia un'attuazione per equivalenti del 4^0 co. della costituzione nel rispetto sostanziale del criterio proporzionalistico: in altri termini, il principio costituzionale non richiederebbe la formazione di un organo comune per condurre le trattative, ma che all'atto della stipulazione il consenso sia valutato unitariamente, ed in proporzione al seguito di

[101] Cfr. A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,*cit., p. 169.

[102] Cfr. M. D'Antona, *Il quarto comma dell'articolo 39 della costituzione, oggi,* in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni,*Cacucci, Bari, 1999, pp. 325-326. Si potrebbe obiettare che D'Antona non riconduceva il contratto aziendale nell'alveo applicativo dell'art. 39, co. 4, Cost., tuttavia in chiusura del saggio (p. 330) lo stesso affermava come "*il principio costituzionale sembra essere quello che è il contratto collettivo a determinare la categoria"* in omaggio alla libertà di organizzazione sindacale, ed al fatto dunque che in chiave storico-evolutiva anche un contratto aziendale è sussumibile nel *genus* categoria.

ciascun sindacato, col ricorso- in un'ottica di democraticità delle relazioni industriali- a procedure elettorali aperte ai non iscritti[103].

In relazione agli accordi normativi, si dovrebbe di volta in volta verificare che il contratto aziendale sia stato sottoscritto dalla maggioranza delle organizzazioni sindacali, e che eventualmente si sia celebrato un referendum consultivo, e contemperare poi il dato associativo con quello elettorale: soluzione che desta non poche difficoltà applicative, in un sistema di relazioni industriali caratterizzato dall'anomia legislativa.

Per quel che concerne il profilo giurisprudenziale, sono state elaborate soluzioni ermeneutiche che mirano ad aggirare l'art. 39, co. 4 Cost., che- per quanto sia sia stato ritenuto obsoleto da alcuni [104]- è comunque la norma con cui lo studioso di diritto sindacale e relazioni industriali si deve confrontare: ed è così che si è creata la categoria dell' "*accordo gestionale"* o si è parlato di *"procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore"*.

L'accordo gestionale costituisce un peculiare tipo di accordo aziendale, che individuerebbe dei casi in cui il contratto collettivo assolve la funzione di circoscrivere e/o regolamentare il potere del datore di lavoro quale capo dell'impresa, funzione diversa ed ulteriore rispetto a quella tipicamente normativa[105]: conseguentemente il contratto collettivo è in tal caso esterno al raggio d'azione dell'art. 39 cost.; a titolo meramente esemplificativo si pensi all'art. 4, co. 11 l. 223/1991, o all'art. 47, co. 5 l. 428/1990.

Per ovviare al problema del dissenso individuale e collettivo in tali ipotesi (si è pur sempre in presenza di accordi ablativi), in relazione all'art. 5, co. 1 della l.

[103] Cfr. M. D'Antona, *Il quarto comma dell'articolo 39 della costituzione, oggi,* cit., pp. 328-330. In senso conforme sulle procedure di consultazione tra i lavoratori, cfr. M. Rusciano, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM*, 3/2009, pp. 564-566, secondo cui la via referendaria non si discosta tanto dal meccanismo di cui all'art. 39, co. 4 Cost., se non per una questione formale: il *referendum* sposta l'indice della rappresentatività dai soggetti sindacali all'oggetto della decisione (piattaforma, accordo precontrattuale, contratto, proclamazione dello sciopero…).

[104] Cfr. M. Rusciano, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo,* cit., p. 557.

[105] Cfr. M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* cit., p. 199; G. Santoro- Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RDL*, 1/2010, p. 490; A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* cit., p. 177.

223/1991 la Corte Cost. ha osservato come "*gli accordi sindacali che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti (individuali di lavoro) di una o più singole imprese. Si tratta di un tipo diverso di contratto, la cui efficacia diretta – in termini di limiti e modalità di esercizio del potere di licenziamento finalizzato alla riorganizzazione del lavoro nell'impresa – si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti (o del singolo imprenditore nel caso di accordo aziendale). Il contratto collettivo, cui rinvia la norma in esame, incide sul singolo prestatore di lavoro indirettamente, attraverso l'atto di recesso del datore in quanto vincolato dalla legge al rispetto dei criteri di scelta concordati in sede sindacale*"[106].

A ben vedere, tale impostazione mira ad aggirare il nodo della rappresentanza sindacale e del meccanismo di efficacia generale del contratto collettivo di cui all'art. 39, co. 4, Cost., sulla scorta del presupposto che l'accordo sindacale sia uno dei prerequisiti di una procedura amministrativa complessa, e che incida non tanto sui contratti individuali di lavoro, quanto sul potere di recesso dell'imprenditore che andrà a firmare le singole lettere di licenziamento all'esito della procedura di mobilità collettiva[107].

Un'analoga soluzione è stata operata dal giudice delle leggi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, di cui alla l. 146/1990, come modificata dalla l. 83/2000: è infatti demandato alla contrattazione collettiva l'individuazione di quelle "*prestazioni indispensabili"* atte a garantire il contemperamento tra l'esercizio del diritto di sciopero ed i diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Soluzioni analoghe sono state prospettate in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali: ai sensi della l. 146/1990 un contratto collettivo aziendale- si pensi ad uno siglato in grandi società come quelle addette al trasporto aereo e ferroviario o ai servizi postali- anche se separato, ha il compito di enucleare in concreto i servizi minimi: per ovviare al problema dell'*erga omnes* il legislatore

[106] Cfr. Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *www.giurcost.org*.
[107] Cfr. M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* cit., pp. 200-204.

ricorre allo strumento del regolamento di servizio, in cui va trasposto l'accordo collettivo[108].

Al riguardo, la Corte Costituzionale ha ritenuto pienamente compatibile gli artt. 1, co. 2, 2, co. 2, e 3, 8, co. 2 della l. 146/1990 con il quarto comma dell'art. 39 Cost., nella misura in cui il regolamento di servizio- quale atto conclusivo del procedimento- è efficace nei confronti di tutti i dipendenti, poiché espressione del potere direttivo del datore di lavoro[109].

La soluzione escogitata dal Giudice delle Leggi, animata dall'esigenza di politica del diritto di salvaguardare la tenuta del sistema, presenta notevoli limiti, poiché non è applicabile tutte le volte che difetta il nesso tra il contratto collettivo aziendale e rispettivamente la norma di legge o il provvedimento amministrativo: basti pensare all'accordo sindacale che nell'ambito della procedura di mobilità prevede l'assegnazione del lavoratore in eccedenza a mansioni inferiori, in deroga a quanto previsto dall'art. 2103 c. c.

Il predetto indirizzo interpreativo non fa altro che confermare l'esigenza, avvertita da molti, della necessità di attuare l'art. 39 Cost. nella sua seconda parte, o di modificarlo in modo tale da arrivare all'emanazione di una legge ordinaria che, nel rispetto del pluralismo e della libertà sindacale, garantisca l'efficacia *erga omnes* degli accordi separati, pena l'ingovernabilità del sistema e l'aumento del contenzioso in sede giudiziaria[110].

---

[108] Secondo il giudice *a quo* le norme impugnate sarebbero in contrasto con l'art. 39, co. 4 Cost., poiché "*delegano alla contrattazione collettiva l'individuazione delle prestazioni indispensabili, attribuendo efficacia generale a contratti collettivi e ad accordi sindacali non stipulati dalle rappresentanze unitarie previste dalla norma costituzionale, e perciò idonei a spiegare efficacia obbligatoria esclusivamente nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni sindacali stipulanti*".

[109] Cfr. Corte Cost., 18 ottobre 1996 n. 344, in www.giurcost.org : secondo la Corte "*fonte diretta dell'obbligo dei lavoratori di effettuare le prestazioni riconosciute indispensabili è il regolamento di servizio*".

[110] Sul punto sono stati avanzati vari disegni di legge in tempi recente volti ad attuare l'art. 39 Cost., soprattutto a seguito del d.m. 29 settembre 1997 che istitutiva, presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, una "*Commissione di studio per la predisposizione di uno schema di disegno di legge in materia di rappresentanza e rappresentatività sindacale*": si pensi alla proposta "*Per una legge sulla rappresentanza nei luoghi di lavoro e sulla rappresentatività sindacale verificata*" di D'Antona e Romagnoli del 1998, che auspicava l'adozione del principio di maggioranza ai fini della formazione di una volontà negoziale collettiva destinata a produrre effetti generali, sulla scorta della combinazione tra dato elettorale ed associativo: all'atto pratico un contratto collettivo aziendale sarebbe stato efficace, al di là della cerchia volontaria degli stipulanti e dei loro iscritti, se sottoscritto da sindacati che rappresentavano almeno il 51% come media tra dato associativo ed elettorale, o il 60% avuto riguardo al solo dato elettorale; al riguardo cfr.

6. L'articolo 8 della l. 148/2011: una delega in bianco al contratto collettivo aziendale?

6.1.Le ragioni dell'economia e l'adozione dell'art. 8 l. 148/2011.

Poco tempo dopo l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, che aveva faticosamente visto il ritorno dell'unità sindacale, e a distanza di poche settimane dalla sentenza sul caso Pomigliano, il Parlamento ratificava il decreto legge 13 agosto, n. 131 (la c.d. "*manovra di ferragosto"*), convertendolo in legge 14 settembre 2011, n. 148.

La legge ha introdotto significative modifiche e regolamenta per la prima volta nel diritto del lavoro repubblicano il contratto collettivo aziendale in quanto a: materie che lo stesso può disciplinare; i suoi presupposti di legittimità; e soggetti titolari di un potere negoziale decentrato con effetti *erga omnes*.

Le ragioni di politica economica che hanno condotto l'esecutivo alla decretazione d'urgenza in periodo estivo e le Camere ad una rapida ratifica, vanno rinvenute nella crescita del debito pubblico italiano e nello stato dei conti pubblici, all'interno del più ampio contesto della crisi dei paesi dell'eurozona e delle connesse manovre speculative.[111]

Infatti, se agli inizi del luglio 2011 il differenziale tra i Btp tedeschi decennali ed i Bot si attestava intorno all'1,83%, ai primi di agosto oscillava tra il 3,5 ed il 4%: il differenziale è di capitale importanza affinché il Tesoro collochi sul mercato globale i titoli del debito pubblico: tanto maggiore è lo *spread*, tanto maggiori sono il rischio di insolvenza dell'Italia ed i tassi di interesse con cui sono collocati sul mercato i titoli, con l'evidente conseguenza di aumentare la spesa pubblica.

L'aumento del differenziale è stato originato dalle manovre speculative abbattutesi sui cosiddetti Pigs dell'Eurozona (Italia, Spagna, Grecia, Irlanda e Portogallo), se

M. D'Antona, *Documento preliminare,* in *RGL,* 2/1998, pp. 388-390; M. D'Antona, U. Romagnoli, *Per una legge sulla rappresentanza nei luoghi di lavoro e sulla rappresentatività sindacale verificata,* in *RGL,* 2/1998, pp. 391-397.

[111] Cfr. A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 e la "Rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro,* in *WP D'Antona* n. 133/2011, pp. 2 ss.

si considera che al principio del 2010 il differenziale tra titoli italiani e tedeschi si attestava intorno allo 0,71 %; manovre speculative che poi si sono concretizzate nel declassamento dell'Italia da parte di *Standard & Poor's*, con un abbassamento dell'*outlook* da "A+/A-1" ad "A/A-1"[112].

I *mantra* della sostenibilità del debito pubblico e del "rischio Italia" venivano poi corroborati dalla lettera della BCE, firmata sia dal Presidente uscente Trichet sia dal successore Draghi, ed indirizzata al Governo italiano, nella quale l'istituzione bancaria dell'Ue subordinava il "salvataggio" dei titoli di Stato italiani a vari interventi legislativi in ambito economico-finanziario.

Per quel che interessa la presente trattazione, il Governo giustificava le misure contenute nell'art. 8 sulla base di un'espressa richiesta della Bce in un'ottica di flessibilizzazione del mercato del lavoro[113]; tuttavia, se si legge la lettera controversa, nulla veniva detto in materia di contrattazione aziendale, se non un auspicio per riformare il "*sistema di contrazzione salariale collettiva*", e quindi permettere "*accordi al livello di impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione*"; inoltre si affermava che "*L'accordo del 28 giugno tra le principali sigle sindacali e le associazioni industriali si muove in questa direzione*"[114].

Se infatti la Bce altro non chiedeva che una maggiore valorizzazione della contrattazione aziendale nel *quantum* delle dinamiche salariali, era incomprensibile giustificare l'adozione dell'art. 8 sulla scorta delle raccomandazioni europee, tenuto conto che la norma nazionale tace proprio in materia retributiva; invece l'art. 8 è in grado- come si vedrà in dettaglio nei paragrafi successivi – di attribuire

---

[112] Cfr. il rapporto stilato da *Standard's & Poors's,* in www.repubblica.it del 20 settembre 2011, secondo cui "*the downgrade reflects our view of Italy's weakening economy growth prospects and our view that Italy's fragile governing coalition and policy differences within parliement will likely continue to limit the government's ability to respond decisively to the challenging domestic and external macroeconomic environment*".

[113] Sul punto cfr. le dichiarazioni dell'allora Ministro del lavoro Sacconi, che incalzato sulla discrasia tra art. 8 e lettera della Bce, affermava "*Perché dimostra che l'inserimento dell'articolo 8 nella manovra, non era un mio puntiglio. Avevo ragione, nella lettera c' è l' indicazione dell'articolo 18. Tutti quelli che pensavano non fosse vero, hanno potuto constatare che le richieste della Bce erano e sonocoerenticonquellocheabbiamofatto*"(in http://archiviostorico.corriere.it/2011/settembre/30/lettera_segreta_della_Bce_governo_co_9_110930006.shtml);

[114] Il testo integrale della lettera è consultabile in http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8 .

al contratto di impresa la capacità di incidere sulla regolamentazione di tutti gli altri aspetti del rapporto di lavoro subordinato, eccettuate le materie discriminatoria e della salute e sicurezza sul lavoro.

E' dunque più che legittima l'opinione secondo cui cui la lettera Draghi-Trichet sia stata utilizzata in chiave "strumentale"[115] da parte dell'allora esecutivo per realizzare obiettivi di politica del diritto già proposti il 31 luglio del 2010 con il progetto di "*Statuto dei lavori"*, poi accantonato dalla compagine di governo, che avrebbe dovuto autorizzare le parti sociali a derogare un'ampia fetta delle disposizioni di legge per territorio, tipologia di contratto e impresa[116].

Tuttavia, anche se non dettati dalla lettera Draghi-Trichet, gli ampi poteri che l'art. 8 conferisce alla contrattazione aziendale sono frutto delle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni comunitarie, ancorchè risalenti nel tempo: più specificamente si fa riferimento al *Rapporto finale del gruppo di alto livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nella Ue* del gennaio 2002, imperniato sulla preminenza della contrattazione aziendale nella determinazione delle condizioni di lavoro[117].

Il predetto documento, che a sua volta si ispirava al *Rapporto della Commissione Europea sulle relazioni industriali* del marzo 2000, tramite gli apporti dell'analisi comparata si prefiggeva di analizzare la "*qualità*" delle relazioni industriali europee: più in particolare il *report* esaltava anche nelle relazioni sindacali il principio

---

[115] Cfr. A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 e la "Rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro,* cit., p. 7; in senso sostanzialmente conforme, cfr. A. Garilli, *Profili evolutivi del diritto del lavoro italiano,* in *Jornadas hispano-italianas sobre reformas legislativas del derecho laboral en tiempo de crisis,* Lowcost books, Valencia, 2013, p. 60.

[116] Il disegno di legge sullo "Statuto dei Lavori" venne presentato dal Ministro Sacconi nel novembre 2010, e nelle intenzioni dell'allora Governo avrebbe dovuto sostituire la l. 300/1970: più in particolare, a fronte della "*identificazione di un nucleo di diritti universali e indisponibili di rilevanza costituzionale e coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, da applicarsi sia ai rapporti di lavoro subordinato, sia alle collaborazioni a progetto rese in regime di sostanziale monocommittenza"* (art. 1, co. 1, lett. b), vi doveva essere una "*conseguente identificazione della rimanente area di tutele con possibilità per la contrattazione collettiva di una loro modulazione e promozione nei settori, nelle aziende e nei territori, anche in deroga alle norme di legge, valorizzando il ruolo e le funzioni degli organismi bilaterali",* avuto riguardo – tra l'altro – allo "*andamento economico dell'impresa",* alle "*caratteristiche e tipologia del datore di lavoro"* (art. 1, co. 2, lett. c); il testo è consultabile in *www.rassegna.it*. Sul punto cfr. M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, all'art. 8, d.l. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011,* in *RDL,* n. 4, Ottobre-Dicembre 2011, p. 361.
Il progetto per uno Statuto dei Lavori si inseriva all'interno di un più ampio Piano triennale del lavoro, intitolato *"Liberare il lavoro per liberare i lavori"*.

[117] Cfr. V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI,* n. 136, 2012,4, p. 482.

comunitario della sussidiarietà come baricentro del sistema, ed il conseguente spostamento dei luoghi di produzione delle tutele (dalla legge al contratto; dal contratto nazionale di categoria a quello decentrato più vicino al fenomeno da regolamentare).

Lo spostamento verso la "*periferia*" veniva giustificato all'insegna dei principi, più politoco-ideologici che strettamente tecnico-giuridici, di competitività e modernizzazione, come corollario delle spinte localistiche e diversificatrici della globalizzazione e dei mercati.

In relazione allo specifico contesto italiano, Marco Biagi, già membro dell'Alto Gruppo che aveva elaborato il Rapporto – che non a caso viene considerato come precursore dell'art. 8 da parte della dottrina[118] – auspicava *de jure condendo* che: ogni imprenditore fosse lasciato libero di trattare al livello negoziale più opportuno in funzione dell'oggetto del confronto; vi fosse alternativamente in ogni impresa un unico livello di contrattazione, nazionale/territoriale o aziendale liberamente scelto dalle parti, in sostanziale analogia col modello di relazioni industriali statunitense[119].

Ciò posto, le principali novità introdotte dall'art. 8, rubricato "*Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità"*, possono così essere sintetizzate: a) attribuzione di un'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi aziendali (ed anche territoriali) purchè stipulati da determinati soggetti collettivi all'insegna del criterio maggioritario, e volti al perseguimento di taluni obiettivi; b) possibilità per il

[118] Cfr. M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi,* in *DRI,* 1/XXII-2012, pp. 83 ss., che sottolinea come gli apporti dell'esperienza internazionale e comparata avessero spinto Biagi, nella stesura del *Libro Bianco del Mercato del Lavoro* dell'ottobre del 2001, ad un ripensamento radicale delle tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro e dello stesso sistema delle fonti del diritto della materia; più in particolare a p. 85 l'A. afferma come "*Nel delineare un nuovo rapporto tra legge e contratto collettivo Marco Biagi sosteneva senza esitazioni –forte delle indicazioni provenienti, ancora una volta, dalla esperienza internazionale e comparata – il primato della contrattazione aziendale rispetto a quella nazionale e l'esigenza di un rinnovato sistema di relazioni industriali a livello di impresa*".

[119] Cfr. M. Biagi, *Cambiare le relazioni industriali,* in *Collana Adapt,* n. 5/2002, pp. 9 ss. L'autore, sulla falsariga del modello nord-americano, auspicava una diversificazione dei trattamenti collettivi anche in seno alla stessa compagine aziendale, e riteneva pertanto necessario che si dovesse "*restituire libertà nella alternatività tra la adozione di un contratto collettivo inter-aziendale ed il negoziato per ogni singola unità di lavoro, anche sub-aziendale nel caso di siti produttivi collocati in zone geografiche significativamente diversificate";* inoltre veniva valutata positivamente una liberalizzazione del secondo livello di contrattazione, nel senso che "*all'impresa dovrebbe essere consentito di disapplicare il contratto collettivo di primo livello ove raggiunga un accordo che disciplini tutte le materie regolate nella sede geograficamente sovraordinata*".

contratto collettivo aziendale di disciplinare la quasi totalità del rapporto di lavoro, derogando non soltanto al contratto collettivo nazionale di categoria, ma anche alla legge[120]; c)capacità derogatoria potenzialmente indefinita, in quanto subordinata ad un generico rispetto del dettato costituzionale, delle norme comunitarie ed internazionali[121].

Da ultimo sono da segnalare: la postilla di cui all'art. 8, che attribuisce efficacia *erga omnes* retroattiva agli accordi aziendali vigenti, purchè approvati secondo un criterio maggioritario a seguito di *referendum* tra i lavoratori interessati, col chiaro intento di attribuire efficacia generale agli accordi separati degli stabilimenti Fiat di Pomigliano e Mirafiori[122]; e l'ultimo comma, destinato a predeterminare l'area di

---

120 Nella sua originaria formulazione il testo dell'art. 8 non prevedeva alcuna possibilità per il contratto di prossimità di derogare la legge: era infatti prevalsa una certa cautela nell'attribuire ampi poteri al contratto decentrato, come è desumibile dalla relazione illustrativa del Ministro Sacconi, che accompagnava il testo di disegno di legge sottoposto all'approvazione del Consiglio dei Ministri. La possibilità derogatoria venne aggiunta solo in sede di conversione, tanto che la dottrina riteneva che il contratto collettivo avesse soltanto una funzione integrativa della fattispecie legale con efficacia *erga omnes* nelle materie indicate. Sul punto cfr. M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro…,* cit., pp. 371-372; A. Garilli, *L'articolo 8 della l. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali,* in W.P. "Massimo D'Antona", 139/2012, p. 6.

121 1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualita' dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitivita' e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attivita'.
2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

- agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarieta' negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- alle modalita' di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonche' fino ad un anno di eta' del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

2-bis . Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonche' i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

122 3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unita' produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori.

applicazione del contratto di categoria del settore ferroviario in modo da renderlo esigibile anche agli operatori privati[123].

Innanzi tutto, per la prima volta il legislatore interviene in modo analitico nel disciplinare una materia demandata nel sessantennio di storia repubblicana all'autonomia delle parti sociali, e dunque alle dinamiche dell'ordinamento intersindacale; vero è- come visto in precedenza- che sin dagli anni '80 vari testi normativi rinviavano all'accordo aziendale, ma in relazione ad una specifica esigenza, e dunque entro limiti del tutto circoscritti.

Il salto qualitativo è triplice: in primo luogo viene meno la tendenza alla regolamentazione astatuale delle relazioni sindacali, con l'abbandono del modello della debole istituzionalizzazione giuridica[124], attraverso il quale l'Italia ha rappresentato un *unicum* nel panorama europeo per decenni, poichè i principali istituti delle relazioni industriali – conflitto, contrattazione collettiva e rappresentanza sindacale- venivano affidati agli accordi tra i soggetti collettivi.

Inoltre il Parlamento, pur nel legittimo esercizio della *potestas legislativa*, ha dimostrato di non tenere in minimo conto le indicazioni delle parti sociali circa la dinamica della contrattazione collettiva secondo quanto previsto dall'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011[125], ed ha abbandonato qualsiasi prospettiva di

---

[123] 3-bis. All'articolo 36, comma 1 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, sono apportate le seguenti modifiche:
a) All'alinea, le parole: "e la normativa regolamentare, compatibile con la legislazione comunitaria, ed applicate", sono sostituite dalle seguenti: "la normativa regolamentare e i contratti collettivi nazionali di settore, compatibili con la legislazione di settore, compatibili con la legislazione comunitaria, ed applicati";
b) Dopo la lettera b), è inserita la seguente:
"b-bis) condizioni di lavoro del personale".
Al riguardo, è stato sottolineato come di fatto la norma in oggetto estenda "*manu militari*" l'applicazione del c.c.n.l. ferroviario alla nuova compagnia Ntv, aprendosi ad eventuali censure di incostituzionalità: cfr. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale…,* cit., pp. 66 e 67.

[124] Cfr. G. P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 32 ss. , e p. 50, in cui si afferma che "*resta il fatto che i tratti fondamentali del quadro istituzionale che attribuiscono al nostro sistema un carattere di pluralismo non istituzionalizzato, privo di regolazione legislativa delle sue strutture portanti, si ripropongono pressocchè immutati a distanza di decenni dalla loro configurazione post-costituzionale*"; M. Carrieri, T. Treu, *Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 73 ss.

[125] Cfr. M. Carrieri, T. Treu, *Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, cit., p. 56, in cui si riconduce l'art. 8 nel novero dei "*colpi di mano più orientati in senso dirigista"*. Parimenti critico è A. Garilli, *L'art. 8 della l. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WPC.S.L.L "Massimo D'Antona"*, 139/2012, p. 3, che vede nell'art. 8 "*una ponderata scelta di politica del diritto condotta con metodo decisionista, e con assenza anche di quella forma blanda di dialogo sociale che il governo aveva in precedenza adottato quale alternativa alla concertazione*". In senso conforme cfr.

dialogo con sindacati ed associazioni imprenditoriali, il tutto corroborato dal ricorso alla decretazione d'urgenza.

Non è dunque un caso che il 21 settembre 2011, pochi giorni dopo la conversione del testo contenente l'art. 8 in legge, sindacati e Confidustria si preoccupavano di integrare l'Accordo del 28 giugno con una postilla secondo cui "*le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti"* e *"Conseguentemente, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil si impegnano ad attenersi all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, applicandone le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto Accordo Interconfederale".*

Per di più nella seduta del 14 settembre 2011, la stessa Camera dei Deputati, con un improvviso *dietrofront,* impegnava il Governo a "*valutare attentamente gli effetti applicativi dell'articolo 8, al fine di adottare ulteriori iniziative normative volte a rivedere quanto prima le disposizioni, coinvolgendo le parti sociali al fine di redigere una norma integralmente conforme agli indirizzi, ai contenuti e alle finalità dell'accordo del 28 giugno 2011"*, dopo aver considerato che "*le disposizioni dell'art. 8 rappresentano un improprio intervento del Governo sui temi del modello contrattuale e della rappresentatività sindacale, materie che dovrebbero essere rimesse alle parti sociali*", ed avere persino ammesso come "*la norma sembra essere esclusivamente mirata a dividere il fronte sindacale, mettendo in discussione l'accordo unitario raggiunto lo scorso 28 giugno…".*

La prima questione ermeneutica da risolvere è la compatibilità dell'art. 8 col dettato costituzionale, e più specificamente con l'art. 39 della carta fondamentale, che ancorchè inattuato al comma 4^0 prevede un peculiare meccanismo di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ancorato sul binomio della rappresentanza unitaria e proporzionale.

V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*,cit., p. 479, secondo cui l'art. 8 "*rappresenta il più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo post-costituzionale*"; F. Liso, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011,* cit., p. 461, secondo cui si è in presenza di "*una vera e propria provocazione fatta dal legislatore".*

Infatti, come detto prima, l'art. 8 istituisce il contratto collettivo aziendale con efficacia generale: in dottrina vi sono stati orientamenti contrastanti circa la legittimità costituzionale della norma in rapporto proprio all'art. 39, 4^0 co., Cost.

Secondo un primo indirizzo, che fa leva su un'interpretazione storicistica del dettato costituzionale, l'efficacia *erga omnes* di cui al 4^0 co. dell'art. 39 non si riferisce ai contratti aziendali (*ex* art. 8) per un duplice ordine di ragioni: infatti gli stessi né erano contemplati dall'abrogato ordinamento corporativo, che conosceva il solo contratto nazionale, né sarebbero stati stipulati se non a partire dagli anni '60, e dunque non erano nell'*intentio legislatoris*[126]; detto in altri termini il meccanismo di cui all'art. 39, 4^0 co. non può essere esteso a livelli di negoziazione diversi da quello di categoria.

L'argomento storicista è inoltre suffragato da un'interpretazione letterale del dettato normativo: l'infondatezza di un'eventuale questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 risiederebbe nella circostanza che il precetto costituzionale opera solo ed esclusivamente in relazione ai contratti collettivi di categoria, giacchè l'art. 39,4^0 codifica le *condiciones sine qua non* per cui il contratto collettivo si applica a tutti i lavoratori facenti parte della categoria (e non dell'azienda), cui il contratto stesso si riferisce[127].

Vi è stato inoltre chi ha sostenuto la piena legittimità dell'art. 8 in relazione all'art. 39, 4^0 co. Cost., in quanto nel caso di specie il legislatore avrebbe attuato per equivalente la previsione costituzionale, poiché sarebbe stato rispettato lo

[126] Cfr. G. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *RDL*, n. 1 Gennaio-Marzo 2012, p. 5, in *www.dejure.it*; in senso conforme cfr. M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011. La complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI,* 1/XXII-2012, p. 7; A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *DRI,* 1/XXII-2012, p. 18.

[127] Cfr. E. Ales, *Dal caso Fiat al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali,* cit., p. 12; R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali,* in *DRI,* 1/XXII-2012, p. 12; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni),* in *LD,* 1/2012, p. 42; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *DRI,* 1/XXII-2012, p. 49; C. Pisani,*Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali* , in *DRI,* 1/XXII-2012 p. 69. Per andare più a ritroso nel tempo, cfr. G. Pera, *Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio,* in *RDL*, anno XIX-2000, pp. 105-106, che -in relazione ad un progetto di legge sull'efficacia generale degli accordi aziendali stipulati dalle rsu presentato nel 2000- ritiene che l'art. 39 si riferisca alla contrattazione di categoria extra-aziendale: infatti all'epoca dell'entrata in vigore della costituzione le allora forze politiche avevano presente il solo contratto di categoria, anche perché l'accordo interconfederale escludeva la competenza contrattuale delle commissioni interne.

zoccolo duro di cui parlava Massimo D'Antona sul finire degli anni '90, nel caso specifico costituito dall'approvazione a maggioranza del contratto aziendale da parte delle rappresentanze sindacali e dalla selezione di soggetti negoziali comparativamente più rappresentativi, e purché la stipulazione a maggioranza sia stata preceduta da una partecipazione alle trattative di tutte le organizzazioni sindacali, o di quelle che comunque oltrepassino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati[128].

Il predetto orientamento dottrinale è stato fatto proprio da una delle poche pronunce *ex* art. 8 della giurisprudenza di merito, secondo cui "*Con l'art. 8 l. n. 148 del 2011 si è esclusa la possibilità della coesistenza di più contratti collettivi operanti presso lo stesso comparto aziendale, di gruppo o territoriale, apprezzato come unitario dai rappresentanti dei lavoratori interessati. Il nuovo contratto, sottoscritto dalle organizzazioni aventi una rappresentanza sindacale maggioritaria, sostituisce quindi il contratto previamente applicabile, ancorché non scaduto, con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, compresi quelli iscritti a organizzazioni non firmatarie del nuovo contratto*"[129].

Le opzioni ermeneutiche anzidette sono invece state contestate da quanti rigettano le argomentazioni di tipo storico, letterale e dell'attuazione della costituzione per equivalente, facendo invece leva su un'interpretazione evolutiva della carta fondamentale in parallelo al mutato quadro delle relazioni industriali: il termine *"categoria*" venne adottato da un legislatore costituente ancora impregnato di residui di corporativismo, e in termini molto più generici andrebbe oggi

[128] Cfr. R. Pessi, *Ancora sull'art. 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?,* in *DRI*, 1/XXII- 2012, p. 62; in senso conforme cfr. C. Pisani, *Una ricetta della Bce per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, cit., p. 69. Sul punto è parzialmente d'accordo M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro,* cit., pp. 374 e 375, secondo cui il rispetto del principio proporzionalistico attraverso il criterio maggioritario può avvenire solo nel settore industriale, in cui l'Accordo del 28 giugno 2011 ha istituito una procedura per verificare il rilascio delle deleghe ai sindacati; negli altri settori l'accordo aziendale avrebbe efficacia generale verso tutti i dipendenti solo in caso di deliberazione a maggioranza della rsu.

[129] Cfr. Trib. Torino, 23 gennaio 2012, con nota di V. Papa, *Verso l'autarchia contrattuale?L'efficacia erga omnes del contratto collettivo specifico (e separato) al tempo della prossimità,* in *RDL,* 2012, 3, pp. 712 ss. Nel caso di specie, relativo ad uno stabilimento della Pcma, azienda del gruppo Fiat, il Giudice del Lavoro torinese respinge radicalmente la possibilità che nella stessa compagine aziendale possano coesistere due distinti contratti, uno di categoria, e l'altro aziendale con previsioni contrastanti, ed ognuno applicabile ai soli iscritti al sindacato che l'ha stipulato: ai sensi dell'art. 8 l. 148/2011, il contratto collettivo di primo livello- ancorchè non sottoscritto dalla Filctem-Cgil- è valido per tutti i dipendenti Fiat dal 1^{0} gennaio 2012, e sostituisce il previgente Ccnl del settore gomma/plastica in virtù della qualità dei soggetti stipulanti, dotati per l'appunto di una *"rappresentanza sindacale maggioritaria*".

interpretato quale sinonimo dell'area di applicazione del contratto collettivo, liberamente stabilita dalle parti alla luce del più generale principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1^{0} Cost.[130]; se non si ritenesse cioè di attribuire alla categoria una valenza meramente descrittiva, si perverrebbe alla soluzione irragionevole che il dissenso del singolo lavoratore all'applicazione del contratto collettivo varrebbe solo in sede nazionale, e non aziendale.

In altri termini, il secondo indirizzo ermeneutico giustifica la contrarietà dell'art. 8 all'art. 39, 4^{0} co. Cost. sulla scorta di una "*lettura materiale*"[131] del concetto di categoria, avulsa dalla mera formulazione linguistica: infatti, se alla luce del principio fondamentale di libertà sindacale di cui al 1^{0} co. dell'art. 39 la categoria non è un *prius* rigidamente predeterminato, ma un *posterius*, cioè una conseguenza dell'attività sindacale, anche un contratto aziendale – e non soltanto uno territoriale o nazionale – è sussumibile nel *genus* contratto di categoria: risulterebbe quindi confermata anche per il livello aziendale l'efficacia *inter partes* delle pattuizioni collettive, sulla scorta della teoria privatistica di Santoro Passarelli nella perdurante inattuazione della seconda parte dell'art. 39[132].

In ultima analisi, la tesi finalistico-evolutiva ammette una generalizzazione dell'efficacia del contratto collettivo, sia esso nazionale, territoriale, o aziendale, ma solo ad opera del meccanismo di cui alla seconda parte dell'art. 39 Cost., pena la lesione del principio di libertà sindacale[133].

---

[130] Cfr. A. Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali,* cit., p. 8; in senso conforme cfr. V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale,* cit., p. 501, secondo cui "*il richiamo (al plurale "alle categorie alle quali il contratto si riferisce") non dovesse essere inteso come relativo al solo contratto di categoria (e men che meno a quello nazionale di categoria),* pervenendosi dunque ad una "*concezione dinamica e auto poietica della categoria, sul piano sia della scelta del gruppo da organizzare che delle unità negoziali*".

[131] Cfr. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore,* in *W.P.,*133/2011, pp. 50 ss.

[132] Cfr. G. Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale,* cit., p. 31.

[133] Cfr. F. Liso, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011,* cit., p. 464; Id., *L'Accordo Interconfederale del 2011 e la legge sulla "contrattazione collettiva di prossimità",* cit., pp. 333 ss.

6.2.Le finalità delle specifiche intese derogatorie.

Le intese aziendali (ed anche territoriali), cui l'articolo 8 vuole attribuire efficacia *erga omnes*, debbono essere "*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*".

Le finalità in oggetto, che ben si inseriscono nel solco del concetto di *flexicurity*[134], risultano *prima facie* ampie e variegate, alcune delle quali oscure, come ad esempio il sintagma "*qualità dei contratti di lavoro*", con un esito paradossale: si potrebbe ricorrere ad una deroga (*in pejus*) al contratto collettivo nazionale o persino alla legge per migliorare il rapporto individuale di lavoro.

Senza dubbio le finalità derogatorie sono più ampie rispetto a quelle contemplate nell'AI del 28 giugno del 2011; inoltre la genericità ed indeterminatezza della formulazione di legge paventano il rischio normalizzazione delle deroghe stesse, che ben potrebbero divenire la *Grundnorm* dell'impresa[135], lasciando alle parti sociali una discrezionalità assoluta nella loro determinazione, con pesanti ricadute sul patrimonio garantista accumulato dai lavoratori dal dopoguerra ad oggi.

Al riguardo i primi e pochi risultati applicativi della norma in oggetto, oltre che a rivelarne la cattiva formulazione linguistica, testimoniano la contraddittorietà delle finalità derogatorie, ed un loro possibile uso *à la carte*: si pensi, a titolo esemplificativo, all'accordo collettivo aziendale del 16 luglio 2012 tra Golden Lady Company S.p.a. e Cgil, Cisl e Uil, in cui le parti dichiarano ai sensi dell'art. 8 l. 148/2011 di posticipare di un anno la disciplina introdotta dalla legge "Fornero" in materia di apprendistato, giustificandola sulla scorta della duplice finalità di "*garantire una maggiore occupazione a livello nazionale evitando nel contempo una crisi occupazionale*": in realtà l'accordo viene stipulato non per implementare l'organico

[134] Sulla nozione di *flexicurity* cfr. *sub* nota 1.

[135] Cfr. V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato,*cit. , p. 147. In senso contrario M. Napoli, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in *DLRI,* n. 135, 2012, 3, p. 469, secondo cui le finalità della norma sono state di recente perseguite dalle parti sociali, e vanno coordinate sistematicamente con l'oggetto delle specifiche intese.

aziendale, ma solo per evitare una conversione dei rapporti di associazione in partecipazione in contratti di lavoro subordinato a tempo determinato per violazione dell'articolo 1, commi 28 e 30 della l. 92/2012[136].

Il caso appena analizzato dimostra come la verifica della conformità degli accordi aziendali ai presupposti di cui all'art. 8 sia eventualmente verificabile solo *ex post* dall'autorità giudiziaria: innanzi al Giudice del Lavoro si potrebbe sostenere la nullità dei contratti aziendali per contrasto con una norma imperativa quale l'art. 8 (i presupposti finalistici non sono derogabili), o per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost.; in altri termini nel caso di specie il giudice – ove adito - dovrebbe valutare la congruità/adeguatezza dei mezzi (la deroga alla legge) rispetto ai fini della contrattazione di prossimità (ad esempio, la maggiore occupazione).

Vi è stato anche chi ha ventilato il rischio che di fronte ad una simile situazione il giudice potrebbe "deresponsabilizzarsi"[137]: data l'estrema difficoltà nell'effettuare il controllo della congruità dei mezzi rispetto ai fini, l'interprete si limiterebbe a rimettersi alle scelte effettuate dalle parti contraenti, senza entrare in valutazioni dai contorni molto labili e che ben potrebbero sconfinare in giudizi ideologici andando ben al di là del principio del libero convincimento.

Un precedente in tal senso può essere rinvenuto nella giurisprudenza di legittimità in materia di licenziamenti collettivi, che – nonostante secondo la legge i recessi siano subordinati a specifici presupposti economico-organizzativi *ex* art. 24 l. n. 223/1991 – esclude ogni verifica sulle causali economiche del licenziamento, nella convinzione che la valutazione di congruità sia stata devoluta per legge alle

[136]Infatti, ai sensi dell'art. 1, co. 28 l. 92/2012 "*Qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti…In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato"*; inoltre ai sensi dell'art. 1, co. 30 "*I rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato"*. Nel caso in esame la Golden Lady Company S.p.a. si avvaleva per la gestione dei punti vendita di circa 1.200 lavoratori con un contratto di associazione in partecipazione con apporto di solo lavoro.

[137] Cfr. A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del Diritto del lavoro.*, cit, p. 35.

organizzazioni sindacali in sede di procedura di consultazione[138]; sempre in materia di riduzione di personale il giudice non contesta mai le pattuizioni con cui sindacati e datore di lavoro affermano che non vi siano alternative al licenziamento, e che non si può ricorrere né alla cassa integrazione né ai contratti flessibili.

Va da sé che una simile situazione di incertezza determinerebbe un incremento del contenzioso giudiziario, con il paradosso che una norma come l'art. 8, pensata per ridurre i costi delle imprese tramite una maggiore flessibilizzazione delle tutele di cui alla legge ed al Ccnl, finirebbe per aumentarli.

6.3.I limiti alle deroghe.

6.3.1I limiti in relazione al dettato costituzionale.

Venendo all'oggetto dei contratti aziendali stipulati *ex* art. 8, ciò che salta subito all'occhio è il loro ampio ambito di applicazione[139]: infatti, ai sensi del comma 2, il contratto di impresa può ben derogare:

a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;

b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;

c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;

d) alla disciplina dell'orario di lavoro;

e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza

[138] Cfr. –*ex plurimis*- Cass., 3 marzo 2009, n. 5089; Cass. 21 febbraio 2011, n. 4150. In dottrina cfr. M. Marinelli, *I licenziamenti per motivi economici,* Giappichelli, Torino, 2005, p. 150, secondo cui "*La scelta organizzativa del datore di lavoro può essere oggetto di un accertamento relativo alla sua esistenza, senza però il potere del giudice di sindacarne il contenuto*".

fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonche' fino ad un anno di eta' del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

La tecnica adoperata differisce da quella propria delle clausole di uscita, che invece tendono a specificare le materie escluse dalle deroghe: volendo circoscrivere il raggio di applicazione dell'art. 8 il sintagma "*organizzazione del lavoro e produzione*" implica che i rapporti sindacali siano esclusi dalla disciplina di un accordo aziendale in deroga.

In ogni caso, secondo parte della dottrina la lunghezza dell'enunciato costituirebbe "*una sorta di cambiale in bianco rilasciata alla contrattazione collettiva*"[140]; posizione che è stata prontamente smentita dalla Corte Costituzionale che- pur all'interno di un *obiter dictum*- ha invece ritenuto come le specifiche intese abbiano un ambito applicativo limitato sulla scorta di un'interpretazione letterale del dettato normativo[141].

Secondo il ragionamento della Corte l'enunciato oggetto di scrutinio di costituzionalità parla di "*specifiche intese*", che ancorchè riferibili alla "*regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione*", sono specificate "*con riferimento a"* quelle enumerate nel prosieguo del dettato normativo; di conseguenza l'art. 8 si ergerebbe a norma di carattere eccezionale, che ai sensi dell'art. 14 non si applica oltre i casi ed i tempi in essa considerati.

Al riguardo molti autori hanno fortemente sottolineato come una così ampia capacità derogatoria leda una pluralità di norme del dettato costituzionale: in primo luogo verrebbe inficiato il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che

---

[140] Cfr. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore,* cit., p. 35.

[141] Cfr. Corte Cost., 4 ottobre 2012, sent. n. 221, secondo cui "*come emerge dal dettato della norma de qua, le «specifiche intese» previste dal comma 1… non hanno un ambito illimitato, ma possono riguardare soltanto «la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione», con riferimento…".* Cfr. M. Covi, *La prima pronuncia della Corte Costituzionale sull'art. 8 l. n. 148/2011: la norma non invade la competenza regionale ma le "specifiche intese" non hanno un ambito illimitato,* in *RDL*, n. 4 Ottobre-Dicembre 2012, pp. 2 ss.; M. Ferraresi, *L'articolo 8, decreto legge n. 138/2011, supera il vaglio di costituzionalità* e*x articolo 117 della Costituzione in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *DRI,* n. 1 Gennaio-Marzo 2013, pp. 4 ss. In senso contrario cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1,* Einaudi, Torino, 2013, p. 48, che sottolinea come la Corte abbia salvato l'art. 8 dalle censure di incostituzionalità con una motivazione del tutto apodittica, limitandosi ad affermare che si tratterebbe di una limitata eccezione.

garantisce l'uniformità della disciplina dei rapporti interprivati su tutto il territorio della Repubblica, vista la genericità sia dell'ambito applicativo delle deroghe sia dei limiti alle stesse (il rispetto della Costituzione, dei vincoli comunitari e del diritto internazionale)[142].

Sulla scia della lesione del principio di eguaglianza, è stato sostenuto come l'approvazione dell'art. 8 porti ad una "*balcanizzazione*", "*feudalizzazione*", "*aziendalizzazione*" del sistema contrattual-collettivo italiano: il *leit-motiv* delle predette argomentazioni risiede nel capovolgimento delle fonti del diritto del lavoro, nel senso che l'accordo aziendale si sostituirebbe alla legge nella disciplina del rapporto di lavoro; conseguentemente si verrebbero a creare una varietà di microcosmi giuridici aziendali a discapito di fonti generali di disciplina del rapporto di lavoro, con una lesione dei principi di eguaglianza e certezza del diritto, nella piena consapevolezza che da un punto di vista socio-economico si è ben lontani dalla stagione della contrattazione decentrata di tipo acquisitivo degli anni '60 per essere pervenuti ad accordi *in pejus* (i c.d. *give-back agreement*)[143].

Il corollario della lesione del principio di eguaglianza, nell'ambito della tutela accordata dalla carta ai rapporti economici, sarebbe la violazione del'art. 35, che impone la tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni: ben si potrebbe attribuire efficacia *erga omnes* ad un accordo aziendale sulla scorta dell'art. 39, ma senza comunque violare il 35, sulla scorta di un'interpretazione sistematica[144].

---

[142]Cfr. A. Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali,* cit., p. 12; Id., *Profili evolutivi del diritto del lavoro italiano,* in *Jornadas hispano-italianas sobre reformas legislativas del derecho laboral en tiempo de crisis,* Low cost books, Valencia, 2013, p. 59. In senso conforme, ma con alcuni distinguo, U. Romagnoli, *L'articolo 8 è contro la Costituzione,* in *www.eguaglianzaeliberta.it*, che insiste sulla indisponibilità del contratto collettivo nazionale di categoria, "*strumento costituzionalizzato dall'art. 39 – quindi non disponibile dal legislatore ordinario – volto a garantire l'eguaglianza sostanziale, sancita dall'art. 3 della carta: non solo tra i lavoratori di una stessa categoria, ma anche – si badi – tra le imprese di uno stesso settore*". Di avviso contrario R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni*), cit., p. 46, secondo cui la contrattazione di secondo livello non solo è democraticamente radicata nella volontà di base dei lavoratori alla pari del Ccnl, ma è anche espressione dell'autonomia collettiva costituzionalmente garantita.

[143]Cfr. V. Bavaro, *L'aziendalizzazione del sistema contrattuale italiano,* cit., p. 7; in senso conforme cfr. L. Algostino, *L'era dei feudi aziendali. Commenti intorno all'accordo su democrazia e rappresentanza del 28 giugno 2011 e all'art. 8 della manovra finanziaria-bis,* in *www.dirittisocialiecittadinanza.org*, pp. 7 ss.; U. Romagnoli, *Stanno privatizzando il diritto del lavoro,* in *Il manifesto,* 31 gennaio 2012.

[144] Cfr. M. Napoli, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale,*cit., pp. 469 ss. In senso conforme, ma con toni più pacati, cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, cit., pp. 45-50, che vede nell'art. 8 una decostruzione dei principi di unitarietà e generalità del sistema nazionale di relazioni industriali, come deducibili dall'art. 39 Cost.

Inoltre, verrebbe violata la competenza legislativa esclusiva dello Stato sia nella disciplina dell'ordinamento civile, sia nella determinazione dei livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali che vanno garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117 Cost.; in tal senso depone *a fortiori* il comma 2, lettera m dell'art. 117, che autorizza il Governo all'esercizio di poteri sostituvi "*quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*"[145].

In termini più strettamente giuslavoristici é stato altresì sottolineato come l'art. 8 lederebbe non soltanto singole previsioni costituzionali, ma anche il principio della c.d. "*indisponibilità del tipo contrattuale*"[146], ricavato da dottrina e giurisprudenza in via interpretativa: affermare, ai sensi dell'art. 8, che "*le specifiche intese*" in sede periferica "*possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento (…) alle modalità di (…) disciplina del rapporto di lavoro"*, equivarrebbe a ritenere che la regolamentazione individuale del rapporto di lavoro, come configurata dalla legge o dal Ccnl, possa essere riscritta nella singola realtà imprenditoriale[147].

L'interrogativo è se in altri termini i privati, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possano liberamente disporre della disciplina del lavoro subordinato, e va risolto alla luce della giurisprudenza costituzionale: l'indisponibilità del tipo "*lavoro subordinato*" è stata ripetutamente affermata dal Giudice delle Leggi, secondo cui al legislatore è pretermesso "*autorizzare le parti ad escludere direttamente od indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato*"[148].

---

[145] Cfr. E. Ales, *Dal caso Fiat al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali,* cit., p. 14.

[146] Sul principio dell'indisponibilità del tipo, cfr. V. Bavaro, *Azienda, contratto, sindacato,*cit., pp. 171-173.

[147] Cfr. O. Mazzotta, *"Apocalittici" e "integrati" alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo,* in *LD*, 1/2012, pp. 22 ss.

[148] Cfr. Corte Cost., 115/1994, in *Foro It.,* 1993, I, p. 2434; in senso conforme Corte Cost., 121/1993, *ivi,* 1994, I, p. 2657: in ambedue i casi il problema riguardava la disponibilità del tipo ad opera di un legislatore secondo cui un contratto effettivamente sussumibile nell'alveo dell'art. 2094 c.c. andava qualificato come lavoro autonomo, in virtù sia del *nomen juris* adoperato dalle parti, sia della peculiare soggettività giuridica del datore di lavoro (un ente pubblico).

Il predetto filone interpretativo ritiene la disciplina del tipo contrattuale inderogabile in virtù di ragioni assiologiche che trovano il loro fondamento nel dettato costituzionale, e segnatamente la protezione del cittadino-lavoratore quale beneficiario del bilanciamento di interessi desumibile dalla costituzione economica[149].

Stando così le cose, ben si presterebbe l'art. 8 della l. 148/2011 ad una declaratoria di illegittimità costituzionale, in quanto suscettivo di creare una serie potenzialmente indefinita di contratti di lavoro, rispetto ai quali più o meno ampie porzioni del trattamento sarebbero sottratte agli effetti negoziali caratteristici della subordinazione.

Tuttavia vi è chi ha sottolineato l'apriorismo del predetto ragionamento: se in relazione all'art. 8 la dottrina dell'indisponibilità del tipo venisse portata alle estreme conseguenze, sarebbe negata *in nuce* la modificabilità delle tutele del lavoro subordinato, arrivandosi a dichiarare incostituzionale tutta la contrattazione collettiva in deroga contemplata dalla legge da un trentennio a questa parte; per di più le due sentenze della Consulta cui si fa riferimento, avevano ad oggetto due leggi che sottraevano *in toto* i contratti stipulati dalle parti al regime della subordinazione[150].

Al riguardo, secondo un'ipotesi interpretativa ispirata al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., le parti sociali e se del caso il giudice dovrebbero volta per volta effettuare un bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti all'insegna del contemperamento tra le ragioni della tutela del lavoro subordinato con quelle dello svolgimento di un ordinato processo produttivo e dell'efficienza economica del mercato del lavoro, entrambe positivizzate dal dettato costituzionale; in ogni caso nel predetto ragionamento sarà sempre irrinunciabile una dimensione assiologica, in modo tale che la ragione della norma

[149] Cfr. M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro,* in *Opere,* vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 189; E. Ghera, *prospettive del contratto individuale di lavoro,* in *Scritti in onore di Gino Giugni,* tomo I, Cacucci, Bari, p. 477.

[150] Cfr. V. Bavaro, *Contratto, azienda, sindacato,* cit., pp. 171 ss.

derogante sia compatibile con la *ratio* della norma derogata, e sempre che non venga violato il suo contenuto essenziale[151].

In termini più generali, volendo risalire alle origini del predetto orientamento, si deve fare riferimento alla categoria storico-dogmatica della "*norma inderogabile*", elaborata dalla dottrina a cavallo tra gli anni '60 ed '70: la sottostante esigenza di politica del diritto va ricercata – a seguito del passaggio dallo Stato liberale a quello sociale o di democrazia pluralista- nella tutela del lavoratore quale contraente debole attraverso l'intervento eteronomo legislativo, sottraendo dunque gli interessi del prestatore subordinato al libero gioco dell'autonomia privata; sulla scia di questa premessa la dottrina perveniva ad identificare come tendenzialmente inderogabili tutte le disposizioni di legge sul lavoro subordinato, anche quelle sprovviste degli elementi formali o estrinseci che deponessero nel senso dell'imperatività[152].

Tuttavia il predetto orientamento storico-dogmatico, che suffraga le possibili censure di illegittimità costuzionale dell'art. 8, è soltanto una delle possibili interpretazioni del principio di eguaglianza sostanziale in relazione ai rapporti di lavoro, e non una soluzione ermeneutica necessaria, per di più in un contesto socio-economico di riferimento in cui determinati contenuti non vengono più percepiti dagli attori della costituzione materiale come meritevoli di tutela attraverso la tecnica dell'inderogabilità.

E proprio il cambiamento della temperie culturale ha portato la dottrina all'elaborazione della "*derogabilità assistita"*, poi fatta propria dal legislatore, secondo cui il contratto collettivo può prevedere non soltanto trattamenti di

[151] Cfr. R. Pessi, *Ancora sull'art. 8 della manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, cit., p. 64. In termini più generali, sul giudizio di ragionevolezza e sul bilanciamento tra diritti di rango costituzionale, cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2012, pp. 498-501, e 522 ss., che osservano come spesso "*il giudizio di bilanciamento è un'arte, qualcosa che si basa su criteri di ragionevolezza e di buon senso più che sulla rigorosa interpretazione della Costituzione"*, quasi a voler sottolineare la dimensione assiologia del ragionamento dell'interprete, e come le soluzioni non siano predefinite.

[152] Sul punto cfr. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro,* Jovene, Napoli, 1976, pp. 35 ss. In senso conforme C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro,* in *Giornate di studio Aidlass*, Modena, 18-19 aprile 2008 (atti del convegno), p. 7. Entrambi gli autori sottolineano come l'inderogabilità della legge, ancor prima dell'entrata in vigore del dettato costituzionale, fosse presente già in misura minore nell'ordinamento, ancorchè dettata da distinti presupposti ideologici rispetto a quello egualitario della carta del '48: infatti l'art. 17 della legge sull'impiego privato del 1924 prevedeva che le disposizioni ivi contenute dovevano essere osservate "*malgrado ogni patto contrario"*.

favore rispetto a quelli di legge, ma anche *in pejus* , purchè all'insegna di un'espressa delega legislativa e in presenza di una specifica esigenza, che renda la deroga stessa ragionevole: più specificamente, nell'attuare la deroga l'autonomia collettiva dovrà pur sempre rispettare i limiti- sia impliciti che espliciti –ricavabili dalla norma oggetto di rinvio, in funzione della tutela di un interesse differente rispetto a quello del lavoratore protetto dalla norma inderogabile[153].

In ogni caso, da un punto di vista strettamente attinente alla dinamica delle relazioni industriali, un così ampio potere derogatorio del contratto aziendale rischia di compromettere seriamente la funzione del contratto collettivo di categoria, tanto che è stato paventato il rischio di degrado nell'attività dei sindacati, che sempre più ben potrebbero firmare accordi al ribasso, o che le rappresentanze locali cedano alle pressioni della controparte datoriale, sino alla possibilità della nascita di una pluralità di sigle sindacali locali[154].

6.3.2. I limiti in relazione alla normativa comunitaria ed internazionale.

Le specifiche intese siglate a norma dell'art. 8 dovranno come detto in precedenza rispettare anche i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro ai sensi del comma 2-bis.

Vari sono i paletti che potrebbero derivare dall'ordinamento sovranazionale del lavoro, riducendo conseguentemente la portata applicativa delle deroghe.

Per ciò che attiene l'ordinamento comunitario, gli accordi *in pejus* dovranno tenere in conto le disposizioni della Cedu[155], le direttive in materia di lavoro a termine, *part-time* ed orario di lavoro (che poi saranno più analiticamente esaminati), ed in una qualche misura le previsioni sui licenziamenti[156].

---

[153] Cfr. C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro,* cit., pp. 25 ss.; Id., *Trasformazioni e conversione dei contratti di lavoro e conseguenza del recesso dal rapporto di lavoro,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, Milano, 2012, p. 406, dove – proprio in relazione alla specifica materia delle deroghe alle conseguenze del recesso – afferma che si è in presenza di una flessibilizzazione della norma inderogabile.

[154] Cfr. F. Liso, *L'accordo interconfederale del 2011 e la legge sulla "contrattazione collettiva di prossimità"*, cit., p. 324; L. Gallino, *Articolo 8 del decreto 138/2011 sulla manovra finanziaria: da cancellare,* in *La Repubblica,* 15 settembre 2011.

[155] Ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona l'Unione aderisce alla Cedu, che nell'*acquis* acquista piena forza vincolante, al pari della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo.

[156] Cfr. M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro…,* cit., p. 379; A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 e la "Rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro,* cit., p. 48. Ma vedi più ampiamente *infra.*

Ad esempio, la direttiva 99/70 CE sul lavoro a tempo determinato prevede che gli Stati membri potranno liberalizzare l'apposizione del termine solo in relazione al primo contratto, e che dovranno adottare delle accortezze in ordine alla reiterazione dei contratti; inoltre, tanto per il lavoro a termine, quanto per quello a tempo parziale andrà rispettato il principio della parità di trattamento.

Per quanto attiene eventuali deroghe alle conseguenze di un licenziamento illegittimo, il giudice ben potrebbe ritenere lesivo dell'art. 30 della Carta di Nizza un indennizzo esiguo, sostitutivo della tutela reale, o che comunque modifica *in pejus* il regime legale della tutela obbligatoria; tutela che dovrebbe altresì derivare dall'art. 24 della Carta Sociale Europea nella nuova versione del 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 30/1999.

Ma vi è di più, cioè un interrogativo generale sull'art. 8 che travalica l'ambito materiale delle singole intese decentrate, e cioè la possibilità che un contratto collettivo aziendale possa in generale attuare e derogare alle norme europee, eventualità da escludersi alla radice.

Infatti, nel caso *Teresa Fernandez de Bocadilla*[157] la Corte di Giustizia, interrogata sulle modalità di accesso ad una professione, affermava che anche i contratti subnazionali potevano prevederne le condizioni, purchè le relative disposizioni fossero "*comuni ad altri contratti collettivi conclusi individualmente da altri enti pubblici dello stesso tipo e, inoltre, se le disposizioni di questi contratti derivavano da una politica amministrativa unica definita sul piano nazionale*"; la predetta possibilità veniva invece esclusa per gli accordi aziendali, poiché "*le disposizioni di un contratto collettivo che disciplina solo i rapporti tra datore di lavoro e lavoratori nell'ambito di un solo ente pubblico non hanno nella maggior parte dei casi un campo di applicazione sufficientemente generale*".

Al riguardo la Corte di Giustizia segue un consolidato indirizzo intepretativo, che affonda le sue radici nella sentenza Albany[158], avente ad oggetto la compatibilità tra il diritto dell'Unione in materia di concorrenza ed una norma di legge olandese

[157] Cfr. C. Giust. 8 luglio 1999, C-234-97, *Teresa Fernandez de Bocadilla*. Il ragionamento della Corte è corroborato *a fortiori* da C. Giust., 10 luglio 1986, C-235/84, *Commissione c. Italia:* la Corte, interrogata dal giudice nazionale sulla legittimità della trasposizione della direttiva 77/187 sul trasferimento di azienda, affermava che i contratti collettivi nazionali attuativi del diritto UE per quanto diffusi e significativi riguardavano solo settori economici determinati.

[158] Cfr. C. Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV/ Stiching Bedriijspensioenfonds Textielindustrie.*

relativa all'iscrizione obbligatoria dei lavoratori ad un fondo pensione di categoria, su domanda dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore.

La Corte giudicò pienamente conforme al diritto comunitario la norma nazionale oggetto di censura alla luce degli allora artt. 81 e ss. del Trattato[159] e dichiarò la legittimità della "*decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria, su domanda delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro di un determinato settore, l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria*": la legittimità del fondo pensione veniva giustificata sulla base del peculiare carattere rappresentativo degli agenti sociali coinvolti nel processo di contrattazione, che operavano a livello nazionale; in estrema sintesi, una deroga al regime della concorrenza tramite fonte collettiva nel diritto comunitario è sì legittima, ma subordinata all'attuazione di interessi sovra-aziendali[160].

***

Gli eventuali limiti posti agli accordi *ex* art. 8 dal diritto internazionale del lavoro sono posti dalle Convenzioni elaborate dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro[161]; al riguardo, sulla scorta del mero dettato normativo che menziona senza distinguo i vincoli derivanti "*dalle convenzioni internazionali sul lavoro*", emergerebbe un obbligo della contrattazione aziendale a rispettare tutte le convenzioni Oil, siano esse state ratificate o meno dall'Italia, facendo leva su un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 *ex* art. 35 Cost.

Il diritto internazionale del lavoro potrebbe essere un utile ausilio per l'interprete nel circoscrivere la portata degli accordi in deroga: nell'esperienza comparata basti pensare alla decisione della *Cour d'Appel de Paris* come confermata dalla *Cour de Cassation*, che ha dichiarato la nullità del *contrat nouvelle embauche* (sorta di contratto

[159] Gli artt. 81 e ss. del Trattato si riferivano alle ipotesi legittime di limitazione della concorrenza.

[160] Cfr. A. Garilli, *Profili evolutivi del diritto del lavoro italiano,* cit., pp. 59 e 60.

[161] Sull'Oil cfr. G. Bronzini, *International Labour Organization,* in G. Finizio, L. Levi, N. Vallinoto (edited by) *First International Democracy Report 2011,* Center for studies on federalism, pp. 1-30.

unico di assunzione) per contrarietà alla Convenzione Oil 159/1982 sui licenziamenti[162].

Anzi, sono le stesse Convenzioni dell'Oil che vengono violate dall'art. 8 sotto vari aspetti: la Convenzione 158 in materia di licenziamenti individuali non può essere derogata dalla contrattazione collettiva (art. 1 Conv.); la contraddizione del legislatore italiano è evidente, poiché quest'ultimo affida alla contrattazione aziendale la facoltà di derogare la normativa sui licenziamenti, tra cui rientra anche quella sovranazionale.

Ad essere violata è anche la Convenzione 113 del 1960 in materia di dialogo sociale, poiché i pubblici poteri debbono sollecitare "*les vues, les conseils et les concours"* delle parti sociali in materie come la "preparazione e la messa in opera della legislazione riguardante i loro interessi"; la Convenzione non è stata rispettata poiché il legislatore è ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza per approvare l'art. 8, senza coinvolgere le parti sociali, che avevano invece intrapreso il percorso dell'Accordo del 28 giugno 2011 per disciplinare autonomamente il contratto aziendale[163].

Ma, come è stato sottolineato[164], l'art. 8 contrasta potenzialmente con l'intero diritto internazionale del lavoro: se infatti l'art. 19 della Costituzione dell'Oil impegna ogni Stato membro ad adottare le misure di diritto interno che ne recepiscano le relative convenzioni con il limite dell'inderogabilità *in pejus*[165],

---

[162] Cfr. *Cass. Soc.*, n. 1210 du 1er juillet 2008 in www.courdecassation.fr/ jurisprudence, che conferma la decisione della *Cour d'Appel de Paris* del 7 luglio 2007 con cui il *contrat "Nouvelle Embauche"* viene giudicato contrario alle disposizioni della Convenzione Oil n. 158 in materia di licenziamenti: infatti secondo la nuova legge il datore di lavoro aveva la facoltà di licenziare il prestatore di lavoro con lettera raccomandata senza gli obblighi di addurre la motivazione del recesso, e di colloquio col prestatore di lavoro; inoltre, solo in caso di colpa grave del datore di lavoro il dipendente aveva diritto alla corresponsione di un'indennità risarcitoria pari all'8% della retribuzione globale percepita a far data dalla stipulazione del contratto. Secondo i giudici di legittimità la legge era contraria agli artt. 2.2b, 2.5, 4, 7 e 9 della Convenzione del 1958, che stabiliscono che il lavoratore deve essere licenziato sulla base di un "*motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite, ou fondé sur le nécessités du fonctionnement de l'entreprise*"; che a seguito del recesso datoriale il lavoratore deve avere il diritto di difendersi sulle contestazioni formulategli, ed in tal caso deve limitarsi a provare la non giustificatezza del recesso.

[163] Sulla presunta violazione dell'obbligo concertativo non è d'accordo G. Zilio Grandi, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 454, pur senza argomentare.

[164] Cfr. A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 e la "Rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro,* cit., p. 44.

[165] La Costituzione dell'Oil sancisce l'inderogabilità delle disposizioni contenute nelle proprie convenzioni se non *in melius*, ad eccezione delle deroghe peggiorative espressamente previste (ad es., si pensi al protocollo del 1990 alla convenzione n. 89 sul lavoro notturno femminile permette deroghe da parte della contrattazione collettiva).

l'Italia nel caso di specie violerebbe buona parte della normazione dell'Oil, vista la generale portata derogatoria dell'art. 8 rispetto a materie che sono disciplinate non solo dalla legge, ma anche dalle Convenzioni.

6.4.Le singole intese: per una lettura costituzionalmente orientata.

6.4.1Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro.

In relazione alle "*modalità di assunzione*", in tale espressione non andrebbero ricondotte tutte le regole che presiedono alla conclusione del contratto di lavoro di cui al c.c.: trattasi infatti di una disciplina concernente i requisiti essenziali per il perfezionamento dell'atto contrattuale di cui all'art. 1325 c.c. (requisiti soggettivi, accordo tra le parti, oggetto, causa…), giammai derogabile dalle parti ai fini della valida instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato.

Parimenti inderogabili sarebbero: gli obblighi informativi da fornire al prestatore di lavoro ai sensi del d. lgs. 152/1997, che trovano la loro matrice nel diritto comunitario (dir. 1991/533 CE); gli obblighi di comunicazione alle competenti autorità in ordine all'assunzione, in quanto espressione del controllo statale sui flussi di occupazione; la disciplina del patto di prova, che non si potrebbe nemmeno genericamente sussumere nell'espressione *"disciplina del rapporto"*.

In un'ottica costituzionalmente orientata, a presidio dei principi di legalità e di certezza del diritto, per "*modalità di assunzione"* non si dovrebbero intendere le regole sul collocamento della manodopera, in quanto è stato predisposto un corposo sistema di collocamento sia pubblico (d. lgs. 297/2002) sia privato (d. lgs. 276/2003), cui si accompagna la legislazione regionale in materia di mercato del lavoro; al riguardo non va dimenticato come la disciplina del collocamento debba rispettare i vincoli di cui all'art. 117, co. 3 Cost., che nell'assegnare alle Regioni una *potestas* concorrente in materia di mercato del lavoro, non esclude l'intervento unificante della legislazione statale per garantire il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) e il rispetto del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) .

Nella piena consapevolezza di un'ambiguità di fondo del testo di legge è stato ipotizzato come[166] il contratto collettivo aziendale possa prevedere peculiari procedure per l'assunzione dei lavoratori (come ad esempio eventuali prove selettive, allentamento dei diritti di precedenza previsti dalla legge…) secondo le specificità di un determinato contesto produttivo.

Per quanto attiene le "*modalità di disciplina del rapporto di lavoro",* l'elencazione tassativa delle materie di cui all'art. 8, co. 2, esclude che un contratto aziendale possa avvalersi della deroga di cui al comma 2-*bis* per contratti diversi da quelli di cui alla lett. c) del comma 2 (contratti a termine, a orario ridotto, flessibile), rispetto ai quali rimangono in vigore le disposizioni legislative e contrattuali.

Se così non fosse verrebbe conferito un generale potere derogatorio all'autonomia collettiva aziendale: una soluzione ispirata dunque al principio di ragionevolezza dovrebbe limitare la portata delle deroghe in materia di "*modalità di disciplina del rapporto di lavoro*" al solo lavoro autonomo: in tal senso deporrebbe la circostanza che per l'area della subordinazione le materie oggetto di deroga sono individuate specificamente (con sovrapposizione ridondante agli istituti in esame), e che all'art. 8, co. 2, lett. viene previsto che la deroga su modalità di assunzione e disciplina del rapporto comprende anche le collaborazioni autonome a progetto e le partite iva[167].

6.4.2.La disciplina delle mansioni, della classificazione e dell'inquadramento del personale.

Le possibili deroghe alla disciplina del sostrato mansionistico di cui all'art. 2103 c.c. si presentavano già ampie prima dell'entrata in vigore dell'art. 8 innanzi tutto

[166] Cfr. P. Lambertucci, *Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, Milano, 2012, pp. 365 ss., il quale osserva come il diritto vigente già in alcuni casi permette al contratto collettivo aziendale di rimuovere i vincoli di precedenza nell'assunzione (cfr. art. 5, co. 4-*quater*, d. lgs. 368/2001, come modificato dalla l. 247/2007 per i lavoratori assunti a tempo determinato).

[167] Cfr. M. Marrazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 54; A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro,* cit., p. 41; L. Menghini, *Contratti a termine,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, Milano, 2012, pp. 444 ss.: Menghini in quello scritto, pochi mesi prima della entrata in vigore della legge "Fornero", riteneva pienamente conforme al diritto comunitario che un accordo aziendale *ex* art. 8 autorizzasse le parti a ricorrere a un *"unico e isolato contratto*" (p. 444) entro determinate percentuali, anche in assenza di un occasione di lavoro limitata nel tempo, e per un periodo non eccessivamente lungo.

per previsione di legge, ma pur sempre all'insegna della protezione del diritto costituzionale alla salute, o per preservare il diritto al lavoro di fronte a rischi di licenziamenti, come nell'ipotesi di cui all'art. 4, co. 11 della l. 223/1991[168]; anche la giurisprudenza aveva aperto ad ipotesi derogatorie *in pejus*, sia per ciò che concerne le pattuizioni individuali in materia di dequalificazione sia per quel che attiene gli accordi collettivi sulla nozione di equivalenza professionale[169].

Ciò posto, è stato ritenuto come la norma di cui all'art. 8 ben consenta di derogare alla previsione di cui all'art. 2103, co. 2, c.c., nel senso di considerare legittimi (e non nulli) gli accordi aziendali con pattuizioni contrarie al co. 1 sul fronte della mobilità orizzante, *in pejus*, e verticale[170]: in relazione alla mobilità orizzontale un contratto di impresa ben potrebbe intervenire sugli effetti dell'equivalenza, escludendo alcune voci dal criterio dell'irriducibilità della remunerazione (non solo quelle collegate al rischio specifico); riguardo la mobilità *in pejus* le nuove intese potranno contemplare nuovi casi di giustificato motivo oggettivo di dequalificazione, o fissare una penale sostitutiva delle varie poste di danno risarcibile in caso di demansionamento.

Da ultimo, sul versante della mobilità orizzontale, i contratti aziendali potrebbero escludere del tutto che lo svolgimento prolungato di mansioni superiori determini l'acquisizione della relativa qualifica, o aumentare il lasso temporale per l'ottenimento della promozione.

---

[168] In relazione agli interventi garantisti si pensi alla possibilità, contemplata dallo stesso legislatore, di assegnare il prestatore di lavoro a mansioni inferiori (ossia non equivalenti) per proteggere beni di rango costituzionale dello stesso lavoratore ritenuti prevalenti ai sensi dell'art. 32 Cost.: per le lavoratrici madri in virtù dell'art. 3 l. 1204/1971; per i lavoratori invalidi per infortunio o malattia *ex* art. 4, co. 4 l. 68/1999 durante il rapporto di lavoro o in caso di inidoneità alla mansione specifica; per i lavoratori esposti ad un agente chimico, fisico o biologico in ragione dell'art. 229, co. 5 del d.l gls. 81/2008.

[169] In relazione alla legittimità delle deroghe al capoverso dell'art. 2103 in una prospettiva individuale, da ultimo cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 25 novembre 2010, n. 23926, in cui si afferma che il c.d. patto di dequalificazione "*quale unico mezzo per conservare il posto di lavoro, costituisce non già una deroga all'art. 2103 c.c.…bensì un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, sorretto dal consenso e dall'interesse del lavoratore, pertanto l'invalidità del patto presuppone l'impossibilità sopravvenuta di assegnare a mansioni equivalenti alle ultime esercitate e la manifestazione – sia pure in forma tacita – della disponibilità del lavoratore ad accettarle"*. In relazione agli accordi collettivi, cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033, con cui si consente alla contrattazione collettiva di derogare al co. 1 dell'art. 2103 c.c., in quanto ritiene "*fungibili"* e dunque equivalenti, anche mansioni con contenuto diverso, o peso professionale giudicato equivalente.

[170] Cfr. M. Brollo, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, Milano, 2012, pp. 389-391.

Un recente accordo in materia di mansioni siglato in virtù dell'art. 8, sebbene la previsione di legge non sia espressamente menzionata[171], è quello stipulato il 23 novembre 2011 tra la Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. e le Rsu Fim-Cisl, Fiom-Cgil, e Uilm-Uil per lo stabilimento di Marcianise[172]: in esso le parti disciplinano la materia dell'equivalenza tra le mansioni della categoria impiegatizia nello stabilimento, ad integrazione di quanto previsto dal contratto aziendale applicabile a Marcianise.

Più specificamente, vengono istituiti nuovi profili professionali, le cui mansioni "*sono equivalenti con le mansioni attualmente svolte dal personale inquadrato nelle stesse categorie"* (clausola 4), ai fini di operare "*riposizionamenti di personale"* da reparto a reparto, sulla scorta di specifiche esigenze tecnico-produttive e delle competenze del personale coinvolto.

L'uso in tal caso dell'art. 8 si inscrive in una prospettiva di legittimità, giacchè si limita ad esplicitare mansioni equivalenti, con la peculiarità che la predetta equivalenza non è finalizzata ad eventuali esclusioni di voci retributive, ma alla mobilità infraziendale da reparto a reparto.

In materia di classificazione ed inquadramento del personale, si è di recente registrato un accordo che di certo non ha la facoltà di derogare a quanto previsto dal dettato normativo, ma solo al contratto collettivo nazionale, possibilità del resto già pacificamente ammessa dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della norma[173]: infatti, nell'accordo stipulato tra la Trelleborg Wheel Systems Italia S.p.a. e le rsu in relazione allo stabilimento di Tivoli, le parti "*visti e considerati…l'attuale normativa vigente in materia di contrattazione collettiva aziendale"* creano in seno alla compagine aziendale due nuovi profili professionali, chiamati "*Coordinatore di Produzione"* e "*Coordinatore di Manutenzione*" nell'ambito della categoria operaia[174].

---

[171] E' ipotizzabile che l'accordo sia stato sottoscritto ai sensi dell'art. 8 in relazione a tre presupposti: i soggetti stipulanti (le rsu di sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale); i presupposti finalistici (investimenti ed incremento di capacità produttiva); l'oggetto (la disciplina delle mansioni).

[172] Il testo integrale dell'accordo è reperibile in *www.dirittisocialitrentino.it* .

[173] Cfr. L. Monterossi, *Le prime ipotesi applicative…,* cit., p. 219.

[174] Il testo integrale dell'accordo è reperibile in *www.dirittisocialitrentino.it* .

6.4.3.Il ricorso al lavoro a termine

La disciplina del lavoro a termine si caratterizza già per un ampio potere di intervento delle parti sociali sulla scorta delle deleghe legislative succedutesi negli ultimi anni, come le modifiche di cui alle leggi 92/2012 e 133/2008, che nel novellare il d. lgs. 368/2001 hanno autorizzato i contratti collettivi aziendali, stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, a disciplinare diversamente dalla legge: la successione dei contratti a termine (art. 4, co. 4-*bis*), potendo ben derogare alla sanzione della conversione in un rapporto subordinato a tempo indeterminato, quando il rapporto di lavoro a termine abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivo di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro; ed il diritto del lavoratore a termine alla precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore, per le stesse mansioni e nei successivi dodici mesi alla scadenza del contratto (art. 4, co. 4-*quater*).

Va inoltre ricordato come il d. lgs. 368/2001 già nella sua originaria formulazione prevedeva ampi spazi a beneficio dell'autonomia collettiva aziendale in tema di divieti di ricorso al lavoro a termine rispetto a precedenti licenziamenti collettivi.

Ciò posto, ben potrebbe l'art. 8 sostituire la sanzione, di matrice giurisprudenziale, della conversione del contratto a termine con un risarcimento in caso di reiterate assunzioni; risarcimento che non dovrebbe essere di modesta entità, poiché diversamente si potrebbe configurare una lesione indiretta sia della clausola 5 della direttiva 99/70 Ce, nei limiti in cui proibisce gli abusi derivanti dalla successione di contratti a tempo determinato, sia più in generale della clausola di non regresso e del principio di non discriminazione[175].

Inoltre, sarebbe difficile eliminare del tutto un qualche limite temporale alla proroga del contratto a termine di cui all'art. 4 d. lgs. 368/2001, giacché diversamente verrebbe violato il principio, contemplato dalla clausola 5, secondo

[175] Cfr. A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del diritto del lavoro,*cit., p. 41; M. Marrazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 54.

cui va sempre stabilita "*la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*".

In ultima analisi ben potranno i contratti aziendali derogare parte della disciplina del lavoro a termine, nel rispetto pur sempre dei limiti derivanti dal diritto comunitario, che impongono l'adozione di strumenti necessari a scongiurare l'abuso del contratto a tempo determinato.

A livello meramente esemplificativo, le osservazioni anzidette sembrano essere state disattese dall'accordo aziendale stipulato tra la Telecom Italia Media S.p.a. e le organizzazioni sindacali Slc-Cgil, Fistel-Cisl e Uilcom-Uil nazionali e territoriali congiuntamente alle RSU il 21 dicembre 2011[176]: il contratto, anche se non menziona esplicitamente l'art. 8, nell'intenzione delle parti è stato sottoscritto in virtù della nuova norma, posto che deroga alla disciplina del contratto a termine, ed in relazione ad istituti non modificabili *in pejus* sulla base del mero riferimento al d. lgs. 368/2001[177].

Innanzi tutto le parti, dimentiche che ai sensi dell'art. 1 d. lgs. 368/2001 e del diritto comunitario[178] "*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"*, al punto c) "*ribadiscono la tipicità del lavoro temporaneo in Azienda, che consente ordinariamente di sostenere flessibilmente la produttività aziendale*".

Ciò posto, alla clausola 2 sindacati ed azienda convengono di avviare in futuro dei processi di assunzione/stabilizzazione di lavoratori a tempo indeterminato tra coloro che, "*in possesso delle competenze richieste dalle esigenze tecniche, organizzative, produttive, abbiano, in esecuzione dei precedenti contratti a termine/di somministrazione, nello*

[176] Il testo integrale dell'accordo è reperibile in *www.dirittisocialitrentino.it* .

[177] Un implicito riferimento all'art. 8 si può scorgere nella premessa, in cui le parti dichiarano che: "*Tutto ciò premesso, anche alla luce di quanto previsto nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, emendato in data 21 settembre 2001"*, potendosi scorgere nell' <*anche*> il riferimento ad altre fonti; e che l'accordo aziendale si inscrive nell' "*ambito delle costanti azioni di miglioramento dell'efficienza organizzativa e delle rilevanti iniziative intraprese da Telecom Italia Media S.p.a. a sostegno della competitività",* laddove gli incrementi di competitività rientrano tra le causali giustificative di accordi in deroga ai sensi dell'art. 8, co. 1 l. 148/2011.
Da ultimo, sempre in premessa le parti si premurano di affermare come "*I componenti delle RSU firmatari del presente accordo rappresentano la maggioranza assoluta di tale rappresentanza aziendale"*, richiamandosi implicitamente al co. 1 art. 8 l. 148/2011, secondo cui gli accordi aziendali in deroga vanno sottoscritti "*da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti…".*

[178] Cfr. C. Giust., 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener e altri v. ELOG,* punto 73 della motivazione, uno dei primi casi sulla direttiva 99/70, in cui la Corte afferma che "*la finalità dell'accordo quadro…consiste nel proteggere i lavoratori dalla stabilità dell'impiego"* in modo tale che non è possibile, in sede di attuazione dello stesso, "*svuotare di contenuto il principio secondo cui i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro".*

svolgimento delle mansioni oggetto dei succitati processi d'inserimento definitivo, maturato una durata del rapporto di lavoro:

2.1)complessivamente maggiore, alla data di assunzione/stabilizzazione, di 36 mesi in esecuzione di contratti a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro;

ovvero

2.2)complessivamente, alla data di assunzione/stabilizzazione, di 45 mesi, con contratti di sommnistrazione o cumulativamente con contratti a termine e di somministrazione, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un ocntratto e l'altro".

Sulla base delle clausole anzidette le parti derogano, conformemente all'art. 8, co. 2 lett.c, all'art. 4 d. lgs. 368/2001, secondo cui la durata complessiva del rapporto a tempo determinato non può essere superiore ai tre anni comprensiva di proroghe: infatti il presupposto materiale delle stabilizzazioni sono contratti a tempo determinato o di somministrazione e a tempo determinato che rispettivamente superino i trentasei ed i quarantacinque mesi, senza che peraltro sia specificata la durata massima dei rapporti.

Va da sé che la presente pattuizione violi chiaramente la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato del 28 giugno 1999, secondo cui per prevenire gli abusi derivanti dalla successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri dovranno introdurre misure volte a stabilire "*la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi"* ed "*il numero dei suddetti contratti o rapporti"*.

6.4.4.Il regime di solidarietà negli appalti.

L'art. 8 prevede come gli specifici accordi aziendali possano altresì derogare al regime di solidarietà negli appalti di cui all'art. 29 del d. lgs. 276/2003, che prevede una responsabilità solidale tra committente appaltante, appaltatore ed eventuali subappaltatori entro i limiti due anni dalla cessazione dell'appalto in

materia retributiva (ivi compreso il tfr), previdenziale ed assicurativa in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto medesimo.

Va aggiunto che l'art. 29 già permette ai contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative di disciplinare diversamente la solidarietà in materia di appalto d'opere e servizi.

Al riguardo, una prima applicazione del potere derogatorio del contratto aziendale si è registrata con l'accordo del 27 settembre 2011 per lo stabilimento di Paderno Dugnano tra l'Ilva S.p.a. e le rsu (la Fiom-Cgil ha in progreso di tempo ritirato la propria firma): in esso i soggetti stipulanti convengono che ai fini di "*difendere l'occupazione del sito produttivo…"* ed *"in applicazione dell'art. 8 legge 148/2011"* lo stabilimento Ilva S.p.a. di Paderno Dugnano non sarà soggetto "*per gli appalti ad oggi in atto e per i futuri che dovessero essere assegnati, al vincolo di solidarietà previsto dal decreto legge 223/2006 convertito dalla legge 248/06 e successive modificazioni"*[179].

Al riguardo, l'accordo ben potrebbe essere affetto da declaratoria giudiziale di nullità in primo luogo poiché l'unico regime di solidarietà negli appalti derogabile è quello di cui all'art. 29, co. 2 d. lgs. 276/2003, e non quello di cui alle prevision normative succitate: infatti queste ultime attengono al regime di responsabilità solidale in materia di appalto, ed hanno per oggetto il versamento all'erario delle ritenute fiscali dei redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore al fisco per le prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto, opponendosi le parti contrattuali dell'appalto e del subappalto a soggetti terzi come Agenzia delle entrate, Inps ed Inail[180]; tuttavia, va osservato come le intese di cui all'art. 8 possono ben derogare alla legge, ma in quanto pur sempre contratti non possono produrre effetti rispetto a terzi[181].

Altro motivo di nullità dell'acordo sarebbe costituito dall'indeterminatezza delle locuzioni utilizzate nelle premesse, premesso che in un'ottica ragionevole le

[179] Il testo integrale dell'accordo è reperibile in *www.dirittisocialitrentino.it* .

[180] Cfr. art. 35 d. l. 223/2006, convertito con modifiche in l. 4 agosto 2006, n. 248.

[181] C. Massimo Bianca, *Il contratto,* Giuffré, Milano, 2006, pp. 565 ss. in relazione al principio della relatività del contratto deducibile dall'art. 1372 c.c.

deroghe dovrebbero operare per un periodo breve e determinato per raggiungere l'obiettivo che le parti sociali si sono prefissate[182].

6.4.5. *Part-time*, lavoro a chiamata e lavoro ripartito

La disciplina del lavoro a orario ridotto o *part-time* è anche potenzialmente suscettiva di deroghe ai sensi dell'art. 8, pur nel rispetto di vari limiti, sia sovranazionali sia di matrice comunitaria: in alcun modo potrebbero essere valicati i principi della volontarietà nel ricorso al *part-time*, come affermato dalla Convenzione Oil n. 175/1994 (artt. 9 e 10)[183] e dalla Direttiva 1997/81/CE (clausola 5) in omaggio ad una diversa declinazione della flessibilità; e quello di non discriminazione se non per ragioni obiettive di cui alla direttiva medesima.

In relazione al primo principio sarebbero eventualmente ipotizzabili accordi aziendali relativi ad un tetto minimo di ore lavorative, nel rispetto del principio di volontarietà e sempre che le pattuizioni in merito al *quantum* del lavoro parziale non si avvicinino a quelle dell'orario a tempo pieno di cui al Ccnl di riferimento[184]; per ciò che concerne il principio di non discriminazione, va ricordata la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui le "*ragioni obiettive*" che consentirebbero eventuali deroghe non possono basarsi sul mero fatto di svolgere attività a tempo ridotto[185].

***

In materia di *job on call* e *job sharing* va premesso come non esistano fonti sovranazionali o europee che li disciplinino, dipendendo la legittimazione di tali forme di impiego dalle scelte nazionali di politica sociale.

Con questo non si vuole affermare che le due tipologie negoziali siano sottratte a qualsiasi vincolo: infatti tanto per il lavoro ripartito che per quello intermittente opera il generale principio di non discriminazione (diretta ed indiretta)[186], rispettivamente ai sensi degli artt. 38 e 44 del d. lgs. 276/2003, il cui rischio di

[182] Cfr. G. Gamberini, D. Venturi, *Le dubbie deroghe ex art. 8 alla solidarietà negli appalti: brevi note sul contratto aziendale dell'Ilva di Paderno Dugnano,* in www.bollettinoadapt.it, 15 aprile 2013.
[183] Convenzione n. 175 del 24 giugno 1994 e raccomandazione n. 182, adottata in pari data.
[184] Cfr. R. Voza, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile,* in F. Carinci (a cura di), Ipsoa, Milano, 2012, p. 419-424.
[185] Cfr. C. Giust., 26 settembre 2000, C-322/98.
[186] Cfr. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea,* Cedam, Padova, 2007, p. 229.

violazione è senza dubbio maggiore rispetto al tipo del lavoro subordinato, giacchè entrambe le tipologie flessibili obbligano il prestatore a lavorare "quando serve", rispettivamente in "*caso di svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente"* (art. 34)e quando "*due lavoratori assumono in solido l'adempimento di una unica e identica prestazione lavorativa"* (art. 41).

Nel caso del lavoro a chiamata è ipotizzabile che il potere del datore di lavoro nella creazione dell'orario di lavoro deve comunque garantire al prestatore una certa programmabilità delle proprie azioni, sia nella prospettiva della fruizione del tempo libero, sia in quella di potersi dedicare alla ricerca di un'altra occupazione ai fini del godimento della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost.[187].

In relazione alla fruizione del tempo libero, un altro limite cui è direttamente soggetta la disciplina del lavoro a chiamata- ed una sua eventuale regolamentazione tramite contratto aziendale- è l'art. 8 Cedu, che sancisce il *"droit au respect de la vie privée et familiale"*: la disposizione è immediatamente applicativa nel diritto interno, non solo in virtù della ratifica del governo italiano della Cedu tramite la l. 848/1955, ma anche in ragione dell'adesione dell'Unione Europea alla Cedu in virtù dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, le cui disposizioni hanno lo stesso valore giuridico dei trattati, e fanno parte dei principi generali del diritto dell'Unione Europea[188].

Per ciò che attiene il *job-sharing*, il datore di lavoro si vede riconosciuti ampi poteri per via legislativa ed amministrativa: infatti la Circolare del Ministero del Lavoro 4/2005 ha sancito l'inapplicabilità al lavoro intermittente della disciplina del lavoro a termine di cui al d. lgs. 368/2001, ai fini di evitare l'applicazione dei principi comunitari sulla reiterazione del contratto in caso di successione ravvicinata delle singole chiamate.

[187] Cfr. R. Voza, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile,* cit., p. 428.

[188] Cfr. art. 6 del Trattato sull'Unione, come modificato dal Trattato di Lisbona. Sul punto cfr. B. Bronzini, V. Piccone, *Introduzione,* in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti. Casi e materiali,* cit.,pp. 17 ss.

Ciò posto, gli artt. 43 e 44 del d. lgs. 276/2003 riservano alla contrattazione collettiva la disciplina del lavoro intermittente nel rispetto del principio di non discriminazione; in assenza di pattuizioni collettive viene applicata la disciplina del lavoro subordinato per quanto compatibile.

Anche in tal caso riesce difficile individuare *a priori* dei limiti al contratto collettivo aziendale, che sulla scorta del combinato disposto degli artt. 8 l. 148/2011 e 43 d. lgs. 276/2003 può rendere meramente suppletiva la disciplina di legge, e quindi derogabile: le maggiori difficoltà costituzionali si pongono in relazione al tempo di lavoro, visto il vincolo di solidarietà contrattuale che avvince i due prestatori di lavoro; al riguardo l'unico limite ipotizzabile è rappresentato dal principio di ragionevolezza, ed il generale principio della parità di trattamento rispetto al lavoro subordinato[189].

6.4.6. La disciplina dell'orario di lavoro

L'impatto dell'art. 8 in materia di orario di lavoro sembra abbastanza ridotto per una pluralità di ragioni[190]: infatti il d. lgs. 66/2003 già consente al contratto collettivo di derogare alla disciplina legale in materia di riposo giornaliero, ferie, pause, lavoro notturno e durata massima settimanale di cui all'art. 17 della medesima norma; inoltre la contrattazione collettiva è spesso nello stesso decreto indicata quale fonte di regolamentazione prioritaria, e la legge può intervenire solo in sua assenza.

Volendo individuare dei limiti alla potestà derogatoria dell'art. 8, va ricordato come: il d. lgs. 66/2003 costituisce attuazione della direttiva 2003/88/CE e ne recepisce i relativi vincoli che sono inderogabili; la Convenzione Oil 132 del 1970[191] proclama come fondamentale il diritto al riposo annuale del prestatore;

[189] Cfr. R. Voza, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile,* cit., pp. 431 e 432.

[190] Cfr. M. G. Mattarolo, *Disciplina dell'orario di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, Milano, 2012, pp. 397 ss.; M. Marrazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., pp. 52-53. Il ridotto impatto pratico dell'art. 8 a livello operativo è implicitamente confermato dall'accordo aziendale sottoscritto il 27 settembre allo stabilimento Ilva di Paderno Dugnano, in cui si legge che "*in applicazione dell'art. 8 della l. 148/2011 che consente la possibilità di regolare con accordi sindacali aziendali le materie in oggetto"* (premessa), le parti convengono di "*elevare a dodici mesi il periodo di riferimento in relazione al calcolo della durata media dell'orario di lavoro per tutto il personale operante nell'unità produttiva sita a Paderno Dugnano come previsto dall'art. 4, co. 4 del d. lgs. 66/2003"*.

[191] Cfr. Convenzione Oil 24 giugno 1970, n. 132, ratificata con l. 29 aprile 1981, n. 116.

infine, l'art. 36 Cost., norma precettiva ed immediatamente operante nei rapporti interprivati[192], sancisce il diritto irrinunciabile del prestatore di lavoro a ferie annuali retribuite e al riposo settimanale, nonché la predeterminazione per via legislativa della durata massima della giornata lavorativa.

Ciò posto, andrebbe senza dubbio esclusa la possibilità per l'art. 8 di derogare alla durata minima del riposo giornaliero, che sulla scorta del combinato disposto degli artt. 36, 2^0 co. Cost., e dell'art. 7 d. lgs. 66/2003, è pari ad undici ore, da cumulare con quello delle 24 ore settimanali.

Invece, un primo intervento derogatorio potrebbe concernere la durata del normale orario di lavoro, pari a quaranta ore settimanali *ex* art. 3 d. lgs. 66/2003, anche calcolate come media; posto che la direttiva si limita a prevedere l'*an* della durata massima della prestazione lavorativa, ma non il *quantum*, ben potrebbe la contrattazione aziendale superare la soglia delle 40 ore settimanali.

Sarebbe parimenti derogabile l'arco temporale di un anno entro cui calcolare la media dell'orario normale, così come il "*non obbligo*" a prestare lavoro notturno per esigenze familiari e di cura (art. 11, co. 2, d. lgs. 66/2003).

Si rientrerebbe invece nell'ambito della derogabilità "temperata" in materia di riposo giornaliero, pause, riposo settimanale e durata del lavoro notturno, ambiti soggetti al vincolo comunitario che prevede come "*ai lavoratori interessati siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati, sia accordata una protezione adeguata*".

Al contrario, nell'ambito della disciplina inderogabile va ricondotto il diritto ad almeno quattro settimane di ferie annuali retribuite non monetizzabili a norma dell'art. 17 della direttiva 2003/88, anche se l'effettivo godimento può slittare oltre l'anno di riferimento: le capacità derogatorie dell'art. 8 andrebbero quindi ad incidere sulle modalità di godimento delle ferie, conformemente a quanto già

[192] Cfr. *ex multis* Cass. Civ, Sez. Lav., 5 febbraio 1958, n. 338.

previsto dall'art. 10 del d. lgs. 66/2003, e come affermato implicitamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[193].

A titolo meramente semplificativo, uno dei pochi accordi aziendali in deroga in materia di orario di lavoro- in cui è espressamente menzionato l'art. 8- è stato quello siglato nello stabilimento palermitano di Fondo Raffo tra la Auchan S.p.a., rsu aziendali e Uiltucs-Uil: la finalità giustificatrice dell'accordo è tanto l' "*avvio di un nuovo ipermercato"* quanto la creazione di "*un nuovo modello commerciale che necessita imprescindibilmente di condizioni riguardanti l'organizzazione del lavoro atte ad assicurare un adeguato livello di servizio al cliente nell'arco dell'intera settimana, con particolare riguardo ai fine settimana"*; finalità che ben potrebbero sussumersi nella categoria di cui all'art. 8 ,co,. 1 "*investimenti"* e *"avvio di nuove attività*".

La portata derogatoria dell'accordo alla disciplina dell'orario di lavoro è rilevante: i soggetti stipulanti prevedono che la prestazione lavorativa resa nella giornata della domenica rientri nel normale orario settimanale (punto 4, lett. a), e che soltanto dopo 18 mesi dall'apertura del nuovo stabilimento ai lavoratori verrà riconosciuto almeno un riposo domenicale al mese (punto 5); inoltre, in relazione alle festività di cui al Ccnl applicato, viene previsto che ogni lavoratore debba assicurare un tetto massimo pari al 50% delle aperture festive annue (punto 6).

Da ultimo, è interessante osservare come le parti prevedano che "*la presente intesa ha efficacia erga omnes ai sensi dell'art. 8, comma 1 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. n. 148 del 14 settembre 2011"* (punto 11), forse a testimonianza che non pochi sono i dubbi di efficacia generale di un contratto collettivo aziendale, per lo più in deroga alla legge, e sottoscritto soltanto da un'organizzazione sindacale, per quanto rappresentativa a livello nazionale.

6.4.7 I licenziamenti individuali

Nel complessivo quadro derogatorio introdotto dall'art. 8, quello attinente "*alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*" ha senza dubbio assunto il maggior rilievo mediatico, all'interno di una temperie politico-culturale in cui- sulla base

[193] Cfr. Corte di Giustizia, 22 novembre 2011, causa Ksh Ag, C-214/10, in cui la Corte ha ritenuto conformi al diritto dell'Unione le previsioni contrattuali che determinino l'estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite allo scadere del periodo di riporto previsto dalla contrattazione decentrata.

delle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee già da un decennio[194] – veniva richiesta una riforma della disciplina sui licenziamenti individuali, poi avvenuta con la riscrittura dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ad opera della l. 92/2012.

Al riguardo la lett. e) del comma 2 dell'art. 8 nel fare riferimento alle "*conseguenze del recesso*" esclude subito dopo dal suo ambito di applicazione i licenziamenti discriminatorio, della lavoratrice in concomitanza di matrimonio, della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro, nonché sino a un anno di età del bambino, quello causato dalla domanda o dalla fruizione di un congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore, ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

Nonostante i distinguo del legislatore, l'art. 8 si caratterizza comunque per una formulazione vaga ed imprecisa, che *prima facie* parrebbe coinvolgere dimissioni, trattamento di fine rapporto e conseguenze del recesso datoriale illegittimo, anche se il vero obiettivo del legislatore è sembrato essere le conseguenze del licenziamento illegittimo.

Sul punto, secondo un primo orientamento restrittivo la funzionalizzazione delle intese aziendali implica che solo le conseguenze di un licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo siano suscettibili di deroghe *ex* art. 8: infatti in materia di recesso le finalità di cui al comma 2 dell'art. 8 sarebbero riconducibili soltanto alla "*gestione delle crisi aziendali e occupazionali"* e in una certa misura alla ricerca della "*maggiore occupazione*" nell'ottica di un *do ut des* tra eventuale aumento della pianta organica e liberalizzazione delle conseguenze di un recesso illegittimo[195].

---

[194] La lettera Draghi-Trichet inviata al Governo italiano nell'agosto 2011 sollecitava l'esecutivo a riformare la flessibilità in uscita. Già nel 2000, con la Strategia di Lisbona si auspicava che gli Stati flessibilizzassero il mercato del lavoro e la disciplina dei contratti; inoltre nel 2006 il libro Verde della Commissione Europea "*Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alla sfide del XXI secolo"* invitava gli Stati membri a rivedere il grado di flessibilità in uscita in materia di termini di preavviso, costi e procedure di licenziamento individuale o collettivo o la definizione di licenziamento abusivo. Sul punto cfr. M. Del Conte, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in *DRI,* 1/XXII- 2012, pp. 37 ss.

[195] Cfr. C. Cester, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenza del recesso dal rapporto di lavoro,* cit., pp. 408 ss., il quale ritiene suscettibile di deroghe *ex* art. 8 anche la disciplina dei licenziamenti collettivi di cui all'art. 24

L'anzidetta prospettazione non viene condivisa da quanti ritengono in modo rigoroso che nel sintagma "*conseguenze del recesso"* non rientrino le tecniche di tutela reitegratoria e risarcitoria, applicabili sempre ai sensi dell'art. 18 ad un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo: infatti l'art. 18 della l. 300/1970 non disciplina il recesso datoriale (di cui invece alla l. 604/1966), ma soltanto l'apparato sanzionatorio in caso di illegittimità del licenziamento; ciò posto, se le conseguenze che scaturiscono dal recesso sono non quelle relative alla sua illegittimità, ma gli obblighi di preavviso (artt. 2118 e 2120 c.c.) e di corresponsione del tfr (art. 2120 c.c.), l'art. 8 consentirebbe soltanto la stipula di un accordo di impresa che modifichi il regime legale del trattamento di fine rapporto[196].

Sempre in relazione all'oggetto, sono necessarie alcune precisazioni sulle ipotesi eccezionali per le quali non è prevista nessuna ipotesi derogatoria: circa il "*licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio*" si dovrà fare riferimento all'art. 35, co. 3 del d. lgs. 198/2006, e alla presunzione ivi regolata, nell'arco di tempo ivi previsto; inoltre, mentre l'art. 8 richiama il licenziamento per via della domanda o della fruizione dei congedi parentali, nulla dice del licenziamento frutto del congedo per paternità (art. 54, co. 7 d. lgs. 151/2001): in assenza di un'interpretazione analogica sorgerebbero più che fondati dubbi di legittimità costituzionale alla luce del principio di ragionevolezza[197].

***

Una volta individuati l'oggetto e l'ambito delle deroghe, ne vanno precisati i limiti alla luce delle normative internazionale e comunitaria, per potere dunque valutare se sia eventualmente legittimo un accordo di impresa *ex* art. 8, che sostituisca alla

della l. n. 223/1991 in materia di "*riduzione o trasformazione di attività o lavoro"*. Di avviso contrario M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit. p. 53, secondo cui –fatte salve le specifiche ipotesi di cui all'art. 8, co. 2, lett. e) –ben potranno gli accordi aziendali disporre delle conseguenze ripristinatorie del licenziamento ingiustificato *tout court*.

[196] Cfr. A. Maresca, *La contrattazione collettivia aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138,* cit., pp. 21 ss., secondo cui un accordo aziendale ben potrebbe prevedere che il tfr venga erogato- *in toto* o in parte –in busta paga con cadenza mensile direttamente ai lavoratori (in forza eventualmente di un'opzione), invece di versarlo all'Inps o alle altre forme di previdenza complementare, come avviene oggi per le imprese che occupino più di 50 dipendenti.

[197] Una siffatta interpretazione analogica andrebbe tuttavia esclusa in virtù della recente pronuncia del Giudice delle Leggi, per cui le ipotesi di cui all'art. 8 sarebbero norma speciale, da non applicarsi quindi oltre i casi e ipotesi ivi considerate. V. *amplius sub* nota 124.

reintegrazione un risarcimento, o che stabilisca una soglia numerica superiore per l'applicazione della tutela reale, o che ancora diminuisca la forbice risarcitoria; considerazioni che andranno svolte alla luce della modifica dell'art. 18 a seguito della l. 92/2012, che non contempla più la reintegrazione nel posto di lavoro come unica sanzione rispetto ad un licenziamento illegittimo in presenza di certi requisiti dimensionali dell'azienda.

Un primo limite è rappresentato dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce il diritto del lavoratore alla tutela avverso ogni licenziamento ingiustificato, da coordinare sistematicamente sia con l'art. 24 della Carta sociale di Strasburgo[198], che richiede un congruo indennizzo o un'adeguata riparazione, sia con la Convenzione Oil 158/1982[199], secondo cui deve essere garantita un'adeguata compensazione in tutte le ipotesi in cui la legge nazionale non preveda un ordine di ripristino del rapporto in caso di licenziamento invalido.

Tanto premesso, va osservato come nessuna delle fonti sovranazionali di cui sopra preveda obbligatoriamente la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, limitandosi a contemplare una generale "*tutela minima garantita*"[200].

Il generale vincolo sovranazionale di una tutela minima è rinvenibile anche nell'ordinamento interno, come confermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che con sentenza 46/2000[201] ritenne ammissibile il *referendum* abrogativo dell'art. 18 nella vecchia versione promosso dal Partito Radicale: infatti, secondo il Giudice delle leggi ciò che è incompatibile col dettato

---

198 Testo ufficiale inglese: *(Article 24 – The right to protection in cases of termination of employment).* "*With a view to ensuring the effective exercise of the right of workers to protection in cases of termination of employment, the Parties undertake to recognise: a) the right of all workers not to have their employment terminated without valid reasons for such termination connected with their capacity or conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service b) the right of workers whose employment is terminated without a valid reason to adequate compensation or other appropriate relief. To this end the Parties undertake to ensure that a worker who considers that his employment has been terminated without a valid reason shall have the right to appeal to an impartial body*".

199 International Labour Organization, "*Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*", adottata il 22.6.1982, entrata in vigore il 23.11.1985, serie C 158, *in* www.ilo.org .

200 Cfr. G. Favalli, *La contrattazione di prossimità nelle sue possibili soluzioni operative, con particolare riguardo al profilo delle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro,* in F. M. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 292. In senso conforme cfr. G. Michelin, *Tutela in caso di licenziamento ingiustificato,* in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Ue- casi e materiali,* Chimenti, Taranto, 2009, pp. 363-369, secondo cui l'interpretazione sistematica dell'art. 30 della Carta di Nizza e dell'art. 24 della Carta Sociale Europea sancisce il diritto del lavoratore a non essere licenziato senza un giustificato motivo, ed il diritto ad un'indennità adeguata o ad un altro meccanismo di riparazione in caso di licenziamento ingiustificato.

201 Cfr. Corte Cost., sentenza 7 febbraio 2000, n. 46, in www.giurcost.org .

costituzionale è il recesso arbitrario, mentre la tecnica di tutela sul piano sanzionatorio del licenziamento illegittimo appartiene per intero alla discrezionalità legislativa, essendo quindi costituzionalizzata soltanto una intensità minima della tutela medesima [202].

Ciò implica che l'adeguatezza della tecnica di protezione del lavorare in caso di licenziamento ingiustificato, in relazione sia all'*an* sia al *quantum* previsti dal contratto *ex* art. 8, vada verificata caso per caso, e soggetta ad un elevato tasso di discrezionalità dell'interprete, alla luce del bilanciamento tra interessi contrapposti di pari rango[203]: si può in ogni caso sostenere che qualora in luogo della tutela reale un accordo aziendale dovesse prevedere un obbligo risarcitorio assai modesto, questa disciplina violerebbe l'art 30 della Carta di Nizza ed implicitamente la giurisprudenza costituzionale, e renderebbe il recesso datoriale così agevole da inficiare "*il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato"*; diversamente, verrebbe compromessa la *ratio* ispiratrice della legge sui licenziamenti ai sensi degli artt. 2, 3, co. 2 e 4 cost., e segnatamente la tutela del diritto al lavoro[204].

6.4.8. La somministrazione di lavoro

L'art. 8 consente alle parti sociali di derogare ad un quadro normativo, come quello della somministrazione lavoro, già ampiamente flessibile, e va coordinato sistematicamente con le modifiche apportate dalla l. 92/2012 (c.d. legge "Fornero"), che ha novellato la disciplina generale della somministrazione di cui agli artt. 20 ss. del d. lgs. 276/2003.

Infatti la legge Fornero sembra muoversi nel solco dell'art. 8, poiché il nuovo art. 20 del d. lgs. 276/2003 prevede come si possa ricorrere alla somministrazione a

[202] Cfr. A. Cantilena, E. Sessa, *La derogabilità delle "conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro" di cui all'art. 8 manovra bis e l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori: prime letture,* in F. M. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 301 ss.

[203] Cfr. Cass. Civ., 27 ottobre 2010, n. 21697, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 10, p. 1375: la Suprema Corte, nel decidere un caso di licenziamento per giustificato motivo, ha proceduto al bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e la "*salvaguardia del diritto alla tutela contro ogni licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo"* (richiamandosi all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e ha riconosciuto che i due interessi sono di pari rango.

[204] Cfr. Corte Cost., 9 giugno 1965, p. 655, secondo cui la garanzia del diritto al lavoro impone al legislatore il divieto di creare o di lasciare sussistere nell'ordinamento delle norme che pongano limiti discriminatori a tale libertà.

tempo indeterminato non solo nei casi contemplati espressamente dall'art. 20 stesso, ma anche "*in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro, nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative".*

L'art. 8 prevede che l'accordo aziendale possa derogare *"ai casi di ricorso alla somministrazione lavoro*": al riguardo è evidente che tanto l'art. 8 quanto il nuovo art. 20 del d. lgs. 276/2003 consentono al contratto decentrato di disciplinare diversamente le causali di utilizzo dell'istituto, qualora la durata sia a tempo indeterminato.

Sul punto è stato osservato come le due norme lederebbero l'art. 41, 2^0 co. Cost., poiché un uso potenzialmente illimitato di questa tipologia contrattuale flessibile contrasterebbe col principio di tutela della dignità del lavoratore di fronte all'iniziativa economica privata; in tale ottica, sarebbe conforme alla costituzione circoscrivere la derogabilità ai soli casi di ricorso alla somministrazione, e non alle causali[205].

Inoltre, la disposizione di cui all'art. 8 non consente in alcun modo di derogare al principio della parità di trattamento tra i lavoratori interinali e quelli subordinati: il predetto principio è codificato dal paragrafo 4 della clausola 5 della direttiva 2008/104, ed è suscettibile di deroga qualora " *gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore…possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1".*

Il combinato disposto della clausola anzidetta e del diritto interno esclude ogni deroga al principio della parità di trattamento: infatti, secondo il diritto UE sono i soli accordi nazionali a potervi derogare, e l'art. 8 si riferisce ai soli "casi di ricorso

[205] Cfr. G. Zilio Grandi, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro,* cit., pp. 454 ss. In senso contrario M. Marrazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011…,* cit., pp. 54-55, secondo cui l'ampiezza del testo di legge ben permetterebbe ad un contratto aziendale di derogare "*al perimetro di legittimità della causale della somministrazione a tempo determinato potendo l'accordo, ad esempio, tipizzare una specifica causale, anche soggettiva, per la stipulazione del contratto*".

alla somministrazione lavoro", e non alla disciplina del lavoro tramite agenzia in generale[206].

A quanto consta l'unico accordo aziendale in materia di ricorso alla somministrazione, espressamente sottoscritto ai sensi dell'art. 8 della l. 148/2011, è stato stipulato il 20 settembre 2011: all'art. 4, rubricato "*Utilizzo della somministrazione di lavoro a tempo determinato"* le parti hanno previsto che "*Il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato trova ragione in motivazioni di carattere organizzativo stante la natura del mercato in cui opera…come esplicitato alla premessa in capo al presente accordo. Tale ragione opera in deroga alle disposizioni vigenti in materia di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato di cui all'art. 20, c. 4, del d.lgs. 276/2003 e successive modificazioni*"[207].

Al riguardo sono necessarie due osservazioni: da un punto di vista della prassi delle relazioni industriali l'accordo è unitario, in quanto sottoscritto anche dalla CGIL, che invece a livello nazionale ha sempre espresso il proprio dissenso rispetto alla norma a sostegno della contrattazione collettiva di prossimità.

Per i profili di ordine tecnico-giuridico, la clausola in oggetto è alquanto e forse volutamente generica, e consentirebbe il ricorso alla somministrazione per ragioni di carattere organizzativo ed in deroga a quanto previsto dall'art. 20, co. 4 d.lgs. 276/2003; stando così le cose, le parti potrebbero derogare proprio alle causali di ricorso alla somministrazione, cioè a quelle istanze di tipo tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo, che se ampliate lederebbero- come detto prima- l'art. 41, co. 2 Cost. in relazione alla dignità del lavoratore.

6.4.9. Impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie.

Ai sensi dell'art. 8 nel novero delle materie disciplinabili tramite accordo aziendale rientrano anche gli "*impianti audiovisivi"* e l'"*introduzione di nuove tecnologie"*, con ciò aprendosi teoricamente la possibilità di derogare all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

[206] Cfr. M. Delfino, *Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee,* in *DLM*, 3/2012, pp. 471-472.

[207] Il testo integrale dell'accordo è reperibile in *www.dirittisocialitrentino.it*: per ragioni di riservatezza il sito omette le parti stipulanti.

A quanto risulta l'unico contratto al riguardo è stato siglato il 2 febbraio 2012 tra la Banca Popolare di Bari e le delegazioni sindacali di Cgil, Cisl e Uil[208], con cui si pattuisce che gli impianti di videosorveglianza possano riprendere i lavoratori per esplicare un'efficacia deterrente verso eventuali malviventi o essere d'ausilio alle forze dell'ordine nell'attività investigativa (punto 1).

Le parti contraenti prevedono espressamente che l'accordo operi ai sensi dell'art. 8 l. 148/2011, ed in deroga a quanto previsto dall'art 4. L. 330/1970 nella parte in cui stabilisce che i predetti impianti di videosorveglianza "*possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di questa, con la commissione interna"* (punto 6).

Ne consegue che il contratto di cui sopra opera sì in deroga alla legge, ma nel rispetto delle norme costituzionali e comunitarie a presidio della libertà personale del lavoratore e nel solco della tradizione, poiché persegue finalità difensive ed in genere di tutela del patrimonio aziendale[209].

Tuttavia emergerebbero comunque dei profili di illegittimità dell'accordo, sia dal punto di vista dei soggetti stipulanti, che da quello teleologico: in relazione alle parti, tanto la giurisprudenza di legittimità quanto il Ministero del lavoro[210] hanno ribadito in termini restrittivi come siano legittimati a siglare accordi *ex* art. 4, co. 2 l. 300/1970 solo le rsa o, in mancanza, le commissioni interne, e non gli organi di coordinamento di varie unità produttive; inoltre, dal punto di vista teleologico l'accordo è finalizzato ad esigenze general e specialpreventive, e dunque non rientrerebbe tra quelli di cui all'art. 8, co. 1 l. 148/2011[211].

7. La procedura: il sindacato aziendale.

Il comma 1 dell'art. 8 subordina l'efficacia *erga omnes* degli accordi in deroga alla sottoscrizione, indifferentemente, da parte di "*associazioni di lavoratori*

[208] Il testo integrale dell'accordo è reperibile in *www.dirittisocialitrentino.it* .

[209] L'unico limite agli accordi di cui all'art. 4 l. 300/1970 è infatti costituito da qualsivoglia forma di controllo "occulto" sui lavoratori, a presidio della libertà personale nonché della privacy.

[210] Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 16 settembre 1997, n. 9211; Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, risposta del 5 dicembre all'interpello presentato dall'Abi.

[211] Cfr. L. Monterossi, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011,* cit., pp. 217-219.

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011".

In altri termini presupposto indispensabile per l'efficacia *erga omnes* del contratto di impresa è in prima battuta che quest'ultimo sia firmato da un'organizzazione comparativamente più rappresentativa: la novità è che per la prima volta nella storia del diritto del lavoro la rappresentatività comparata o maggiore rappresentatività viene misurata non su base nazionale, ma alternativamente su base nazionale o territoriale, con l' "aggravante" interpretativa che nel *genus "territoriale"* possano indifferentemente rientrare distinti contesti geografici (provinciale, comunale, del comprensorio, aziendale…)[212].

Sul punto va osservato che la legge non preveda la sottoscrizione del contratto aziendale da parte di tutte le organizzazioni sindacali in astratto comparativamente più rappresentative: in tal senso depone, a livello esegetico-linguistico, l'utilizzo da parte del legislatore della preposizione semplice "*da*" in luogo di quella articolata "*dalle",* col rischio di riduzione e frammentazione del potere negoziale e della tenuta del sistema di relazioni industriali.

Ciò posto, la rappresentatività ben potrebbe essere accertata anche *a posteriori*, ovvero una volta siglato l'accordo: in altri termini in alcun modo viene contemplata la creazione di un'aspettativa delle sigle sindacali a sedere al tavolo delle trattative, continuandosi ad applicare il principio del reciproco riconoscimento; ne consegue che una volta raggiunta l'intesa, per la sua efficacia generale è sufficiente la firma di anche soltanto alcune delle sigle sindacali, ritenute comparativamente più rappresentative a livello nazionale o anche soltanto territoriale[213].

---

[212] Cfr. A. Garilli, *L'art. 8..,* cit., p. 6, che sottolinea come la previsione della maggiore rappresentatività a livello territoriale sia stata inserita per accontentare le pretese localistiche del sindacato della Lega Nord, allora nella compagine di governo.

[213] Cfr. F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale. Il giudice, il sindacato, il legislatore,* cit., p. 26. La discussione non è peregrina, se si considera che un contratto aziendale sottoscritto direttamente da associazioni nazionali dei lavoratori per il tramite delle loro rappresentanze sarebbe potenzialmente l'unica via alla contrattazione decentrata nelle piccole imprese, sprovviste di rsa o rsu.

L'irragionevolezza della previsione normativa è per alcuni tanto più evidente, se si considera che l'altro soggetto abilitato a sottoscrivere gli accordi in oggetto sono le rappresentanze sindacali operanti in azienda (rsa/rsu)[214]: infatti, mentre da un lato la stipulazione dell'accordo aziendale da parte delle rappresentanze sindacali è subordinata al rispetto del principio di maggioranza, dall'altro un'organizzazione comparativamente più rappresentativa anche in una sola Regione può sottoscriverlo, purchè raggiunga una non meglio precisata soglia minima di rappresentatività[215].

Vi è invece una parte della dottrina, che in un'ottica di proficua interazione tra l'ordinamento statuale e quello intersindacale, mira a salvare il co. 1 dell'art. 8 da eventuali censure di irragionevolezza ed incompletezza: infatti nel primo comma sarebbe dato scorgere un non meglio definito riferimento legislativo ad un qualche "*criterio maggioritario*", i cui presupposti applicativi dovrebbero essere attinti dall'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011[216].

Al riguardo, se si vuole accogliere la predetta prospettazione, va osservato come il richiamo all'Accordo del 28 giugno consente di definire in modo puntuale soltanto le modalità di perfezionamento *erga omnes* di un'intesa siglata dagli organismi rappresentativi dei lavoratori a livello aziendale: in presenza di una rsu è bastevole il *placet* della maggioranza dei componenti della rappresentanza; nel caso a firmare sia invece la rsa, questa deve essere costituita da sindacati che -nell'anno anteriore la stipulazione- nell'azienda abbiano la maggioranza degli iscritti calcolata col criterio delle deleghe.

Al contrario, nel caso di intese sottoscritte da sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale, non è dato rinvenire puntuali

---

[214] L'impiego di una formula generale, senza che la legge faccia alcun riferimento alle più diffuse forme di rappresentanza aziendale (specificazione invece effettuata dal dettato normativo in altre ipotesi, come all'art. 1, co. 3, d. lgs. 61/2000 sul *part-time*) parrebbe addirittura indurre che gli accordi di cui all'art. 8 possano essere stipulati non solo dalle rsu di cui all'Accordo Interconfederale del 1993 o dalle rsa ai sensi dell'art. 19 l. 300/1970, ma altresì da ulteriori organismi aziendali delle associazioni esterne, purchè contemplati o dalla legge o dal contratto collettivo. Al riguardo cfr. V. Bavaro, *Azienda, contratto, sindacato,* cit., pp. 198 e 199.

[215] Cfr. M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro…,* cit., p. 374.

[216] Cfr. R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge n. 148/2011,* cit., p. 12, il quale sottolinea come al riguardo siano in ogni caso necessarie ulteriori pattuizioni; A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138,* cit., p. 17.

riferimenti nell'Accordo interconfederale: volendo trovare la quadratura del cerchio vi è stato chi ha sostenuto come- *mutatis mutandis* – l'intesa andrà firmata dalle associazioni che, avuto riguardo all'ambito nazionale o territoriale di riferimento, rappresentino la maggioranza degli iscritti sulla scorta delle deleghe ricevute per la riscossione dei contributi sindacali[217].

O ancora, vi è chi ritiene che, per godere di efficacia generale, il contratto di impresa deve essere sottoscritto dalle associazioni nazionali dei lavoratori che in azienda abbiano la maggioranza del consenso tra i lavoratori, misurato per il tramite del calcolo delle deleghe sindacali, in tal modo contemperandosi il dato letterale della norma (*"a condizione di essere sottoscritti…"*) coi principi maggioritario e proporzionalistico di cui all'art. 39 Cost. in chiave attualizzata[218].

Al riguardo, un utile criterio ermeneutico della disposizione di cui all'art. 8 va rinvenuto nel Testo Unico sulla Rappresentanza tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, siglato il 10 gennaio 2014, cioè quando questo lavoro stava per andare in stampa: innanzi tutto, in relazione ai soggetti- cioè alle "*rappresentanze sindacali operanti in azienda"* di cui alla legge – la "*clausula di salvaguardia"* di cui alla sezione seconda dell'accordo prevede che "*Le organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del presente accordo o che, comunque, aderiscano alla disciplina in essi contenuta partecipando alla procedura di elezione della r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. ai sensi dell'art. 19, della legge 20 maggio 1970, n. 300".*

La predetta clausola ha senza dubbio il pregio di escludere le rsa dal potere di stipulare accordi aziendali, salvo-ovviamente- in quelle aziende in cui non siano state costituite rsu.

In materia di efficacia dell'accordo aziendale, nella sezione terza (*Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale*) le parti ribadiscono sostanzialmente quanto già previsto dall'AI del 28 giugno del 2011: in caso di rsa *ex* art. 19, l'accordo sarà applicato *erga omnes* solo se sottoscritto da quelle rsa

[217] Cfr. M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8…,* cit., p. 46.
[218] Cfr. R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa…,* cit., p. 42.

detentrici della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione; inoltre i predetti accordi vanno sottoposti a *referendum* tra i lavoratori, previa richiesta di almeno il 30% dei lavoratori dell'impresa o di almeno un'organizzazione dei lavoratori affiliata ad una delle confederazioni firmatarie dell'accordo, con il quorum strutturale del 50% degli aventi diritto e quello funzionale della maggioranza semplice dei votanti.

Infine, l'intesa stessa coferma implicitamente le ampie facoltà derogatorie del contratto aziendale come configurate dall'art. 8: infatti, vero è che nella sezione terza le parti affermano che "*la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge"*, richiamandosi alla formulazione dell'AI del 2011; tuttavia le parti non riproducono la postilla del settembre 2011 in cui rifiutavano ogni ingerenza della legge nella disciplina delle relazioni industriali.

Capitolo secondo

La contrattazione collettiva aziendale in Spagna

1.Il biennio 2011/2012: verso la centralità dell'accordo collettivo aziendale.

In Spagna la disciplina della contrattazione collettiva aziendale, analiticamente regolata per legge a differenza che in Italia[219], è stata notevolmente modificata nel biennio 2011/2012, dapprima col *real decreto ley* 7/2011[220], e poi col *real decreto ley* 3/2012[221] (d'ora in poi *rdl*), che hanno determinato per via legislativa una struttura contrattuale più vicina all'impresa attraverso una riforma del Titolo III dello *Estatuto de los Trabajadores* del 1980[222].

Il contesto in cui le riforme legislative sono maturate è quello della recente crisi economico-finanziaria, in cui viene avvertita la necessità di riformare il modello ereditato dal legislatore del 1980, lievemente ritoccato con la riforma del 1994, per adattarlo al mutato contesto socio-economico ed alle esigenze dei mercati[223].

La caratteristica comune ad ambedue gli interventi è il ricorso da parte del legislatore alla decretazione d'urgenza in luogo del procedimento legislativo

---

[219] Cfr. A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* cit., p. 206.

[220] *Real decreto ley* 7/2011 del 10 giugno, contenente misure urgenti per la riforma della contrattazione collettiva.

[221] *Real decreto ley* 3/2012 del 10 febbraio, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro, convertito nella *ley* 3/2012 del 6 luglio, coi voti favorevoli del *Partido Popular, Convergéncia i Unió*, e con l'opposizione del resto dei gruppi parlamentari, soprattutto quelli di sinistra, quali il *Partido Socialista* e *Izquierda Unida*, o del partito *Unión, Progreso y Democracia*, che presentarono vari emendamenti su ogni parte del testo, tutti respinti in parlamento: sul punto cfr. M. L. Martín Hernández, *L'ultima fase dell'evoluzione del diritto del lavoro spagnolo: le riforme del biennio 2010-2012*, in *DRI*, n. 4, Ottobre-Dicembre 2012, p. 2.

[222] Per una disamina generale del contratto collettivo nell'esperienza giuridica spagnola, cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* Consejo Económico y Social, España, 1998.

[223] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio en la reforma de 2012,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13-14, secondo cui il *leit-motiv* delle riforme del biennio 2011/2012 è l'essere funzione de "*los requerimientos de los mercados, esa nueva y difusa entidad que se ha incorporado a nuestra vida política*"; M. Rodriguez-Piñero Royo, *La reforma de la negociación colectiva: perspectiva general,* in J. Gorelli Hernández, I. M. Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva actualizado tras la ley 3/2012*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 18, secondo cui le riforme in oggetto sono frutto della volontà di agenzie di *rating*, organismi internazionali, paesi europei con finanze in buono stato: in genere organismi con una visione lontana dai problemi, ed a volte piena di pregiudizi; M. Rodríguez-Piñero Royo, *La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale,* in *DLRI,* n. 137, 2013, 1, pp. 91 e 94. In termini positivi ed aprioristici, cfr. J. García Viña, *Il sistema di relazioni industriali in Spagna dopo la riforma della contrattazione collettiva. L'impegno per il contratto d'azienda,* in *DRI,* 1/2012, pp. 258 e 259, che giustifica l'intervento del 2011 alla luce del tasso di disoccupazione iberico pari al 46,2%, ben al di sopra della media nei paesi dell'Ue, pari al 20,9%, e dunque per creare nuovi posti di lavoro; J. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva*, in I. García-Perrote, J. R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto Ley 20/2012,* Lex Nova, Vallalolid, 2012, p. 16, che ritiene evidenti le ragioni per cui economisti ed organismi internazionali (Fmi, Ocse, Ue eBce) chiedano di decentralizzare le relazioni industriali: il contratto aziendale rappresenta oramai il 75% del totale dei contratti collettivi in totale applicati in Spagna.

ordinario, nel primo caso senza un previo accordo tra le parti sociali, e nel secondo in contrasto con l'opinione delle stesse[224].

In relazione al *rdl* 7/2011, il governo socialista di José Luis Rodriguez Zapatero è intervenuto senza che sul punto le parti sociali siano pervenute ad alcuna pattuizione, contravvenendo l'auspicio contenuto nell'*Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012*, in cui si propendeva per un processo bilaterale di formazione delle regole del sistema di contrattazione collettiva, con successiva trasposizione da parte dei pubblici poteri[225]; auspicio che era stato fatto proprio in certo qual modo dalla legge di riforma del 2010, che incaricava il governo di intervenire sul tema, con la speranza che tuttavia vi fosse un previo consenso tra le parti sociali[226].

Nella *Exposición de motivos* il real decreto-ley 7/2011 si prefiggeva di affrontare i tre aspetti della struttura della contrattazione collettiva, il suo contenuto e i criteri di legittimazione dei soggetti ammessi al tavolo delle trattative nel rispetto della autonomia delle parti sociali, perseguendo come obiettivi la creazione di "una contrattazione collettiva più vicina all'impresa", il fomento della sua "capacità di adattamento al mutato contesto socio-lavorativo", e la "flessibilità interna concertata"[227].

---

[224] Cfr. F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et réforme du marché du travail: le cas espagnol,* in *RDCTSC*, 2/2012, p. 19, che sottolinea in modo critico come *"l'ancienne méthode de négociation est bannie en tant qu'outil approprié d'adéquation des conditions de travail aux besoins du marché".*

[225] Cfr. *Acuerdo de 9 de fevrero de 2010 (Boe del 22), Disposición Adicional Unica.*

[226] Cfr. *Disposición Adicional Vigésima Primera de la ley 35/2010, de 17 de septiembre (Boe del 18), de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo*, secondo cui "in difetto di accordo nel processo di contrattazione bilaterale, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore di questa legge, il Governo, previa consultazione con le organizzazioni imprenditoriali e sindacali, adotterà le misure necessarie per affrontare- tra l'altro- la definizione dei meccanismi di articolazione della contrattazione collettiva…". In generale, sull'*iter* che ha portato all'approvazione del rdl 7/2011, cfr. J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011,* in I. García Perrote Escartina, J. R. Mercader Uguina (Directores), *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Vallalolid, 2011, pp. 23-27.

[227] Più in particolare, nella *Exposición de los motivos* del rd ley 7/2011 si legge che "Con questa premessa di fondo, gli obiettivi principali di questa riforma della contrattazione collettiva sono i seguenti: primo, favorire una migliore strutturazione della nostra contrattazione collettiva, stimolando sia una contrattazione collettiva più vicina all'impresa ed una contrattazione collettiva di categoria più adatta alla situazione di ogni concreto settore di attività economica. Secondo, introdurre maggiori livelli di dinamismo ed agilità nella contrattazione collettiva, tanto nei processi di negoziazione dei contratti collettivi come nei suoi contenuti, in modo tale da aumentare la capacità di adattamento ai cambi nel contesto economico e socio-lavorativo nella prospettiva dell'equilibrio tra flessibilità per le imprese e sicurezza per i lavoratori. Terzo, adattare il sistema di contrattazione collettiva alle nuove o rinnovate realtà imprenditoriali che operano nel nostro mercato del lavoro, includendovi nuove regole di legittimazione per la contrattazione degli accordi collettivi e per favorire la flessibilità interna concertata coi rappresentanti dei lavoratori".

Dalla disamina del preambolo della legge emerge in modo chiaro come sia stata abbandonata la prospettiva degli anni '80 e '90 che affidava agli accordi tra le parti sociali la strutturazione del sistema negoziale; per di più, il legislatore vede proprio quel sistema autoregolato come ostacolo alla flessibilità, in quanto afferma che "*il nostro modello di contratti collettivi presenta difficoltà per non adattare con prontezza le condizioni di lavoro presenti nell'impresa al contesto economico-produttivo delle differenti fasi del ciclo o della congiuntura economica*[228]".

Se il rdl 7/2011 è chiaro ed attento nell'esplicitare dettagliatamente gli obiettivi della riforma, il rdl 3/2012 si caratterizza per un'esposizione molto sommaria della *ratio* della nuova riforma, per di più di poco posteriore alla precedente: infatti nel preambolo si legge che "*le modifiche introdotte in queste materie si prefiggono di far sì che la contrattazione collettiva sia uno strumento, e non un ostacolo, per adattare le condizioni di lavoro alle concrete circostanze dell'impresa*", e che "*in materia di contrattazione collettiva si prevede la possibilità del descuelgue (ndr inapplicazioni delle condizioni di lavoro precedentemente pattuite) rispetto al contratto collettivo anteriore, si conferisce priorità applicativa al contratto aziendale e si disciplina il regime di ultra-attività degli accordi collettivi*".

Anche il *rdl* 3/2012 è stato adottato poco tempo dopo un accordo interconfederale.

La novità principale della riforma del 2012 – ai fini della presente trattazione- è il conferimento *ex lege* al contratto collettivo aziendale di una priorità applicativa nella gran parte delle materie che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato; ed inoltre l'ampliamento del potere dell'imprenditore di ricorrere al *descuelgue*, cioè di disapplicare i precedenti accordi collettivi in presenza di taluni presupposti causali e nel rispetto di un determinato *iter* procedurale.

Il tratto caratterizzante del *rdl* 3/2012 rispetto al *rdl* 7/2011 è che viene meno il carattere dispositivo della priorità applicativa del contratto aziendale da parte delle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale, che ora è conferita direttamente dalla legge, e non ammette deroghe in tal senso né da parte

[228] Cfr. Rdl 7/2011, *Exposición de motivos*.

degli accordi collettivi di categoria di livello statale o della singola *Comunidad Autónoma*.

Una simile opzione legislativa contravviene alla volontà di sindacati ed organizzazioni degli imprenditori, che pochi giorni prima del ricorso alla decretazione d'urgenza (25 gennaio 2013) nel *II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, 2012-2014, capítulo I.1*[229] avevano sì auspicato una maggiore decentralizzazione delle relazioni industriali, ma nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali, affermando che "*gli accordi di categoria dovranno favorire la contrattazione aziendale, su iniziativa dei soggetti coinvolti, in materia di giornata lavorativa, funzioni, retribuzioni, essendo questo l'ambito più adeguato per regolare tali materi*e".

E' interessante osservare in chiave comparata come –*mutatis mutandis*- l'attitudine dell'esecutivo spagnolo sia speculare a quella del governo italiano nell'emanazione dell'art. 8 della l. 148/2011, approvato appena due mesi dopo che le parti sociali avevano "codificato" le regole per la contrattazione aziendale nell'industria nell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011.

Da un punto di vista della sistematica della presente trattazione, il contratto collettivo aziendale nell'esperienza giuridica spagnola verrà analizzato sotto tre distinti aspetti: la collocazione nella struttura della contrattazione collettiva; i possibili contenuti; il rapporto con l'istituto del *descuelgue*.

[229] Cfr. *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 de 25 de enero 2013,* in *Boe de 6 de fevrero*. Il predetto accordo interconfederale si inseriva nel processo di dialogo sociale (9 novembre 2011-9 gennaio 2012) tra sindacati (CCOO e Ugt) ed organizzazioni datoriali (Ceoe e Cepyme) su: risoluzione delle controversie, formazione professionale per l'impiego; determinazione del calendario delle festività; pensionamento anticipato e misure di prepensionamento; assenteismo; proroga di benefici e prestazioni di disoccupazione in caso di sospensione e di riduzione della giornata lavorativa. Sul punto cfr. F. Cavas Martínez, *Introducción. Presentación y valoración del real decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* in F. Cavas Martínez (Coordinador), *La reforma laboral de 2012,* Ediciones Laborum, Murcia, 2012, pp. 9-11; J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio en la reforma de 2012,* cit., p. 37.

2.La disciplina della "*concurrencia entre convenios colectivos*"secondo l'art. 84 ET.

2.1.La situazione anteriore al rdl 7/2011: centralità della contrattazione ed eccezionalità della concorrenza parziale.

La previsione normativa in cui viene condensata la struttura della contrattazione collettiva è l'art. 84 ET, la cui analisi in chiave diacronica è imprescindibile per comprendere la maggiore decentralizzazione delle relazioni industriali iberiche nell'ultimo ventennio, con la crescente attribuzione di funzioni al contratto collettivo aziendale.

Nell'originaria versione del 1980 l'art. 84 ET prevedeva come "*un contratto collettivo, durante la sua vigenza, non potrà essere modificato da quanto previsto da contratti collettivi di ambito distinto*" (paragrafo I, secondo il rdl 1/1995): in altri termini la regola generale era il divieto di concorrenza tra accordi collettivi di ambito distinto, in modo che vigente il primo da un punto di vista cronologico, non si potevano applicare contratti colletti che riguassero materie già disciplinate dal precedente (*prior in tempore, potior in jure*).

Ciò non implicava che il secondo accordo fosse affetto da nullità, ma la sua mera inapplicabilità negli ambiti e durante la vigenza del contratto precedente, o- in altri termini- che la sua efficacia fosse postergata alla naturale scadenza del primo[230].

Due erano le eccezioni al criterio del *prior in tempore potior in jure*: la prima, di cui all'art. 83 ET, co. 2, prevedeva che "*le organizzazioni sindacali dei lavoratori e quelle dei datori di lavoro più rappresentative, a livello statale, o della Comunità Autonoma, tramite accordi interconfederali o contratti collettivi di categoria (statali, della singola Comunità, ma non provinciali) potranno stabilire la struttura della contrattazione collettiva*", al pari delle regole

[230] Cfr. TS, sent. n. 5 giugno 2001, n. 5488; TS, sent. n. 31 ottobre 2003, n. 589 secondo cui "l'art. 84 ET non vieta la contrattazione di un accordo collettivo concorrente per il fatto che il suo spazio sia già occupato da un altro anteriore. Al contrario, dalla sua formulazione letterale, consegue chiaramente che il suo presupposto è l'esistenza di due accordi validamente negoziati coincidenti nel tempo. E il precetto si limita a stabilire una regola per dirimere i conflitti, che, nell'attribuire priorità applicativa al contratto precedente, sta implicitamente indicando che al secondo viene comminata la sanzione della mera inefficacia applicativa"; TS, sent. 8 giugno 2005, n. 6014, secondo cui "un contratto collettivo posteriore non andrà annullato, qualora sia frutto di un valido processo negoziale, per il semplice fatto che invada la sfera di competenza di uno anteriore". In senso conforme, cfr. -*ex plurimis*- SSTS 27 de marzo de 2000 (r. 2497/1999), 5 de junio de 2001 (r. 2160/2000). In dottrina cfr. J. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de los convenios en el real decreto-ley 7/2011,* in I. García Perrote Escartina, J. R. Mercader Uguina (Directores), *La reforma de la negociación colectiva,* cit., p. 84; Id., *Lecciones de derecho del trabajo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 764.

per dirimere eventuali "*conflictos de concurrencia"* tra contratti di diverso livello ed i principi di complementarità tra le differenti unità negoziali, stabilendosi sempre, al riguardo, gli ambiti non negoziabili da parte di un accordo di livello inferiore.

La norma di cui all'art. 83.2 ET, in piena sintonia con la costituzione del 1978, era soltanto apparentemente un'eccezione: di fatto conferiva agli attori sociali più rappresentativi la facoltà di plasmare la struttura della contrattazione collettiva e le modalità di risoluzione dei conflitti tra accordi di diverso livello all'insegna dei principi di libertà ed autonomia negoziale, in modo tale che vi fosse o la priorità di un determinato ambito negoziale su un altro, oppure delle relazioni complementari tra gli stessi[231].

La seconda eccezione era contemplata dai commi 2º e 3º dell'art. 84 ET, secondo cui "in ogni caso"ed indipendentemente da quanto previsto dall'art. 83 sindacati ed associazioni datoriali -coi requisiti di cui agli artt. 87 e 88 ET- in un ambito superiore a quello di impresa potevano contrattare in relazione a materie regolate da contratti di livello ancora superiore; nel caso di specie il contratto collettivo doveva essere approvato dalle maggioranze richieste per formare la *"comisión negociadora"*[232] nella corrispondente unità negoziale.

Inoltre, il comma 3 dell'art. 84 ET prevedeva come negli accordi predetti non si potessero disciplinare le seguenti materie: periodo di prova; modalità di assunzione, salvo che per gli aspetti di adattamento all'impresa; i "*grupos profesionales"* (sorta di declaratoria professionale nella categoria di riferimento, ndt); sanzioni disciplinari e norme minime in materia di igiene e sicurezza sul lavoro e trasferimenti. Rispetto alle predette materie vigeva sempre il contratto siglato per primo, senza che potessero intervenire altri di ambito geografico più ristretto.

Dal quadro appena descritto emerge come, pur in un contesto di autodeterminazione delle parti sociali circa la struttura della contrattazione

[231] Cfr. L. Mella Méndez, *La nueva estrucutura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor,*in *RGDT,* 33/2013, p. 2, in *www.iustel.com,* che sottolinea la possibilità per le parti sociali di stipulare ai sensi dell'art. 83, co. 2, ET, accordi sulla "*concurrencia conflictiva"* e sulla "*concurrencia no conflictiva*".

[232] Per *comisión negociadora* si intende genericamente l'organismo di rappresentanza dei lavoratori, attivamente legittimato a rappresentare il personale al tavolo delle trattative: per un'analisi dettagliata delle modalità di costituzione e composizione, cfr. J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,* cit., pp. 725-728.

collettiva, l'accordo aziendale fosse subordinato a quelli di ambito superiore, e segnatamente dal livello di categoria: vi sarebbe stato cioè un principio di gerarchia tra i prodotti dell'autonomia collettiva, che- pur non essendo esplicitamente codificato dal legislatore- era deducibile dalle possibilità concesse agli accordi interconfederali ai sensi dell'art. 83 ET, dalle eccezioni al divieto di concorrenza di cui all'art. 84, e dalla circostanza che nella maggior parte dei casi il contratto collettivo di impresa fosse direttamente citato dalla legge nella disciplina di una specifica materia, in chiave suppletoria e sussidiaria rispetto ad accordi collettivi di ambito distinto[233].

In ultima analisi, secondo il sistema precedente al 2011 le eventuali antinomie tra accordo aziendale e contratto collettivo di ambito superiore andavano risolte alla luce del principio di gerarchia, con due importanti conseguenze applicative: il contratto aziendale non poteva andar contro quello di ambito superiore, salvo espressa disposizione in senso contrario; *a contrario,* il contratto collettivo ben poteva derogare alle pattuizioni dell'accordo aziendale, con la possibilità di poterlo sostituire.

Nella pratica, la mancata attuazione della previsione di cui all'art. 82, co. 3, dell'ET ha fatto sì che la regola del *prior in tempore potior in jure*, sebbene concepita dalla legge come suppletiva, fosse oggetto di un'applicazione generalizzata: conseguentemente il sistema spagnolo di relazioni industriali si presentava decentralizzato (con una predominanza del contratto provinciale), disarticolato (con un'atomizzazione dei vari livelli contrattuali), e poco incline a variazioni (per via del divieto di concorrenza tra accordi collettivi)[234].

[233] Cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit. pp. 221-224, secondo cui "*la jerarquía es el principio, en fin, que rige en términos generales las relaciones entre convenio colectivo y acuerdo de empresa"*, p. 223; in senso conforme cfr. M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionel,* in *DS,* n. 1-janvier 1988, p. 14, secondo cui la Spagna "*connaît avec son <statut de travailleurs> le système le plus hiérarchique où la négociation d'entreprise est la plus <bridée> par les accords de niveau supérieur"*.

[234] Cfr. M. Correa Carrasco, *La ordenación de la estrucutura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales,* in *RDS*, 59/2012, p. 4.

2.2. La riforma del rdl 7/2011: la decentralizzazione regolata.

La riforma del 2011 attribuisce una certa priorità applicativa al contratto aziendale, temperata dal ruolo assolto dagli accordi interconfederali attraverso la riscrittura dell'art. 84 ET.

Lo strumento tecnico-giuridico, attraverso cui si è pervenuti a tale risultato, è stata la conversione del principio di non concorrenza tra accordi collettivi di diverso livello da regola imperativa a regola dispositiva[235]: infatti, se nella sua formulazione anteriore l'art. 84 ET recitava "*a pesar de lo establecido en el artículo anterior",* a seguito del *rdl* 7/2011 affermava "*salvo pacto en contrario negociado en conforme a lo dispuesto en el art. 83.2".*

In altri termini, nel riformulare l'art. 84.2 ET il *rdl* 7/2011 stabiliva che il contenuto del contratto collettivo aziendale avesse priorità rispetto agli accordi di ambito superiore, cioè della singola *Comunidad Autónoma*, o nazionale o di ambito inferiore (essenzialmente provinciale, e- ipoteticamente- a livello di comarca o locale) "*salvo que otra cosa se disponga ex artìculo 83.2 ET".*

La predetta priorità era circoscritta ad un *numerus clausus* di materie: retribuzione minima ed elementi accessori della stessa; pagamento o compensazione del lavoro straordinario; orario di lavoro e sua ripartizione; vacanze; l'adeguamento all'azienda del sistema di classificazione professionale dei lavoratori; l'adeguamento degli aspetti delle modalità di contrattazione o delle misure per favorire la conciliazione tra la vita privata, familiare e personale[236].

Inoltre, il legislatore estendeva il regime anzidetto di priorità applicativa ai "*contratti collettivi per un gruppo di imprese o una pluralità di imprese vincolate per ragioni organizzative, o produttive e nominativamente identificate*" regolati all'art. 87.1 ET.

In relazione ad altri aspetti del rapporto individuale non contemplati dall'art. 84 ET, i contratti collettivi di ambito statale o della Comunità autonoma potevano ampliare, ma anche proibire, le materie rispetto alle quali era prevista la priorità applicativa dell'accordo aziendale.

[235] Cfr. Tomás Sala Franco, *La reforma de la negociación colectiva,* in *Jornadas hispano-italianas sobre reformas legislativas del derecho laboral en tiempo de crisis,* Lowcostbooks, Valencia, 2013, p. 18.

[236] Per un'analisi del contenuto delle materie oggetto di disciplina in sede di contrattazione aziendale, v. *infra.*

La nuova formulazione dell'art. 84 ET aveva senza dubbio aumentato il raggio di influenza dell'accordo collettivo aziendale vista l'ampio catalogo di profili che lo stesso può disciplinare; tuttavia, l'effettiva portata applicativa era subordinata alla volontà degli accordi interconfederali: in tal modo veniva creato un sistema dove continuavano a predominare le grandi centrali sindacali (Ugt e Ccoo) ed associazioni datoriali (Ceoe e Cepyme) per difendere un assetto centralizzato di contrattazione collettiva, pur con possibili aperture verso il decentramento[237]; opzione legislativa che non è stata scevra di critiche, visto che il contratto aziendale si sarebbe situato in una posizione frutto delle scelte contingenti delle grandi centrali sindacali, che avrebbero assunto una posizione "monopolistica" nelle scelte di geografia contrattuale[238].

2.3.La riforma del 2012: verso la definitiva decentralizzazione.

Se in base al *rdl* 7/2011 la priorità applicativa del contratto collettivo aziendale aveva carattere dispositivo, ciò scompare del tutto con il nuovo art. 84, co. 2 ET come riformato dal *rdl* 3/2012, con cui si stabilisce un'eccezione legale di carattere imperativo per le parti sociali[239].

Infatti, il nuovo art. 84, co. 2 ET elimina la possibilità per gli accordi interconfederali o contratti collettivi di categoria di settore di cui all'art. 83, co. 2 ET di derogare al principio della superiorità gerarchica del contratto di impresa: infatti si prevede che gli accordi di cui all'art. 83, co. 2 Et "*no podrán disponer de la prioridad aplicativa en este apartado"*, indipendentemente dalla struttura della contrattazione collettiva che in un determinato settore le parti sociali possano considerare più appropriata; in altri termini, se sino al 12 febbraio- data di entrata

[237] Cfr. Tomás Sala Franco, *La reforma de la negociación colectiva,*cit., p. 19; L. Mella Méndez, *La nueva estrucutura de la negociación colectivs en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor,*cit., p. 5; S. González Ortega, *La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012,* in *TL-RATBS,*115/2012, p. 91, che intravede nel potere dato all'autonomia collettiva una sorta di contropartita perché le parti sociali accettassero il processo di decentralizzazione.

[238] Cfr. J. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el real decreto-ley 7/2011,* cit. p. 98; Id., *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la ley 3/2012,* cit., p. 17, il quale sottolinea come la riforma del 2011 non abbia avuto grandi risultati pratici, giacchè tutti gli accordi collettivi di categoria siglati dopo l'entrata in vigore del rdl 7/2011 hanno mantenuto l'applicazione obbligatoria delle proprie clausole in tutti i loro livelli geografici (nazionale, di Comunità Autonoma…).

[239] Cfr. M. del Carmen Lopez Aniorte, *La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales,* in F. Cavas Martínez, *La reforma laboral de 2012,* cit., p. 169.

in vigore del rdl 3/2012- la priorità applicativa del contratto collettivo aziendale era rimessa alla volontà delle parti sociali, a partire da questa data sarà assoluta, e dunque operativa indipendentemente dalla volontà delle stesse[240].

Da un punto di vista di tecnica normativa, il principio della supremazia dell'accordo aziendale si costruisce attraverso una duplice eccezione: al generale principio del *prior in tempore potior in jure* di cui all'art. 84.1 ET[241], ed inoltre alla possibilità che gli accordi e contratti di cui all'art. 83, co. 2 ET, possano imporre la struttura della contrattazione collettiva (che è a sua volta un'eccezione alla priorità temporale quale criterio di risoluzione dei conflitti tra contratti collettivi); detto in altri termini, nella sistematica del titolo III dell'ET la supremazia del contratto aziendale è un'eccezione al principio del *prior in tempore,* formalmente ancora non abolito[242].

E' importante precisare come l'eccezione alla regola di concorrenza di cui all'art. 84,2 ET si riferisce alla sola ipotesi di concorrenza tra contratti aziendali con quelli di livello statale, di *Comunidad Autónoma* o di livello inferiore (provinciale): non sarà dunque possibile stipulare un contratto di *centro de trabajo* (ramo d'azienda) durante la vigenza di quello aziendale, altrimenti si verificherà il divieto di concorrenza legalmente proibito[243].

Ciò posto, alla *primauté* del contratto aziendale fa da contraltare l'erosione del principio del *prior in tempore,* che resta oramai circoscritto ad ipotesi residuali: l'eventuale compresenza tra contratti collettivi di categoria; in caso di conflitto tra un contratto aziendale anteriore ed un accordo di categoria posteriore, nel qual caso si applicherà la regola di cui all'art. 84, co. 1, ET, e non quella di cui all'art. 84, co. 2, ET.

Inoltre la priorità applicativa appena analizzata si estende anche ai contratti di gruppo di imprese o contratti di gruppi di imprese vincolate da ragioni di carattere

[240] Cfr. E. Román Vaca, *Estructura de la negociación: novedades del artículo 83.2 ET tras las reformas de 2011 y 2012,* in J. Gorelli Hernández, I. María Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* cit., p. 51.
[241] Cfr. J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,* cit., p. 768.
[242] Cfr. J. Gorelli Hernández*, Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa,* in *RL*, 9/2013, p. 48; Id., *La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva,* in J. Gorelli Hernández, I. María Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* cit., pp. 70 ss.
[243] Cfr. J. R. Mercader Uguina, *El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva,* cit., p. 29.

organizzativo, produttivo e nominativamente identificate (le cosiddette *empresas en red),* espressione di una politica legislativa che considera l'accordo di gruppo come *subspecies* del contratto collettivo aziendale[244]: stando così le cose, di fronte ad un anteriore contratto di categoria, quello di gruppo di imprese avrà priorità applicativa, così come sarà possibile che accordi interconfederali e contratti collettivi statali o della singola *Comunidad Autónoma* ne amplino il raggio d'azione.

L'aspetto oscuro della riforma è che nessuna previsione normativa regola espressamente i rapporti tra contratto aziendale e di gruppo di imprese: il problema non è meramente teorico, posto che nella prassi delle relazioni industriali ben può esservi un gruppo di imprese con diversi contratti aziendali; al riguardo è stata formulata un'interpretazione restrittiva della norma di cui all'art. 82, co. 3. ET, vistane la portata eccezionale, in maniera che in caso di concorrenza tra un accordo aziendale ed uno di gruppo di imprese si applicherà il criterio del *prior in tempore potior in jure*[245].

Sulla scorta di un'interpretazione letterale, l'eccezione della regola di concorrenza di cui all'art. 84, co. 2 ET va circoscritta ai soli contratti di impresa o gruppo di imprese in relazione a quelli di categoria statale, autonomico o di ambito inferiore: ciò posto, il contratto aziendale o di gruppo di imprese è soggetto ai principi di

---

[244] Cfr. J. Gárate Castro, *La reforma de las reglas de legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos,* in *RL*,23-24/2011, p. 69, secondo cui per potersi configurare il gruppo di imprese come autonoma unità negoziale non è sufficiente la circostanza che le imprese siano ubicate nel medesimo luogo, o che si dedichino ad identiche attività in seno al medesimo contesto produttivo-merceologico; si richiede invece la sussistenza di un legame tra le imprese per ragioni di carattere organizzativo o produttivo, come nel caso di frammentazione del ciclo produttivo, o di subfornitura o delocalizzazione; F. J. Gomez Abelleira, *La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva,* in I. García-Perrote Escartín, J. R. Mercader Uguina (directores), *La reforma de la negociación colectiva,*cit., p. 138, secondo cui il contratto di impresa e quello di gruppo di imprese stanno in un rapporto di genere a specie, posta l'assimilazione operata dall'art. 84, co. 2 ET, *Párrafo 2 del apartado 2*, e p. 140: il gruppo di imprese si configura quando più aziende occupino il medesimo spazio fisico, partecipino ad uno stesso processo gestionale e produttivo, si uniscano temporalmente, oppure siano in una relazione gerarchica, del tipo impresa *franchisor* ed impresa *franchisee.*

Per la dottrina anteriore al rdl 7/2011 e 3/2012 cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit., p. 133, che sussume gli accordi di gruppo di imprese all'interno del contratto aziendale, purchè ne assolvano le funzioni tipiche, come ad esempio in materia di riorganizzazione produttiva (licenziamenti collettivi, trasferimenti, sospensione temporanea dell'attività produttiva…), o di disciplina del rapporto individuale di lavoro (documentazione della retribuzione, distribuzione dell'orario di lavoro…).

[245] Cfr. J. Gorelli Hernández*, Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa,* cit., pp. 45, 46.

non concorrenza e priorità temporale di cui all'art. 84, co. 1 ET in relazione al *convenio franja,* o di *centro de trabajo*[246].

Sul punto va ricordato come il rdl 3/2012 abbia contraddetto la volontà delle parti sociali, che nel *II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012,2013 y 2014*[247] auspicavano una decentralizzazione operata dagli accordi di categoria, permettendo che la disciplina in materia di orario giornaliero di lavoro, mansioni e retribuzioni venisse regolata dalla contrattazione aziendale, quale soluzione limite in caso di situazioni critiche per l'impresa[248].

Più in particolare, le parti sociali si esprimevano in termini chiari per la decentralizzazione delle relazioni industriali, con una dichiarazione del tutto simile a quella dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, ma con una serie di vincoli: dovevano essere le organizzazioni di categoria a stimolare la contrattazione aziendale, "*su iniziativa delle parti interessate"*, in materia di orario di lavoro giornaliero, mansioni e salario, "*essendo questo l'ambito più adeguato per disciplinare le predette materie"*; inoltre, vero è che l'Accordo stabiliva una serie di raccomandazioni in ordine all'inapplicazione concertata di talune condizioni di lavoro di cui al contratto collettivo di categoria (*Capítulo IV)*, ma nel contempo prevedeva che gli stessi accordi di categoria dovessero contenere "*cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo"*, restando comunque esclusa la disciplina del *descuelgue* e del contratto collettivo *estatutario*[249].

---

[246] Cfr. J. Gorelli Hernández*, Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa,* cit., p. 43, secondo cui "*hay que interpretar la excepción de manera estricta"* alla luce del generale principio del *prior in tempore*; J. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la ley 3/2012*, cit., p. 439; T. Sala Franco, *La reforma de la negociación colectiva*, cit., pp. 31-33, per cui il ricorso al contratto aziendale era uno strumento per perseguire la flessibilità interna, da considerarsi quale *ultima ratio* per fronteggiare le crisi di impresa; F. Valdés-Dal-Ré, *Las claves de la reforma laboral 2012,* in *RL*, 23-24/2012, p. 240, secondo cui il rdl 3/2012 ha inferto un grave ed ingiustificato colpo alla grande opzione di politica del diritto raggiunta dalle parti sociali, ovvero l'autogoverno della struttura della contrattazione collettiva.

[247] L'accordo era stato siglato il 25 gennaio 2012, a seguito del processo di dialogo sociale iniziato dal Governo iberico il 30 novembre 2011 con CEOE/CEPYME, CC.OO. e UGT.

[248] Secondo il II AENC "*Los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornadas, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias. Y ello sin perjuicio de otras alternativas complementarias a los convenios de empresa, como son los acuerdos o pactos de empresa suscritos por sujetos legitimados en el art. 87.1 ET. El ámbito superior de negociación debe respetar el equilibrio contractual de las partes a nivel de empresa hasta el término de la vigencia de este convenio colectivo"*.

[249] Il *convenio colectivo estatutario* è quello dotato di efficacia generale in presenza dei presupposti soggettivi e formali di cui agli artt. 82 ET e ss., cui si contrappone il *convenio colectivo extraestatutario,*stipulato all'esterno delle regole di cui alla legge, cui si applicano le disposizioni codicistiche e non si riconosce efficacia generale: in generale cfr. J. R.

Inoltre, il diverso intento degli attori sociali rispetto ad una decentralizzazione imposta unilateralmente per legge è risultato evidente in vari accordi di categoria: a titolo meramente esemplificativo il *Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción* (Boe del 15 marzo 2012), firmato e registrato poco prima dell'entrata in vigore del rdl 3/2012, ed in vigore dal 1^0 febbraio 2012, mantiene la *primauté* assoluta di quanto pattuito al livello più alto; in senso analogo dispongono vari contratti nazionali di categoria: il *Convenio Colectivo para empresas del sector de harinas panificables y semolas 2011-2014* (Boe del 26 gennaio 2012), che nel secondo protocollo stabilisce come il contratto collettivo di categoria tiene priorità, in ciascuna delle materie che disciplina, rispetto ad accordi collettivi di ambito geografico più ristretto; il *Convenio colectivo estatal de jardinería* che respinge esplicitamente persino la riforma del 2011[250]; ed il *XVI Convenio de Químicas* che precisa che i contratti collettivi aziendali saranno efficaci una volta scaduto quello di categoria.

Da ultimo, per ciò che attiene agli accordi collettivi stipulati a livello della singola *Comunidad Autónoma,* si pensi al *IV Convenio de pompas fúnebres de Galicia*, sottoscritto il 17 febbraio 2012, che vieta alla contrattazione aziendale di disciplinare talune materie su cui avrebbe esclusiva competenza in base alla legge: infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 2 "*le parti concordano espressamente che, a far data dall'entrata in vigore del presente contratto, le materie contemplate dall'art. 84.4 ET, ovvero la struttura e l'ammontare delle retribuzioni e degli emolumenti extraretributivi; l'orario di lavoro; il pagamento, la compensazione e l'importo della retribuzione del lavoro straordinario e la retribuzione del lavoro a turnos non potranno essere regolati dai contratti collettivi"* cui si riferisce l'art. 84.2 ed 84.3 ET, ovvero "*contratti, accordi o pattuizioni di impresa"*[251].

Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,* cit., pp. 711 e 712; A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* cit., p. 206.

[250] "*Las partes acuerdan expresamente que, a partir de la entrada en vigor del presente Convenio, las materias establecidas en el artículo 84.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como la estructura y cuantía de las retribuciones salariales y extrasalariales, la jornada, el abono, compensación e importe de retribución de las horas extraordinarias y la retribución del trabajo a turnos no podrán ser regulados por los convenios colectivos a que se refieren los apartados 2^0 y 3^0 del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, pactos o acuerdos colectivos de empresas".*

[251] Cfr. DOG de 27 marzo 2012.

Sebbene i predetti contratti collettivi dispongano diversamente, il legislatore ha optato per non postergare l'entrata in vigore della riforma alla naturale scadenza dei contratti di categoria, in modo tale che i *convenios de sector* approvati dopo l'entrata in vigore del rdl 3/2012 non possono né impedire l'operatività della nuova cornice né prevedere dei minimi di trattamento che vadano comunque rispettati dal successivo accordo aziendale[252].

Nella prassi delle relazioni industriali, le parti sociali hanno tentato di contravvenire ad una regola imperativa come quella di cui all'art. 84, co. 2 ET nel *V Convenio Coletivo de Sector de Derivados del Cemento*, stipulato pochi giorni dopo l'entrata in vigore del *rdl* 3/2012, e per questo impugnato dalla *Dirección General de Empleo*[253] innanzi all'*Audiencia Nacional*[254] in virtù dei poteri di cui all'art. 90, co. 5 del medesimo ET.

Più specificamente, le clausole oggetto di impugnazione sono state: l'art. 41, secondo cui la retribuzione minima dei lavoratori nel settore del cemento viene determinata dal contratto di categoria, con l'obbligo per i contratti di ambito territoriale inferiore di conformarvisi entro un termine massimo; l'art. 58, che stabilisce l'obbligo per i contratti collettivi aziendali di conformarsi in materia di struttura ed ammontare della retribuzione a quanto pattuito nel contratto nazionale; l'art. 34 lett. d, in cui si autorizzano i contratti collettivi di livello inferiore a quello statale a pattuire riposi giornalieri, senza che ciò pregiudichi la disciplina dell'accordo di categoria in materia di giornata lavorativa.

Per corroborarne la centralità, le parti concludevano il predetto accordo collettivo con la postilla secondo cui "*El V Convenio General de la Construcción del cemento tine prioridad aplicativa sobre cualesquiera otras disposiciones*".

---

[252] Cfr. M. Lláno Sánchez, *La negociación colectiva,* in A. Montoya Melgar, J. García Murcia (Directores), *Comentario a la reforma laboral de 2012,* Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 353; J. Merceder Uguina, *La reforma de la negociación colectiva en el rdl 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad,* cit., p. 376.

[253] La *Dirección General de Empleo* è un dipartimento del *Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social*.

[254] La *Audiencia Nacional* è l'organo giurisdizionale che conosce nel merito delle controversie che estendano i suoi effetti ad un ambito territoriale superiore a quello della sigola *Comunidad Autónoma;* per le controversie in materia di lavoro vi è un'apposita *Sala de lo Social*: cfr. J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,*cit., p. 887.

La *Audiencia Nacional*, con sentenza 10 settembre 2012, n. 134848[255] ha accolto il ricorso presentato dalla *Dirección General de Empleo* sulla scorta del consolidato indirizzo giurisprudenziale per cui quanto previsto dalla legge prevale sul contratto collettivo, in virtù del principio di gerarchia normativa e della supremazia della legge nel sistema delle fonti del diritto[256].

Più in particolare, il ricorso è stato accolto sulla scorta dell'art. 3. co.3 ET, che statuisce il principio di *jerarquía normativa* nella dialettica legge-accordo collettivo, secondo una lettura costituzionalmente orientata alla luce del principio di legalità di cui all'art. 9, co. 3 della costituzione del 1978; ciò posto, ed indipendentemente dalla data di entrata in vigore del contratto collettivo impugnato, il criterio discretivo è quello della data di entrata in vigore della norma legale (12 febbraio 2012), sicché a partire da questo momento i contratti collettivi si debbono conformare alla legge, indipendentemente dalla circostanza che esistessero o meno anteriormente.

Al riguardo, la *Audiencia Nacional* ha ribadito un consolidato indirizzo, secondo cui quando un contratto collettivo "*durante la sua vigenza divenga si caratterizzi per illegalità sopravvenuta per l'entrata in vigore di una legge che, in modo tacito o espresso, lo contraddica, il predetto accordo collettivo deve sottostare e conformarsi alla legge in virtù- per lo meno- del principio di gerarchia normativa che, consacrato a livello generale nell'articolo 9.3 della Costituzione Spagnola del 1978, è inoltre contemplato nell'articolo 3.1 dell'Estatuto de los Trabajadores del 25 marzo del 1995, quindi, per definizione, una norma di rango inferiore, quale un contratto collettivo, non può essere in contrasto o collidere in alcun modo con altra di*

[255] Cfr. Audiencia Nacional, 10 septiembre 2012, n. 134848/2012, secondo cui il contratto collettivo deve conformarsi a quanto previsto dalla legge vigente nel momento in cui si firma "*con independencia de que existieran con anterioridad o no, por que tal es el juego de la jerarquía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico"*con nota di G. García Gonzalez, *La prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2012,* in *RL*, 2/2013, pp.75-84; J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,*cit., p. 769.

[256] Cfr. STC 58/1985 del 30 aprile secondo cui la presenza degli accordi collettivi nel sistema delle fonti del diritto determina "*el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva"* senza che sia possibile "*asimilar las relaciones entre ley y convenio a las que se istauran entre norma delegante y norma delegada"*; in senso conforme: STC 210/1990 del 20 dicembre, per cui "*De forma permanente se viene indicando que el Convenio Colectivo debe respetar la ley y someterse a ella, incluso que los convenios colectivos vigentes pierdan su eficacia en aquellos contenidos que son modificados por la ley, sin que ello suponga un efecto retroactivo de esta, sino la plasmación de la dinámica legislativa de un Estado social y democrático de Derecho, donde se instrumentalizan los medios de historicidad del derecho, que no es estático sino que atiende a las necesidades del colectivo social*"; STS del 20 dicembre del 2007, n. 324021.

grado superiore, quale è la legge"[257]; il tutto è suffragato dalla recente giurisprudenza di merito che, in un caso analogo a quello in esame, ha affermato che una modificazione legislativa in contrasto con un accordo collettivo avrà ripercussioni immediate sugli accordi vigenti, essendo tale situazione "*manifestazione della gerarchia tra le fonti del diritto"*, senza che sia compromesso "*il contenuto mimimo del diritto alla contrattazione collettiva…, e quanto si verifica è manifestazione non del contenuto minimo di tale diritto, ma di una contrattazione che non continua a dispiegare i propri effetti, si reprime o si blinda di fronte alla legge, che si manifesta con tutta la sua importanza ed impatto modificativo, ma che non lede la libertà di contrattazione collettiva ed il contratto collettivo, il quale dispiega tutte le proprie proprietà e caratteristiche, ma con una limitazione imposta dalla gerarchia e dal rango di legge"*[258].

In ultima analisi, la *Audiencia Nacional* ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 34lett. b, 41 e 58 del *V Convenio Coletivo de Sector de Derivados del Cemento*, perché in contrasto con la nuova versione dell'art. 84, co. 2 ET come modificato dal rdl 3/2012 sulla base del combinato disposto dei principi costituzionali di gerarchia tra le fonti del diritto e di irretroattività della norma di legge[259].

La sentenza, della cui correttezza tecnica non è dato dubitare[260], è stata impugnata tramite ricorso per Cassazione innanzi al *Tribunal Supremo* da parte della *Federación de la Construcción, Maderas y Afines de CC.OO.* e da quella *Madera, Construcción y Afines de UGT*, aprendosi dunque la strada per un'eventuale ricorso per violazione del dettato costituzionale, visto il possibile contrasto tra l'art. 84, co. 2 ET nella nuova versione e l'art. 37.1 CE, che garantisce il diritto alla contrattazione collettiva[261].

Il predetto indirizzo interpretativo implica senza dubbio l'illegittimità degli altri contratti collettivi di categoria, siglati poco dopo l'entrata in vigore del rdl 3/2012, in cui si dichiara la subordinazione degli accordi aziendali a quanto previsto da

[257] Cfr. Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 12 luglio 2006 (La ley 82071/2006).

[258] Cfr. STSJ, País Vasco, 20 settembre 2011 (La ley 296734/2006).

[259] Cfr. S. Perán Quesada, *La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estrucutra de la negociación colectiva,* in *RGDTSS*, 33/2013, p. 138.

[260] Cfr. G. García Gonzalez, , *La prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2012,* cit., p. 84, secondo cui "*la sentencia analizada es técnicamente correcta, limitandose a subsumir el caso concreto en la normativa aplicable".*

[261] Cfr. Art. 37.1 CE: "*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*".

quelli di categoria rispetto alle materie in cui prevale per legge la disciplina dell'accordo decentrato: i contratti aziendali sono vincolati *ad futurum* al rdl 3/2012, cioè a decorrere dal 12 febbraio 2012, data di entrata in vigore, non potranno essere soggetti a limitazioni delle loro prerogative, come configurate dal nuovo art. 84.2 ET[262].

In vari sono i casi le parti sociali si sono discostate dal precetto legale, soprattutto immediatamente dopo l'approvazione del rdl 3/2012, basti pensare al *I Convenio Colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas de España*[263], siglato il 16 febbraio 2012, che all'art. 2.2 prevede come "*i contratti aziendali, di gruppi di impresa e di pluralità di imprese vincolate per ragioni organizzative o produttive e nominalmente identificate restano soggetti, nella loro globalità, alle disposizioni contenute nel presente accordo collettivo e, se del caso, a quanto previsto negli ambiti inferiori (autonómico e provinciale)*", o ancora, al *III Convenio Colectivo Sectorial Estatal de Servicios Externos Auxiliares y Atención al Cliente en Empresas de Servicios Ferroviarios*[264] per cui la *cuantía salarial* è materia di esclusiva competenza del livello statale di contrattazione.

Negli ultimi mesi si è invece registrata una certa inversione di tendenza, come ad esempio nel *XVII Convenio colectivo general de la industria química*[265], in cui si afferma espressamente "*senza pregiudizio della priorità applicativa stabilita all'articolo 84.2 dello Statuto dei Lavoratori",* l'*Acuerdo marco de la industria salinera para el 2012*[266]*,* ed infine il *V Convenio colectivo estatal del sector de frabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*[267], il cui articolo 6 recita che: "*il presente contratto collettivo modifica e sostituisce in modo definitivo ed integra a tutti gli accordi collettivi, tranne i contratti di impresa, che anteriormente erano applicati ai soggetti cui si riferisce il presente accordo collettivo".*

---

[262] Al riguardo è di interesse la *Resolución de 26 de marzo de 2013* della *Dirección General de Empleo,* con cui si è registrato e pubblicato il *V Convenio colectivo generale del sector de derivados del cemento (Boe 9/4/2013),*che applica la sentenza in oggetto; inoltre l'art. 3 del predetto contratto all'art. 3 afferma che "*Ed attribuendo, sino all'11 febbraio 2012, priorità applicativa alle condizioni previste nei contratti di ambito provinciale o, se del caso, di Comunidad Autónoma rispetto a quelli aziendali, con l'unica eccezione delle materie espressamente attribuite a questi ultimi, nel paragrafo anteriore. Tale disposizione cesserà di essere efficace con decorrenza 12 febbraio 2012, per esecuzione provvisoria della Sentencia de la Audiencia Nacional numero 0095/2012, del 10/09/2012".*

[263] Cfr. Boe del 18 maggio 2013.

[264] Cfr. Boe del 13 aprile 2013.

[265] Cfr. Boe 9/4/2013.

[266] Cfr. Boe 2/4/2013.

[267] Cfr. Boe 20/3/2013

***

Infine, va osservato come il principio della priorità applicativa del contratto aziendale non si applica nell'ambito del lavoro pubblico, in cui vi è una struttura rigida della contrattazione collettiva: è infatti la legge a definire gli ambiti in cui si può ricorrere alla contrattazione collettiva stessa, ed i tavoli negoziali sono gli unici luoghi in cui modellare le condizioni di lavoro dei pubblici dipendenti; pertanto, nel sistema della contrattazione nel pubblico impiego, vige il principio di cui all'art. 83, co. 1, cioè la libertà di determinazione dell'ambito negoziale, ed in caso di "*concurrencia entre convenios colectivos"* si applicheranno le previsioni di cui all'art. 84, co 1 ET.

3.Le materie oggetto di esclusiva competenza del contratto aziendale.

La riforma del 2012 prevede che la priorità applicativa del contratto aziendale non sia assoluta ed incondizionata, ma circoscritta a determinate materie, che sono le stesse di cui al *rdl* 7/2011.

La novità della riforma del governo Rajoy è che le medesime possono essere ampliate tramite gli accordi interconfederali ed i contratti collettivi di cui all'art. 83, co, 2 ET, sulla base del rinvio operato all'art. 84, co. 2 ET.

Ciò implica che nelle materie non attribuite espressamente al livello aziendale di contrattazione dalla legge o dalle parti sociali, continuerà a dispiegare piena efficacia il generale divieto di concorrenza tra accordi collettivi di cui all'art. 84 ET, il cui corollario è l'inefficacia applicativa o mera inapplicabilità del contratto aziendale, che disciplini ambiti già trattati da un altro accordo, anteriore e gerarchicamente sovraordinato.

Prima di analizzare ciascuno dei presupposti, va osservato che l'art. 84, co. 2 Et prevede formalmente, come detto in precedenza, un *numerus clausus* di sei materie oggetto di disciplina esclusiva da parte del contratto collettivo aziendale, ove esistente; materie che in chiave sistemica possono essere ricondotte a cinque

nuclei tematici: retribuzione, orario di lavoro, classificazione professionale, contrattazione, misure di conciliazione della vita lavorativa con quella personale[268]. Inoltre, l'ambito di incidenza su ciascuna di queste da parte dell'accordo di impresa non è il medesimo: infatti, nel caso di "*cuantía salarial"*, distribuzione del "*tiempo de trabajo"* e misure per favorire la conciliazione tra la vita personale e familiare la priorità applicativa del contratto aziendale è piena ed incondizionata; invece, in relazione agli altri ambiti, la portata del contratto aziendale è più ridotta, in quanto subordinata ai limiti posti dal contratto di categoria, e quindi con una funzione traspositiva e/o di integrazione[269].

Più specificamente, le materie oggetto di disciplina da parte del contratto aziendale, con priorità applicativa rispetto a quanto contemplato in un eventuale contratto di categoria, sono:

a) *la cuantía del salario base y de los complementos salariales, includo los vinculados a la situación y resultados de la empresa;*

b) *el abono o compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos;*

c) *el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el regime de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones;*

d) *la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores;*

e) *la adapatación de los aspectos de la modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa;*

f) *las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal*;

g) *los acuerdos y convenios al que se refiere el artículo 83.2 podrán ampliar la relación de condiciones de trabajo anteriormente señalada".*

---

[268] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012,* cit., p. 42. Inoltre, ai sensi dell'art. 84.4 ET la contrattazione collettiva nazionale avrà competenza in relazione a: periodo di prova, modalità di assunzione, orario lavorativo massimo annuale, sanzioni disciplinari, norme minime in materia di prevenzioni dei rischi lavorativi e mobilità geografica.

[269] Cfr. J. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la ley 3/2012,* cit., p. 439; Id., *El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva,* p. 28, che nell'ambito delle competenze del contratto aziendale distingue tra materie "*que permiten una regulación plena e incondicionada"* e quelle rispetto alle quali opera una "*regulación adaptativa"*; F. Valdés Dal- Ré, *Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos,* in *RL*, 23/24-2011, p. 45.

1.Cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluso los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

A seguito della riforma la determinazione della retribuzione, prima riservata al contratto di categoria, è ora prerogativa del contratto aziendale in via prioritaria, in relazione sia al salario minimo, sia agli incrementi funzione dei risultati dell'azienda (bonus, premi di produttività…).

Sul punto la più recente giurisprudenza ha affermato che non sarà quindi più necessario come prima che gli elementi anzidetti siano determinati nelle *tablas salariales* dei contratti collettivi statali o della singola *Comunidad Autónoma*, e si impongano come "*remunerazioni economiche minime"* nei confronti dei contratti aziendali, che non vi si dovranno più conformare; inoltre, sempre nell'ambito delle "*condiciones retributivas"* sarà il contratto aziendale a stabilire modalità di pagamento o compensazione delle ore di lavoro straordinario[270].

Parte della dottrina ha sottolineato in chiave critica come la previsione normativa di cui in oggetto vincoli la quantificazione del salario alla produttività, e demandi quindi la determinazione della retribuzione alla singola impresa: vi sarebbe il duplice rischio di istituzionalizzazione dell'economia sommersa, che sino ad ora corrispondeva in nero ai prestatori stipendi inferiori ai minimi di categoria[271], e di creazione di forme di concorrenza sleale tra le imprese stesse[272].

Vi è invece chi ritiene che la norma abbia una portata applicativa circoscritta: sulla base dell'art. 26, co. ET il contratto collettivo di impresa non potrebbe disciplinare gli elementi della retribuzione con natura *extrasalarial*; inoltre la norma si riferisce al *quantum* della retribuzione, e non alla struttura della stessa[273].

2.El abono o compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

[270] Cfr. *Audiencia Nacional,* 95/2012, del 10 settembre, già analizzata.

[271] Cfr. C. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012…,*cit., p. 23, che intravede nella norma la "*legalización de cierta parte de la economía sumergida"*; L. Mella Méndez, *La nueva estructura de la negociación colectiva…,*cit., p. 9.

[272] Cfr. A. Baylos Grau, J. Cabeza Pereiro, *La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET,* in *RDS,* 59/2012, p. 223.

[273] Cfr. J. Gorelli Hernández, *La concurrencia de convenios tras la reforma…,* cit., p. 73, che ritiene comunque necessario al più presto un criterio di interpretazione giurisprudenziale.

La legge non contempla in alcun modo la giornata lavorativa in senso stretto, (ovvero il numero di ore annuali di lavoro), al pari della disciplina del tempo di lavoro effettivo, che andranno comunque rispettati a meno che non si ricorra al procedimento di inapplicazione delle condizioni stabilite nel contratto collettivo (il c.d. *descuelgue*, analizzato nel prosieguo della presente trattazione).

Sul punto è intervenuta la giurisprudenza, che ha evidenziato come una clausola di un accordo di categoria che preveda che "*nei contratti collettivi di ambito inferiore potranno stabilirsi interruzioni o pause durante l'orario giornaliero"* in maniera che "*in nessun caso disciplinino le modalità di valutazione e trattamento del tempo di lavoro effettivo che il presente accordo collettivo attribuisce alla giornata di lavoro"* è una pattuizione pienamente valida, che non lede l'art. 84, co. 2 ET, posto che non si debbono confondere la distribuzione dell'orario di lavoro con la valutazione ed il trattamento del lavoro effettivo[274].

Ciò posto, il contratto di impresa ha priorità nel determinare le modalità di retribuzione dello straordinario (tramite emolumenti in danaro o forme di riposo compensativo) e del lavoro a turno.

3.La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores

Al riguardo la legge non prevede limiti concreti, riferendosi alla *adaptación*: il maggiore nodo interpretativo è delimitare sino a che punto l'accordo aziendale possa modificare i *grupos profesionales* come configurati dal contratto di categoria, nella consapevolezza che lo stesso non potrà mai elaborare un sistema di classificazione professionale totalmente differente.

In tal senso, il *rdl* 3/2012, più che introdurre una modifica effettiva delle funzioni del contratto aziendale, codificherebbe una prassi da molto tempo invalsa nelle relazioni industriali: l'accordo decentrato determina compiti, funzioni, abilità professionali o responsabilità all'interno dei gruppi professionali, o i criteri per

[274] Cfr. *Audiencia Nacional,* 95/2012, del 10 settembre, già analizzata.

l'inquadramento del personale, sulla base di una cornice già delineata dal contratto di categoria pur sempre applicabile[275].

A ciò si aggiunga la circostanza che il nuovo art. 22. Et impone ai contratti collettivi di effettuare un inquadramento dei prestatori di lavoro, non rigidamente basato sulle *categorías profesionales*, ma sui *grupos profesionales*[276], funzione rispetto alla quale gli accordi aziendali avranno priorità applicativa ai sensi dell'art. 84, co. 2 ET[277].

4. La adapatación de los aspectos de la modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.

Sul va osservato, in un'ottica garantista a tutela del prestatore di lavoro, come la norma di legge non attribuisce una competenza *ex novo* al contratto collettivo aziendale; al contrario si limita a ribadire che - ove la legge (*rectius* l'*Estatuto de los Trabajadores*) apra spazi alla contrattazione– il livello aziendale avrà priorità applicativa rispetto a quanto eventualmente previsto da contratti di categoria che regolamentino i medesimi aspetti[278].

Il contratto di impresa non potrà quindi creare nuove forme di lavoro flessibile, in quanto ciò è in generale proibito dalla legge all'autonomia collettiva; né tantomeno potrà ampliare ad oltre dodici mesi la durata massima dei contratti per la realizzazione di un'opera o servizio determinato, poichè tale prerogativa è riservata espressamente dalla legge al contratto di categoria ai sensi dell'art. 15.1.a ET.

Invece, ed a titolo esemplificativo, sempre ai sensi dell'ET i poteri del contratto collettivo aziendale potranno riguardare l'individuazione di quei lavori o compiti che possano giustificare il ricorso al contratto d'opera e servizio (art. 15.1.lett.a), oppure le attività rispetto alle quali sia ammissibile la somministrazione, o la fissazione dei criteri generali circa il rapporto adeguato tra il totale dei lavoratori

[275] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012,* cit., p. 43.
[276] Cfr. *Disposición adicional novena del rdl 3/2012*.
[277] Cfr. S. Gonzalez Ortega, *La negociación colectiva en el real decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* cit., p. 97.
[278] Cfr. C. L. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: especial…,* cit., p. 25.

somministrati e la pianta organica dell'impresa (art. 15.1.lett.b); ancora, la durata del contratto di formazione lavoro in funzione delle necessità organizzative e produttive dell'impresa, sempre che oscilli tra un minimo di un anno ed un massimo di tre (art. 11.2.b.ET); infine l'art. 12, co. 5 ET rimette ai contratti collettivi di categoria, e in loro assenza, a quelli di ambito inferiore, la percentuale di ore complementari che possono essere svolte da un lavoratore *part-time* a tempo indeterminato in aggiunta a quelle ordinarie.

Sulla base degli esempi appena formulati, risulta evidente come la nuova previsione normativa si inserisca in un sistema articolato ed a volte farraginoso di rinvii operati dalla legge alla fonte collettiva, che possono essere sinteticamente di tre tipologie: rinvio esclusivo al contratto di categoria[279]; rinvio al contratto di categoria, ed in sua assenza, a quelli di ambito inferiore[280]; generica attribuzione di competenza normativa alla contrattazione collettiva[281] o al contratto collettivo[282], senza distinguere espressamente l'ambito applicativo.

La dottrina è propensa a riconoscere priorità applicativa al contratto aziendale in tutti e tre i casi in un'ottica di coerenza con la finalità della norma, che è quella di plasmare i presupposti causali delle assunzioni alle esigenze dell'impresa, poiché diversamente l'accordo decentrato prevarrebbe su quello di categoria solo in relazione a talune tipologie contrattuali e non altre[283].

5. Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Trattasi di una materia che solo di recente è divenuta oggetto di disciplina da parte del contratto collettivo, ai sensi dell'art. 44.1 della *Ley Orgánica 3/2001, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres*; è stato sottolineato come questo sia l'ambito più controverso e criticabile della riforma, nella misura in cui implica una contrattazione collettiva al ribasso delle tutele di cui a un contratto collettivo

[279] Cfr. art. 15.8 ET, in relazione alla possibilità che la prestazione dei fissi discontinui si sviluppi a tempo parziale; artt. 11.1.a, 11.1b, 15.1°) e 15.1.b) circa la durata del contratto d'opera

[280] Cfr. artt. 12.4.b), 12.4.g), 12.5 e 12.5.c) ET .

[281] Cfr. art. 15.1.a) ET, in relazione alla delimitazione del contratto d'opera.

[282] Cfr. artt. 11.2.b), 11.2.g); 12.5.d), 15.1.b) in materia di limiti ad un'eventuale chiamata nel lavoro somministrato ai sensi dell'art. 15.8..

[283] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012,* cit., pp. 43-44.

superiore, in relazione alle materie che possono interessare la conciliazione reale, come ad esempio il tempo di lavoro (riduzione dello stesso, orario flessibile, *part-time*), la sua organizzazione (turni) e retribuzione[284].

4.Il ricorso alla decretazione d'urgenza nel rdl 3/2012: profili di illegittimità costituzionale.

Da un punto di vista di legittimità costituzionale sono stati sollevati forti dubbi sul ricorso alla decretazione d'urgenza per riformare il sistema di contrattazione collettiva, alla luce dell'art. 86.1 CE: infatti, l'art. 86 della costituzione del 1978 consente il ricorso alla decretazione d'urgenza solo per ipotesi tassative e sempre che ricorra il presupposto di fatto abilitante, ovvero la necessaria ed urgente necessità[285].

Se si legge il preambolo del rdl 3/2012[286], la gravità della situazione è stata giustificata sulla base di tre argomenti: in primo luogo il contesto macroeconomico di riferimento, posto che "*España ha destruido más empleo, y más rapidamente, que las principales economías europeas*" in considerazione di un totale di disoccupati pari a 5.273.600 persone e di un tasso medio di disoccupazione di lunga durata pari a 14,8 mesi a fronte della media Ocse di 9,6 mesi.

In secondo luogo si è allegata la considerevole percentuale di lavoratori precari, pari al 25% della popolazione attiva, che invece nei paesi Ue si attesta attorno al 14%, e la relativa crescita dei costi per prestazioni sociali, aumentata nel dicembre 2011 da 1280 a 2584 milioni di euro.

---

[284]Cfr. J. Gorelli Hernández, *La concurrencia de convenios tras la reforma…,* cit., p. 74, secondo cui "*lo que se está permitiendo no es una mera y simple adaptación, sino la posibilidad de reducir los derechos de conciliación pactados en convenio superior*".

[285] Ai sensi dell'art. 86 CE "1. *En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al regime de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el regolamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia*".

[286] Cfr. rdl 3/2012, *apartado I sobre Exposición de motivos.*

Infine, l'esecutivo presieduto da Rajoy ha giustificato il ricorso alla decretazione d'urgenza sulla base della "*gravedad de la situación económica y del empleo descrita*", che implica l'adozione di una riforma immediata che fornisca agli operatori socio-economici una cornice normativa di sicurezza giuridica e fiducia in cui operare con certezza per recuperare l'occupazione.

Tuttavia, è stato sottolineato come il governo sembri contraddirsi proprio in seno alla *Exposición de los Motivos del Real Decreto-Ley* in ordine alla sussistenza dei caratteri di urgenza: a fronte delle varianti macroeconomiche congiunturali appena esposte, vi sarebbero delle istanze di tipo strutturale, posto che "*la crisis econoómica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español*" e che "*los problemas del mercado del trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales*", e che "*las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas*" (*párrafos 1-6 del apartado*)[287].

Sulla base dell'analisi letterale del preambolo difetterebbero dunque i presupposti di necessità ed urgenza previsti dall'art. 86.1 CE per il ricorso al decreto legge, che secondo la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* sono costituiti dall'eccezionalità, gravità, rilevanza ed imprevedibilità (cfr. STC 68/2007[288]); ove questi requisiti non dovessero ricorrere nel caso di specie, si escluderebbe "*prácticamente en el bloque del procedimento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de la Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes*".

I requisiti di urgenza e necessità sono stati ribaditi di recente dal Giudice delle leggi spagnolo, secondo cui, oltre al presupposto di fatto abilitante, deve sussistere "*una conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, lo que conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción*

[287] Cfr. M. I. Ribes Moreno, J. J. Fernández Alles, *La necesidad de un marco normativo integrado de relaciones laborales: a propósito de la nueva regulación de la negociación colectiva tras la ley 3/2012,* in *REDT*,57/2013, p. 189.
[288] Cfr. *Sentencia 68/2007, de 28 de marzo de 2007*, in www.tribunalconstitucional.es .

alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes"[289].

Sulla base dell'indirizzo in oggetto la dottrina ha osservato come il rdl 3/2012 sia tacciabile di incostituzionalità proprio per i presupposti di necessità ed urgenza in spregio dunque ad i procedimenti democratico-deliberativi[290], ed anche perché i presupposti abilitanti sarebbero ambigui e contraddittori[291].

Tali considerazioni sono state condivise dalla giurisprudenza: infatti il *Juzgado de lo Social n. 30 de Madrid* presentava *cuestión de inconstitucionalidad* in relazione alla disciplina di licenziamenti e retribuzioni nel rdl 3/2012, deducendo anche la violazione dell'art. 86.1 CE; la questione tuttavia non veniva accolta poiché a dire del Giudice delle leggi difettavano i presupposti di *aplicabilidad* e *relevancia* nella formulazione della *cuestión* medesima[292].

5. L'architettura complessiva della riforma: più critici che apologeti.

Per quanto la presente trattazione sia di diritto positivo, è opportuno sintetizzare l'ampio dibattito dottrinale circa l'opportunità o meno della riforma introdotta dal rdl 3/2012 del sistema di contrattazione aziendale: una prima corrente è fortemente critica verso il governo Rajoy, poiché a suo dire avrebbe ripristinato la concezione veteronovecentesca dell'impresa quale territorio di gestione esclusiva da parte dell'imprenditore, che si ergerebbe a *Herr im House* ("Padrone in casa propria") e di una conseguente concezione autoritaria delle relazioni di lavoro.

In altri termini si è posto l'accento sul venir meno della funzione promozionale del diritto del lavoro, che attribuendo in modo imperativo ed inderogabile priorità applicativa al contratto aziendale abdicherebbe alla funzione di contropotere che gli è stata attribuita dal dettato costituzionale, in quanto la forma di stato iberica è

[289] Cfr. *STC 100/2012, de 8 de mayo de 2012,* in *Boe n. 134, de 5 junio de 2012*, o in www.tribunalconstitucional.es .

[290] Cfr. M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés Dal-Ré, M.ª E. Casas Baamonde, *La nueva reforma laboral,* in *RL*, 3/2012, pp. 5, 6; A. Baylos Grau, *La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la ley 3/2012,*in *RDS,* 57/2012, p. 10.

[291] Cfr. M. Urrutikoetxea Barrutia, *El Preámbulo del Decreto-Ley de la reforma laboral española, o las retóricas de la manipulación,* en *RDS*, 57/2012, pp. 23 e 24.

[292] Cfr. *Auto Tc 191/2912, de 16 de octubre.*

"*un Estado Social de Derecho*"[293]; la negazione delle finalità egualitarie è inoltre desumibile dalla circostanza che il Preambolo del rdl 3/2012 giammai menziona la tutela del lavoro dipendente, che è invece sostituito dal concetto di stampo anglosassone di "*empleabilidad"* (ingl., ndr, *employability)*[294].

Stando così le cose, le funzioni solidaristiche della contrattazione collettiva sarebbero compromesse gravemente a meno che all'interno della singola impresa la *representación unitaria* o *sindical* non goda di una certa autorevolezza e forza contrattuale: al riguardo i rischi sono notevoli, tenuto conto che la stragrande maggioranza delle imprese spagnole sono di dimensione estremamente ridotta, e dunque impermeabili alla sindacalizzazione[295].

I dubbi politoco-giuridici di parte della dottrina sono stati fatti propri dalle forze di opposizione e dalle grandi centrali sindacali: Ugt e CCoo hanno presentato un ricorso innanzi al Direttore Generale dell'Oil per la sua trasmissione al comitato per la libertà sindacale, deducendo la violazione della libertà sindacale e del diritto alla contrattazione collettiva da parte del rdl 3/2012.

Secondo le forze sindacali la previsione normativa ha avuto la finalità di "*in modo chiaro e radicale, senza alcun dubbio, eliminare l'efficacia vincolante del contratto collettivo di categoria, indipendentemente dal fatto che la stessa fosse stata concertata e sottoscritta dalle organizzazioni sindacali ed imprenditoriali più rappresentative a livello statale o della Comunidad Autónoma"*, il che implica un attacco "*frontale e aperto il diritto costituzionale alla contrattazione collettiva, in relazione o connessione col diritto alla libertà sindacale intesa*

[293] Cfr. C. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012…,* cit., pp. 16 e 17.

[294] Cfr. A. Baylos Grau, *El sentido general de la reforma. La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del impresario,* cit., p. 11. L'autore fa leva sulla violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 1.1 CE, secondo cui "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"*; M. Urrutikoetxea Barrutia, *El Preámbulo del decreto.., cit.,*p. 23, secondo cui si è in presenza del "*desplazamiento del objeto de la ley laboral, que pasa de poseer un carácter tuitivo del trabajador y regular al trabajo en sí mismo a ser un mero instrumento de la estrategia empresarial*"; A. Merino Segovia, *Sentido y alcance de las reformas de 2012: nuevos (des)equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial,* in AAVV (Coordenador A. Baylos), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012"*, Bomarzo, 2012, p. 377, secondo cui la riforma del 2012 "*altera los equilibrios entre derecho del trabajo y libertad de empresa, dando cuerpo normativo a nuevos espacios de poder privado unilateral, que rompen la contractualidad colectiva garantista de los derechos laborales básicos".*

[295] Cfr. J. Gorelli Hernández, *nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa…,* cit., p. 63; S. Perán Quesada, *La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la…*, cit., pp. 130-131.

sotto il profilo del diritto all'attività collettiva, riconosciuti agli articoli 37.1 e 28.1 CE, al pari delle norme e dei principi garantiti dalle Convenzioni Oil 98 e 154"[296].

Inoltre il *Grupo Parlamentario Socialista e Izquierda Plural* ha presentato ricorso di incostituzionalità per il fatto che "*la normativa statale procede a fissare in modo esclusivo ed imperativo la struttura della contrattazione collettiva"* e che la legge attribuisca "*preferenza applicativa assoluta, incondizionata e senza possibilità di gradazione da parte delle organizzazioni sindacali ed imprenditoriali nell'esercizio della loro autonomia negoziale"*[297].

Vi è tuttavia chi sostiene la piena legittimità della riforma: il nuovo modello di contrattazione collettiva in senso decentralizzante è pienamente conforme alla costituzione del 1978, in quanto la nozione di libertà sindacale non va confusa con un concreto assetto delle relazioni industriali storicamente determinato; inoltre- sulla base della giurisprudenza del Tc[298]- si sostiene che la contrattazione collettiva non rientri nel novero dei diritti fondamentali o diritti pubblici soggettivi (ad es., la libertà personale), e dunque a differenza di questi ultimi è pienamente modificabile dal legislatore a condizione che il dettato normativo garantisca un dialogo effettivo tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori finalizzato al raggiungimento di un accordo[299].

6.I soggetti abilitati alla negoziazione e stipula di un contratto aziendale[300]: la riforma del rdl- 7/2011.

Il rdl 7/2011 ha modificato gli artt. 87 e 88 ET in relazione ad i soggetti abilitati a stipulare contratti collettivi aziendali e di gruppo di impresa di tipo *estatutario*, rafforzando il ruolo di taluni soggetti sindacali rispetto ad altri: la norma, rimasta intatta dopo la riforma del 2012, è finalizzata a raggiungere una "*maggiore e completa*

[296] Cfr. "*Queja que presentan UGT y CCOO ante el Director General de la Oit para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva*", in *www.ugt.es/actualidad/2012/mayo/Queja%20libertad%sindical%20OIT.pdf* .

[297] Cfr. http://www.psoe.es/saladeprensa/news/665285/page/psoe-presenta-recurso-inconstitucionalidad-contra reforma-laboral-.html .

[298] Cfr. SSTC 98/1985 del 29 luglio, secondo cui "*il fatto che la costituzione riconosca la contrattazione collettiva come mezzo necessario per l'esercizio dell'attività sindacale non la trasforma in uno dei diritti fondamentali*"; in senso conforme cfr. SSTC 165/1986 del 18 dicembre.

[299] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012,* cit., pp. 46-47; J. R. Mercader Uguina, *El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva,* cit., p. 26.

[300] Cfr. F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et réforme du marché du travail. Le cas espagnol,* cit., p. 19.

definizione dei soggetti che debbono negoziare i contratti collettivi e delle relative regole di legittimazione", ed in tal senso modifica il sistema anteriore, attribuendo preferenza alla *sección sindical*[301] rispetto alla *representación legal o unitaria de los trabajadores en la empresa*, costituita dai *delegados de personal* o dal *comité de empresa*[302].

Ai sensi del nuovo art. 87 ET, come modificato dal rdl 3/2011, per sottoscrivere un contratto aziendale o di gruppo di imprese:

1. En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los membro del comité.

La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios sectoriales.

En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.

2. En los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores:

---

[301] La *sección sindical* è costituita dall'insieme dei lavoratori di un'azienda o ramo d'azienda iscritti ad un sindacato, unici soggetti attivamente legittimati a costituirla conformemente a quanto previsto dall'art 8.1 della *Ley Orgánica sobre Libertad Sindical*; se poi il sindacato è maggiormente rappresentativo la *sección* avrà tra l'altro "*derecho a la negociación colectiva"* ai sensi dell'art. 8.2 della legge; più in particolare, su composizione e competenze dell'organo cfr. J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,*cit., pp. 698 ss.

[302] *Delegados de personal* e *comité de empresa* sono le forme principali di rappresentazione unitaria dei lavoratori in seno alla singola impresa, di tipo elettivo rispettivamente nelle imprese con meno di 50 e più di 10 lavoratori, o con più di 50 lavoratori; circa le competenze, queste sono essenzialmente di informazione e consultazione (uguaglianza di genere, contratti e subforniture, modificazioni della prestazione lavorativa, sanzioni, tutela dell'ambiente). Al riguardo cfr. J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,* cit., pp. 671-692.

a)los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindacales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos;

b)los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sinidicales afiliadas, federadas o confederadas a las mismas;

c) los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los membro de los comité de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

In relazione all'ambito geografico della contrattazione decentrata, viene confermato il principio della libera scelta dell'*unidad negociadora,* che può essere indifferentemente l'impresa nella sua globalità oppure anche delle unità più ristrette, come per esempio il ramo d'azienda, oppure i vari centri della medesima impresa in ragione di situazioni legittimanti la disparità di trattamento, sino ad arrivare a dipartimenti dei centri medesimi o ad un determinato gruppo di lavoratori (il c.d. *acuerdo franja)*[303].

Ciò posto, il nuovo testo dell'art. 87 ET si caratterizza per due aspetti innovativi: innanzi tutto conforma il modello statutario di contrattazione decentrata al mutato contesto microeconomico ed organizzativo, in cui alle imprese si aggiungono i gruppi di impresa e le cosiddette *empresas en red.*

Inoltre, l'art. 87 ET sembra accogliere i suggerimenti di quel filone dottrinale che aveva sottolineato la formulazione imprecisa della norma nella sua versione anteriore: infatti i soggetti attualmente legittimati sono come in precedenza i *comité de empresa* ed i *delegados de personal,* cui la legge aggiunge "*las secciones sindicales"* in sostituzione del più impreciso sintagma " *las representaciones sindicales"*[304].

---

[303] Sulla libertà delle parti sociali nella determinazione dell'unità negoziale, cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit., pp. 147-149, per cui il principio di cui all'art. 83, co. 1 Et (*"Los convenios colectivos tendrán el ámbito que las partes acuerden")* è regola di carattere generale, estrinsecazione dell'art. 37.1 CE, e pienamente valido anche per la contrattazione aziendale.

[304] Cfr. F. Javier Gómez Abelleira, *La reforma de las garantías subjetivas de la negociacón colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora,* in I. García Perrote Escartín, J. R. Mercader Uguina (Directores), *La reforma de la negociación colectiva,* cit., p. 132; J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012,* in "R*eformas estructurales y negociación colectiva"*, in *Monografias de Temas Laborales,* Sevilla, 2012, p. 48: la genericità dell'espressione

In relazione alle *secciones sindicales,* in assenza di ulteriori chiarificazioni, il disposto di cui all'art. 87.1 ET va raccordato con l'art. 8.2 della *Ley Orgánica sobre libertad sindical 11/1985* (d'ora in poi LOLS): conformemente ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale[305] sono solo le *secciones sindicales* espressione dei sindacati più rappresentativi, rispettivamente in ambito statale o autonomico, o che siano presenti nei *comité de empresa,* a potere validamente sedere al tavolo delle trattative aziendali.

La novità della riforma è che si ribalta la prospettiva del 1980: vero è che si mantiene il principio della doppia legittimazione negoziale, unitaria e sindacale, che non permette la contrattazione congiunta di ambedue all'insegna di un rapporto di reciproca esclusione; tuttavia sino al 2011 era demandato al datore di lavoro scegliere di contrattare con uno o con l'altro soggetto: adesso invece la nuova formulazione dell'art. 87, co. 1, ET, conferisce una posizione di preminenza alla *Sección Sindical*, purchè siano rispettate due condizioni:1) che questa così disponga; 2) che sommi la maggioranza dei membri del *comité de empresa* o dei *delegados de personal.*

Da un punto di vista di legittimità costituzionale, la preminenza della *sección sindical* va rinvenuto nell'art. 28.1 CE[306] quale più generale manifestazione della libertà sindacale, ed in alcune norme di rango sovranazionale ratificate dallo Stato spagnolo, segnatamente la Convenzione Oil 135 del 1971 e la Raccomandazione 143 del medesimo anno in materia di protezione e diritti dei lavoratori nell'impresa, nonché nella Convenzione Oil n. 154 del 1981 in materia di promozione della contrattazione collettiva[307].

---

proviene dal dato storico che la prima versione dello Statuto dei Lavoratori risale al 1980, e quindi anteriore alla creazione nel 1985 delle *secciones sindicales* tramite la *Ley Orgánica de Libertad Sindical.*

[305] Cfr. SSTS del 17 ottobre 1994, RJ 8053, e 28 febbraio 2000, RJ 2246.

[306] In virtù dell'art. 28.1 CE, rubricato "*Libertad de sindicación", "Todos tienen derecho a sindicarse libremente".*

[307] Ai sensi delle fonti sovranazionali citate, qualora in un'impresa coesistano rappresentanze dei lavoratori sindacali ed elettive si dovranno adottare delle misure adeguate per per far sì che la presenza di queste ultime "*no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus repreesentantes"*. Inoltre, va rammentato come anche la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* ha rammentato che se da un lato la libertà sindacale gode di riconoscimento costituzionale, dall'altro il *comité de empresa* ha un mero riconoscimento legale: cfr – *ex plurimis*- SSTC 118/1983, de diciembre, e 191/1996, de 26 de diciembre, reperibili in www.tribunalconstitucional.es .

Sul punto è stato osservato come la *ratio* di politica del diritto della norma sia quella di favorire nella contrattazione aziendale le due maggiori centrali sindacali a livello nazionale (UGT e CCOO) nonché i sindacati della singola *Comunidad Autónoma* più rappresentativi nel rispettivo ambito, che non dovranno dimostrare nessun tipo di radicamento in azienda, e relegando ad un ruolo sussidiario la *representación unitaria*, che sino ad allora nella stragrande maggioranza dei casi conduceva la contrattazione aziendale[308].

In questo modo, anche se privi di rappresentanti negli organismi unitari dell'impresa, queste organizzazioni più rappresentative godranno di rappresentanza in seno alla *comisión negociadora*.

6.1.La legittimazione attiva nel *convenio colectivo de franja*

Il nuovo art. 87 ET al paragrafo quarto regolamenta la legittimazione negoziale nel cosiddetto *"convenios de franja"*[309], cioè quelle manifestazioni della contrattazione aziendale che regolamentano il rapporto di lavoro di prestatori con uno specifico profilo professionale all'interno di una stessa impresa.

A seguito della riforma del 2011 la nuova formulazione del dettato normativo attribuisce competenza esclusiva a negoziare tali accordi al canale sindacale di rappresentanza, e viene quindi fugato ogni dubbio circa un'eventuale legittimazione delle ulteriori forme di rappresentazione sindacale di cui all'ET (*comité de empresa* e *delegados de personal*).

Tuttavia, non ogni *sección sindical* è attivamente legittimata in caso di *convenio de franja,* ma soltanto quelle che "*siano state designate secondo il criterio maggioritario a seguito di votazione personale, libera e segreta"*, eliminandosi il complesso meccanismo di designazione in assemblea; le *secciones* in oggetto ovviamente dovranno essere state votate da quel gruppo di lavoratori con uno specifico profilo professionale

[308] Cfr. I. Marín Alonso, *Legitimación y Comisión Negociadora,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* cit., pp. 102-103.

[309] L'espressione *convenio de franja* è di matrice dottrinale, cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit., p. 130: questi sottolinea come nella pratica si ricorra ai predetti accordi quando si debba temporaneamente supplire alla mancata regolamentazione da parte di un accordo aziendale di aspetti del rapporto individuale dei lavoratori del singolo gruppo professionale (ad es., l'articolazione della giornata lavorativa); e p. 134, secondo cui per aversi un legittimo *convenio de franja* è necessaria l'esatta determinazione dell'unità negoziale, pena la violazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione.

(*franja*): in tal senso depone un argomento di carattere sistematico, ovvero che la disciplina degli accordi in questione non si trovi più, come in precedenza, nello stesso paragrafo in cui si regolamenta la legittimazione negoziale delle *secciones sindicales* operanti in generale nell'impresa[310].

Le maggiori incertezze della norma sono da ravvisare nella mancata indicazione dei criteri per la designazione maggioritaria della *sección sindical*, che potrebbero teoricamente essere anche più d'una all'interno di uno stesso gruppo di lavoratori: sul punto *nulla quaestio* se all'interno del gruppo vi sia una sola *sección*, che rappresenterà i lavoratori dello stesso ove ottenga la maggioranza dei voti (la metà più uno degli aventi diritto), altrimenti non vi sarà alcun soggetto legittimato a negoziare un *convenio colectivo de franja estatutario*[311].

Ciò posto, nei casi in cui all'interno della stessa *franja* vi sia una pluralità di *secciones sindicales*, vista la poca chiarezza di fondo della norma, sono state avanzate due diverse interpretazioni: secondo alcuni, ogni *sección* eventualmente presente avrà diritto a formare parte della *comisión negociadora* in funzione dei voti ottenuti, ed il contratto collettivo eventualmente concluso sarà efficace *erga omnes* solo se approvato da quelle *secciones* che globalmente rappresentino almeno la metà più uno dei lavoratori della *franja*[312]; secondo altri è invece necessario che ciascun lavoratore voti per ognuna delle *secciones* della *franja* di appartenenza, ammettendosi il rischio che però nessuna di queste possa ottenere una maggioranza di voti, e dunque l'impossibilità di accordi collettivi per i lavoratori che nella stessa azienda abbiano uno specifico profilo professionale[313].

6.2. La legittimazione attiva nel contratto di gruppi di imprese o *empresas en red.*

La possibilità di stipulare dei contratti di gruppi di imprese già era ammessa dalla giurisprudenza sulla scorta del principio di libertà negoziale di cui all'art. 83, co. 1

[310] Cfr. F. J. Gómez Abeillera, *La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora,* cit., pp. 140, 141. Inoltre, rispetto alla previgente formulazione legislativa, si preclude la legittimazione negoziale alle *secciones sindicales* maggiormente rappresentative a livello statale e delle singola *Comunidad Autónoma*.

[311] Cfr. J. Gárate Castro, *Las reformas de la reglas de legitimación…,* cit., p. 65, secondo cui la maggioranza richiesta è quella assoluta tra tutti i lavoratori della *franja,* posto che ci si trova di fronte ad un accordo collettivo *estatutario*, cioè con efficacia *erga omnes*.

[312] Cfr. I. Marín Alonso, *Legitimación y Comisión Negociadora,* cit., pp. 105-106; F. J. Gómez Abeillera, *La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora,* cit., pp. 143-144.

[313] Cfr. J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012,* cit., p. 72.

ET[314]; a partire dalla data di entrata in vigore del rdl 7/2011 le regole per la legittimazione in tale caso sono identiche a quanto previsto in caso di contrattazione collettiva di categoria.

L'art. 87 ET accoglie quindi il c.d. *criterio mixto*[315], poiché- quando si debba stipulare un contratto di gruppo di impresa o *empresas en red*- i soggetti che potranno sedersi al tavolo delle trattative in rappresentanza dei lavoratori saranno quelli previsti per il contratto di categoria, ovvero soltanto i sindacati rappresentativi, senza che possa entrare in gioco il c.d. doppio canale[316]; la soluzione del legislatore è in sintonia con la più recente giurisprudenza di legittimità, che ha affermato come "*il diritto dei sindacati alla creazione di secciones o delegados sindicales de empresa nelle organizzazioni imprenditoriali dalla struttura complessa non attribuisce ai predetti organi sindacali in relazione alle imprese congiutamente considerate diritti che la legge ha previsto solo per le secciones o delegados de centro de trabajo; (…)una cosa è che i lavoratori iscritti al sindacato possano costituire una sección de empresa o centro de trabajo, che implicherà un adeguamento allo statuto del sindacato in questione…ed altra distinta che la Sección sindical si veda attribuiti i diritti che l'art. 8.2 le attribuisce"*[317].

Sul punto la dottrina è stata fortemente critica, poiché potrebbe configurarsi una eventuale lesione dell'art. 28 CE: infatti la legge designa soltanto i sindacati come soggetti esclusivamente titolari del potere di contrarre nei gruppi di imprese; inoltre in tal modo si sconfessa una pratica radicata nelle relazioni industriali iberiche, posto che in passato in molti casi il potere negoziale è stato attribuito alle *secciones sindicales*[318].

[314] Cfr. SSTS de 27 de avril de 1985-RJ 3273, y 30 octubre de 1995-Rj 7930, e 20 de octubre de 1997- RJ 8083.

[315] Sul criterio *mixto* cfr. J. Gárate Castro, *La reforma de las reglas de legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos*, in *RL*, 23-23/2011, p. 70, secondo cui i datori di lavoro saranno rappresentati conformemente alle regole che presiedono alla contrattazione collettiva aziendale, mentre i lavoratori come se si fosse in presenza di un contratto collettivo "*supraempresarial*", ovvero aziendale.

[316] Cfr . J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012,* cit., p. 51.

[317] Cfr. I. Marín Alonso, *Legitimación y Comisión Negociadora,* cit., p. 108.

[318] Cfr. il *Convenio del Grupo EADS*, che attribuisce il potere negoziale a un "*comité interempresarial*" di tipo unitario.

7. Il "*descuelgue salarial*" come alternativa al contratto collettivo aziendale, e l'inapplicazione delle clausole pattuite in un accordo collettivo.

Un altro strumento espressione della contrattazione collettiva aziendale sono i cosiddetti accordi di *descuelgue salarial*, presenti nell'esperienza giuridica iberica sin dagli anni settanta ed applicati in via generale dall'autonomia collettiva con l'*Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980*, ed infine positivizzati nell'ET del 1980 agli artt. 82.3 e 85.2: nell'originaria previsione normativa era possibile che nelle imprese, la cui situazione economica lo avesse eventualmente richiesto, si procedesse alla deroga rispetto alla disciplina retributiva prevista in via generale dal contratto collettivo.

L'originaria formulazione legislativa apriva sì alla decentralizzazione delle dinamiche retributive, ma in chiave senza dubbio garantista: infatti, l'art. 82.3 ET prevedeva che gli accordi collettivi di ambito superiore all'impresa avrebbero determinato i presupposti materiali e procedimentali per l'inapplicazione della disciplina retributiva dello stesso a quelle imprese, la cui sicurezza economica fosse stata minacciata da tale applicazione.

Inoltre l'art. 85.2c)ET, nel circoscrivere ulteriormente la portata del *descuelgue*, stabiliva che il contratto collettivo *supraempresarial* dovesse obbligatoriamente contemplare "*le condizioni ed i procedimenti per la non applicazione della disciplina retributiva che il medesimo preveda, in relazione alle imprese che ricadano nell'ambito del contratto quando questo sia superiore all'ambito aziendale, conformemente a quanto previsto dall'articolo 82.3"*.

Infine, nel caso in cui il contratto collettivo di categoria si fosse dimenticato di regolamentare il *descuelgue*, lo stesso art. 82.3 ET a mò di clausola generale di chiusura prevedeva che il *descuelgue* stesso avrebbe potuto operare solo in presenza di un accordo tra il datore di lavoro ed i rappresentanti dei lavoratori, e sempre che l'avesse richiesto la situazione economica dell'impresa[319].

[319] Per la disciplina del *descuelgue* anteriormente alle riforme del biennio 2011-2012 cfr. I. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit., pp. 259-263.

Di fatto, i requisiti stabiliti dalla contrattazione collettiva erano talmente restrittivi che era pretermessa la possibilità di ricorrere al *descuelgue salarial* di fronte alle specifiche crisi di impresa: infatti tanto i sindacati quanto le associazioni imprenditoriali ritenevano che clausole derogatorie in ambito retributivo rappresentassero forme di concorrenza sleale tra le imprese, poichè improntate al ribasso delle tutele.[320]

Le riforme di cui alla *ley* 35/2010[321] ed al *rdl* 7/2011 hanno aperto invece ulteriori margini al ricorso al *descuelgue salarial*, con un primo depotenziamento del contratto di categoria: infatti, queste stabilivano che fosse la legge stessa a disciplinare i presupposti materiali e procedimentali per il ricorso al *descuelgue*, posto che l'inapplicazione delle clausole retributive si sarebbe prodotta tramite accordo aziendale in presenza di una *causa económica*; quest'ultima si sarebbe verificata qualora l'impresa avesse conosciuto una diminuzione persistente del proprio livello di entrate, oppure vi fossero state delle ripercussioni negative come corollario del contenuto del contratto di categoria, con l'ulteriore rischio di compromettere l'occupazione nell'azienda[322].

Inoltre, in relazione alle modalità procedimentali si escludeva in tutto e per tutto che il *descuelgue* dipendesse dalla volontà della *comisión paritaria* costituita per l'interpretazione ed applicazione del contratto di categoria; e si prevedeva che nelle imprese sprovviste di *comité de empresa* o *delegados de personal* fosse possibile designare una commissione *ad hoc* direttamente da parte dei lavoratori.

Da un punto di vista applicativo, a livello di categoria le parti sociali rifiutavano il modello di *descuelgue* disegnato dal legislatore, già dall'entrata in vigore della ley 35/2010: vari accordi di *sector*- come ad esempio il *Convenio Colectivo Provincial de*

[320] Cfr. J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012,* in RDL, 57/2012, pp. 231-232.

[321] Ley 35/2010, de 16 de septiembre (BOE de 16 de septiembre), de medidas urgentes de reforma del mercado del trabajo.

[322] Cfr. M. del Carmen López Aniorte, *La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales,*p. 150; J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociaciónj colectiva…,* cit., p. 52, che parla di "*devaluación causal"* quale sinonimo di redazione meno rigorosa delle ipotesi di *descuelgue*; M. Gutiérrez Pérez, *La flexibilidad interna y externa negociada…,* in…, pp. 240-241; S. González Ortega, *La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012…,* cit., p. 109, che evidenzia la flessibilizzazione del *descuelgue salarial* sulla base della lettera della legge: il rdl 7/2011 prevedeva infatti che la situazione economica dell'impresa avrebbe potuto vedersi minacciata non solo in caso di dato reale ma anche come mera "*perspectiva económica"*.

Hostelería de Cáceres para los años 2011-2012[323], il *Convenio empresas cosecheras y productoras del tomate de Murcia*[324], ed il *I Convenio colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho*[325]- erano restii ad aprire al nuovo modello legislativo, ed a privarsi della funzione regolatoria da sempre ricoperta.

Il *rdl* 3/2012 ha ampliato ulteriormente le *chance* di ricorso al *descuelgue* per i contratti collettivi *estautarios* (cioè con efficacia *erga omnes*), nel più ampio contesto di valorizzazione dell'accordo aziendale da parte del governo Rajoy: infatti da un punto di vista sistematico la nuova formulazione dell'art. 82, co. 3 ET unifica le possibilità di inapplicazione dell'accordo collettivo in vigore di cui all'art. 41.6 ET con quelle di *descuelgue salarial*.

Invero, attualmente l'art. 41.6 ET prevede che "*la modificazione delle condizioni di lavoro stabilite nei contratti collettivi regolati dal titolo III della presente legge dovrà realizzarsi conformemente a quanto previsto dall'art. 82.3"*, ovvero che l'inapplicazione del contratto collettivo non si riduce al solo profilo retributivo, ma si estende anche alle condizio ni di lavoro previste nel contratto applicabile, sia di *sector* sia aziendale[326].

Sul punto, il legislatore si muove parzialmente nel solco della volontà delle parti sociali, che nel *II Acuerdo para el empleo y la negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014* del 25 di gennaio proponevano come strumento di flessibilità interna l'estensione del *descuelgue* ad altre materie diverse da quella meramente retributiva; la differenza risiede nel fatto che secondo le parti sociali dovevano essere i sindacati abilitati a firmare accordi di *sector* a prevedere la "*conveniencia de incluir cláusulas de inaplicación*

[323] DOE 10/10/2011.

[324] BORM 3/11/2011.

[325] BOE 21/10/2010, in cui si legge che (*Disposición adicional*): "*Le imprese, per non applicare le condizioni economiche stabilite in codesto contratto, dovranno comunicarlo innanzi tutto ai rappresentanti dei lavoratori, allegando le possibili ragioni, e manterranno contatti per un possibile accordo, documentando tutte le riunioni eventualmente tenute. Se entro il termine di 30 giorni non raggiungeranno nessun tipo di accordo, formalizzeranno il loro disaccordo, qualora l'impresa dovesse persistere nelle proprie ragioni per la non applicazione delle condizioni economiche, alla comisión paritaria del contratto, che entro quindici giorni convocherà le parti per prendere una decisione, che renderà entro trenta giorni. Qualunque impresa che non ottemperi siffatto processo, non potrà realizzare nessun tipi di descuelgue economico".*

[326] La versione dell'art. 41.6 ET antecedente la riforma del 2012 prevedeva la possibilità di modificare, tramite contratti aziendali stipulati coi rappresentanti dei lavoratori, determinate condizioni di lavoro stabilite nei contratti collettivi di efficacacia generale di ambito aziendale o superiore. Sul punto cfr. I. M. Alonso, *I principali aspetti della riforma del lavoro spagnola,* in *MGL,* agosto-settembre 2012, n. 89, p. 635.

temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo", ed inoltre che le previsioni dell'accordo erano una misura di tipo eccezionale e con "*proyección temporal limitada a la actual coyuntura"*, ben lungi dunque dall'opzione del 2012 che generalizza la misura in questione[327].

Infatti, come si legge nel preambolo del testo di legge, il ricorso al *desculgue* non necessariamente si inscrive in un meccanismo di *flexibilidad negociada*, presupponendo quindi un grande cambio di rotta rispetto alle precedenti riforme: "*L'ultima riforma del mercato del lavoro ha preteso rendere più semplice il ricorso al descuelgue, però, alla luce dei dati del 2011, in un contesto di aggravamento della crisi economica, non sembra che si stia avanzando significativamente al riguardo. La norma statale non ha permesso di sbloccare l'impasse frutto del mancato accordo coi rappresentanti dei lavoratori in ordine alla non applicazione delle condizioni previste nel contratto collettivo. Pertanto, onde facilitare l'adattamento delle retribuzioni e delle altre condizioni di lavoro previste alla produttività e competitività aziendale, questa legge incorpora una modifica della disciplina del descuelgue in modo che, di fronte al mancato accordo e la mancata soluzione del conflitto per altre vie autonome, le parti ricorrano ad un arbitrato canalizzato per il tramite della Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o organismi similari delle Comunidades Autónomas. Si tratta, in ogni caso, di organi tripartiti e, pertanto, con la presenza delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro, assieme alle ammnistrazion il cui intervento si giustifica in relazione alla necessità che i pubblici poteri assicurino la difesa della produttività come consegue dall'art. 38 della Costituzione Spagnola*".

In relazione al *descuelgue* saranno in ordine analizzati i presupposti applicativi e causali, la sua efficacia soggettiva, il processo di contrattazione, e da ultimo le modalità procedimentali di risoluzione delle controversie eventualmente insorte tra datore di lavoro ed organizzazioni sindacali.

[327] Cfr. M. A. Castro Argüelles, *Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo,* cit., p. 372; J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad…,* cit. pp. 422.423. In generale, circa la disciplina del *descuelgue* a seguito delle leggi del 2010 e del 2011 cfr. M. L. Moreno Marañon, *El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la ley 35/2010 y el rdl 7/2011,*in R. Escudero Rodriguez (Coordinación), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012,* pp. 159-202. Sulla disciplina introdotta nel 1994, cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit., pp. 259-270.

7.1.Ambito e materie oggetto di *descuelgue.*

1.Per ciò che attiene l'ambito di efficacia oggettiva del *descuelgue,* la riforma del 2012 prevede la possibilità di inapplicare la disciplina contrattual-collettiva di categoria o di impresa, mentre il regime anteriore circoscriveva il *desculgue* ai soli accordi collettivi di ambito superiore all'azienda.

Al riguardo alcuni autori hanno sottolineato l'irragionevolezza della norma: infatti quest'ultima consente che un accordo aziendale modifichi quanto pattuito in un contratto del medesimo livello, sul presupposto che nella contrattazione del primo accordo aziendale le parti sociali avrebbero dovuto tenere presenti le specificità della singola impresa, che giustificavano una disciplina derogatoria del contratto di categoria[328].

Sul punto sono state avanzate varie ipotesi per circoscrivere il c.d. *autodescuelgue*, nella consapevolezza dell'incertezza di fondo della norma: tale accordo sarebbe legittimo soltanto se tra lo stesso ed il precedente contratto aziendale non intercorresse un breve lasso di tempo, o se non si fosse ormai prossimi alla scadenza dell'accordo collettivo; viceversa, sarebbe ipotizzabile una violazione della clausola di buona fede se- una volta pubblicato l'accordo collettivo di impresa- si rinunciasse immediatamente alla sua revisione per ricorrere al *descuelgue*[329].

Inoltre, è stato ritenuto che il *descuelgue* operi in via analogica anche per i gruppi di imprese, per quanto non menzionati espressamente dal nuovo art. 82.3 Et, con l'unico limite giurisprudenziale che le causali legittimanti siano considerate in relazione alla pluralità di aziende costituenti la realtà di gruppo[330].

2.In relazione alla durata, il nuovo dettato normativo gioca a favore di un *descuelgue* potenzialmente illimitato nel tempo: quest'ultimo infatti non è più sottoposto al

[328] Cfr. M. Gutiérrez Pérez, *La flexibilidad interna y externa negociada…,* cit., p. 242, secondo cui con la nuova regolamentazione il *descuelgue* abdica alla funzione tradizionale di strumento di flessibilizzazione delle tutele in azienda rispetto al contratto collettivo di ambito sovra-aziendale; cfr. J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad…,* cit., p. 423: la riforma legittima pienamente il c.d. "*autodescuelgue".*

[329] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva,* cit., p. 87.

[330] Cfr. STSJ Andalucía de 17 de enero de 2012 (JUR 201283023) secondo cui "*per ammettere un descuelgue salarial la situazione di deficit economico deve riferirsi a tutte le imprese del gruppo e non soltanto a talune di esse, e dunque... è necessario che i dati economici di tutte queste siano valutati globalmente per accedere al descuelgue salarial di impresa".*

limite di tre anni di cui all'anteriore versione dell'art. 82.3 ET, ed inoltre non dovrà più avere come durata massima quella del contratto collettivo derogato, posto che potrà continuare ad operare sino a quando "*resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa"*; in tal senso depone anche la circostanza che il nuovo art. 82.3 ET ha abrogato l'obbligo di programmare nell'accordo (quando si verteva nell'ambito di *descuelgue salarial)* misure finalizzate alla progressiva convergenza o ritorno alle condizioni retributive di cui al contratto collettivo *supraempresarial* coinvolto[331].

Per ciò che attiene l'ambito materiale, l'art. 82.3 ET procede ad unificare i procedimenti di *descuelgue salarial* con quello di modificazioni sostanziali delle condizioni di lavoro di cui all'art. 41 ET, in modo tale che a seguito del *rdl* 3/2012 esiste solo un unico procedimento per ottenere l'inapplicazione di determinate condizioni stabilite in un accordo collettivo.

Ciò posto, attualmente il *descuelgue* si applica non soltanto alla retribuzione (*cuantía*, ovvero suo preciso ammontare, ed *estrucutura,* ovvero voci retributive[332]), ma anche ad una pluralità di altre materie, che sono le stesse di cui all'art. 82.3 ET: durata della giornata lavorativa, orario e distribuzione del tempo di lavoro; sistema di remunerazione e rendimento; modalità del sistema di *clasificación profesional*; misure di previdenza complementare (piani pensionistici, prestazioni assistenziali integrative, assicurazioni collettive, fondi mutualistici)[333].

---

[331] A livello convenzionale si sono apportate delle limitazioni al *descuelgue*: si pensi al *Convenio Auxiliar de Logística Aeroportuaria (*in Boe 27/12/2012), secondo cui il *descuelgue* avrà la durata massima di un anno.

[332] Cfr. A. Roldán Martinez, *El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación,* cit., p. 283: posto che l'oggetto del *descuelgue* sono tanto il *sistema de remuneración* quanto la *cuantía salarial* saranno possibili sia una retribuzione inferiore ai minimi di categoria, sia una diversa struttura salariale, con la sostituzione di componenti fisse dello stipendio con altri variabili legate alla produttività delle imprese; in senso conforme cfr. J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad…,* cit., p. 423, per cui il nuovo modello di *descuelgue* permette uno "sganciamento totale" con quanto stabilito dal contratto di categoria; F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et réforme du marché du travail: le cas espagnol,* cit., p. 26, che criticamente sottolinea come la norma traduca in termini tecnico-giuridici la politica di abbassamento delle retribuzioni per reggere la competitività; M. L. Martín Hernández, *L'ultima fase dell'evoluzione del diritto del lavoro spagnolo: le riforme del biennio 2010-2012,* in *DRI*, n. 4 Ottobre-Dicembre 2012, p. 9, secondo cui la nuova disciplina del *descuelgue* consente ormai la possibilità di uno "*sganciamento generalizzato*" (e non meramente salariale) di pressoché tutti gli aspetti principali del rapporto di lavoro, come disciplinati dal contratto collettivo.

[333] Secondo il testo di legge, gli accordi di *descuelgue* possono riguardare: *a)jornada de trabajo; b)horario y distribución del tiempo de trabajo; c) regimen de trabajo a turnos; d) sistema de remuneración y cuantía salarial; e) sistema de trabajo y rendimento; f) funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET; g) mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.*

Sulla base della lettera della legge la norma ha un raggio d'azione circoscritto, che non ammette eccezioni, posto che l'art. 82.3 ET non contiene l'espressione "*entre otras"*[334]di cui invece all'art. 41 ET; tuttavia la situazione di fatto è ben diversa nei fatti, visto che il *descuelgue* si estende a gran parte della disciplina individuale del rapporto di lavoro[335]: ciò risulta ancora più evidente, se si considera che l'anteriore testo di legge non menzionava la giornata di lavoro e i miglioramenti volontari in materia di previdenza sociale tra le materie suscettibili di *descuelgue.*

7.2.Le causali legittimanti l'inapplicazione.

I paragrafi III e IV dell'art. 82.3 ET enumerano i presupposti causali del *descuelgue,*che possono essere sia economici, tecnici, organizzativi, o produttivi, ovvero quelli già vigenti in materia di licenziamenti collettivi di cui all'art. 51 ET[336].

Si avrà una causa economica quando "*dalla performance dell'impresa consegua una situazione economica negativa, cioè qualora vi siano perdite attuali o previste,o la diminuzione persistente del suo livello di ingressi o vendite"*, intendendosi al riguardo che il requisito della persistenza ricorre qualora si produca "*durante tre trimestri consecutivi"*.

Sul punto va sottolineato come rispetto al precedente testo di legge venga dilatata grandemente la casistica di non applicazione del contratto collettivo[337]: infatti scompare la *conditio sine qua non* di ricorso al *descuelgue* costituita dal pregiudizio alla situazione e prospettive economiche dell'impresa, a seguito dell'applicazione del contratto[338]; inoltre, si ha una vera e propria presunzione *juris et de jure* applicativa dello stesso se le perdite si verificano durante due trimestri consecutivi.

---

[334] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva…,* cit., pp. 73-74; D. Toscani Giménez, *La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012*, in *REDT,* 155/2012, p. 91; J. R. Mercader Uguina, *El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva,*cit., p. 7.

[335] Cfr. C. L. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial…*, cit., p. ; cfr. F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et rèforme du marché du travail: le cas espagnol,* cit., p. 27.

[336] Cfr. F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et reforme du marché du travail: le cas espagnol,* cit., p. 27.

[337] Cfr. J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012,* cit., p. 7; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Réforme espagnole de la négociation collective,*in *RDCTSC,*1/2012, p. 8, per cui "*La dérogation au sein de l'entreprise des régles établies dans les conventions collectives en viguer a été considérablement facilitée".*

[338] Infatti, sino al febbraio 2012, come previsto dal vecchio testo dell'art. 41, si poteva ricorrere alla *inaplicación de condiciones de trabajo* qualora la misura contribuisse a "*prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación o perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*"; inoltre il *desculegue salarial* era possibile solo nel caso di "*posibilidades de mantenimento del empleo en la empresa".*

Infine, non è più richiesto espressamente che le ragioni economiche giustificative della *modificación sustancial* riguardino le possibilità di mantenimento dell'impiego: tale disciplina rischia di ampliare a dismisura un esercizio arbitrario del potere del datore di lavoro, che tutt'al più potrebbe essere controllato attraverso la categorie dell'abuso del diritto (artt. 6 e 7 c.c.)e della clausola di buona fede, dai confini incerti e rimesse pur sempre alla discrezionalità valutativa del giudice nel caso di specie[339].

Il controllo giudiziale è inoltre corroborato dalla Convenzione Oil n. 158, sulla scorta dell'art. 9.3, secondo cui "*En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los metodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio"*; ipotesi che è ulteriormente confermata dall'art. 1 della medesima convenzione, per cui "*Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional*".

Vi è invece chi sostiene come nel caso di specie ci si trovi di fronte a presupposti di tipo causale, e dunque il controllo del giudice si estende non soltanto alla correttezza formale del procedimento, ma anche all'esistenza della causa, al nesso eziologico tra la misura di *descuelgue* e la ragione allegata, ed al requisito di proporzionalità tra la misura e le motivazioni addotte: a titolo meramente esemplificativo, seguendo il predetto indirizzo, non saranno ammissibili misure fortemente derogatorie in caso di caduta nel regime delle vendite di modesta entità; né parimenti i problemi organizzativi verificatisi in un ramo d'azienda

[339] Cfr. J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura…,* cit., pp. 428-429, secondo cui la norma difetta dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, col contestuale abbandono dell'approccio "funzionalista" nell'applicazione della flessibilità; Id., *Lecciones de derecho del trabajo,* cit., p. 501, per cui- nonostante l'art. 1256 c.c. preveda che "*la inaplicación del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes"*, la disciplina del *descuelgue* cosente che il contenuto del rapporto di lavoro sia alterato unilateralmente dal datore di lavoro; J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva,* cit., p. 86.

giustificheranno alterazioni nell'orario di lavoro in altre compagini dell'impresa, che non hanno registrato difficoltà organizzative[340].

In relazione alle altri causali, il quarto paragrafo dell'art. 82.3 ET prevede che ricorrono cause "*tecniche quando si verifichino cambiamenti, tra le altre cose, nell'ambito dei mezzi o strumenti di produzione; cause organizzative quando si verifichino modificazioni- tra l'altro- nell'ambito dei sistemi di lavoro del personale o nel modo di organizzare la produzione e cause produttive quando si verifichino cambi, tra le altre cose, nella domanda di prodotti o servizi che l'impresa vuole collocare sul mercato".*

7.3.Il procedimento di *descuelgue.*

Per quanto attiene alle modalità procedimentali della *inaplicación* il rdl 3/2012 non innova di molto a quanto previsto dalla ley 35/2010: ciò posto, venuto meno il controllo degli agenti collettivi a livello di categoria, ai sensi dell'art. 82.3 ET il *descuelgue* si produce direttamente tramite accordo tra l'impresa ed i rappresentanti dei lavoratori legittimati per negoziare un contratto collettivo "*conformemente a quanto previsto dall'art. 87.1 (…), previo sviluppo di un periodo di consultazione secondo quanto previsto dall'art. 41.4 ET".*

Il soggetto attivamente legittimato ad iniziare il procedimento è il datore di lavoro, che dovrà avviare l'*iter* negoziale coi rappresentanti dei lavoratori conformemente a quanto previsto dall'art. 87.1 ET, quindi o col *comité de empresa,* o coi *delegados de personal*, o con le *representaciones sindicales*, che dovranno esprimere la maggioranza dei membri del *comité*, visto che l'accordo avrà efficacia generale nella comunità del personale.

La norma presenta dei problemi applicativi in relazione ad i gruppi di impresa, in cui la contrattazione può realizzarsi o in seno a tutto il gruppo in presenza di vincoli societari strutturali (*holding* e controllate), o ad imprese collegate da necessità produttive ed organizzative ricorrenti di volta in volta: in entrambi i casi parrebbe applicarsi per analogia la disciplina prevista per i contratti collettivi di categoria di cui all'art. 87.1 ET, per cui saranno abilitati a rappresentare i

[340] Cfr. C. L. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: especial…,* cit., p. 32.

lavoratori esclusivamente i sindacati più rappresentativi, mentre per i datori di lavoro agirà il loro organismo rappresentativo[341].

In relazione alle imprese sprovviste di forme di rappresentanza dei lavoratori- fenomeno abbastanza frequente in Spagna, specie nelle aziende di medie e piccole dimensioni- i lavoratori hanno la possibilità di designare una commissione *ad hoc*, composta da tre membri; questi ultimi possono essere o dipendenti dell'impresa, o nominati dai sindacati più rappresentativi firmatari del contratto di categoria applicato in azienda[342].

La possibilità di ricorrere a commissioni di lavoratori non espressione del movimento sindacale, inteso quale stabile realtà associativa, è stata introdotta per ovviare a eventuali questioni di illegittimità costituzionale, atteso che un consolidato indirizzo giurisprudenziale rifiutava l'imposizione unilaterale da parte del datore di lavoro di nuove condizioni retributive, che avrebbero configurato un *vulnus* al diritto di contrattazione collettiva[343].

Tuttavia, la circostanza che una commissione di "portavoci" non iscritti ad alcun sindacato possa sottoscrivere un accordo di inapplicazione del contratto collettivo, è pur sempre un aspetto problematico in relazione ad una eventuale violazione degli artt. 37.1[344] e 28 della Costituzione Spagnola che riconoscono i diritti di libertà sindacale e contrattazione collettiva, e delle norme sovranazionali a presidio del ruolo del sindacato; vi sarebbe poi l'ulteriore aggravante che la

[341] Cfr. J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad…*,cit., p. 7; Id., *El impacto de la reforma laboral en las negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad,* in I. García Perrote, J. R. Mercader Uguina, *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la Ley 3/2012 y de los Reales Decretos Leyes 4/2013 y 5/2013,* Lex Nova, Vallalolid, 2013, p. 10

[342] Il testo della legge 35/2010, confermato dal rdl 3/2012, prevede che in tale ipotesi i lavoratori "*podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propria empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma*". Sul punto cfr. M. del Carmen López Aniorte, *La reforma de la negociación…,* cit., p. 160, secondo cui di fatto la norma legittima la contrattazione individuale del *descuelgue*, atteso che nelle piccole imprese i pochi impiegati attribuirebbero a sé stessi la rappresentanza, specie in quelle aziende con tre o anche meno dipendenti.

[343] Cfr. STSJ Islas Canarias/Las Palmas 29 de mayo de 2008, AS 2008/1600; STC 105/1992, de 1 de Julio. Tuttavia, il vuoto normativo in alcune ipotesi aveva determinato alcune pronounce di merito che ammettevano la liceità dei patti individuali di *descuelgue* con ciascuno dei lavoratori coinvolti: cfr. STSJ País Vasco 9 de junio de 2009, JUR/2009/370672.

[344] Ai sensi dell'art. 37.1 CE "la legge garantirà il diritto alla contrattazione collettiva tra i rappresentanti dei lavoratori e gli imprenditori, così come la forza vincolante dei contratti".

modificazione viene introdotta da soggetti che possono non avere preso parte all'accordo derogato[345].

Indipendentemente dalle valutazioni di legittimità costituzionale, la norma lascia un forte interrogativo circa le conseguenze di mancata designazione della commissione, e di non raggiungimento di un accordo.

In relazione all'ipotesi di mancata nomina della commissione va ricordato che nel caso di *descuelgue* la legge richiede obbligatoriamente un accordo tra l'impresa ed i rappresentanti dei lavoratori.

Secondo un primo indirizzo dottrinale e giursiprudenziale, che fa leva sulla lettera della legge, in difetto di pattuizione il datore di lavoro sarà impossibilitato a porre in essere delle modificazioni ad un contratto collettivo *estatutario*[346], poiché diversamente si violerebbe uno dei principi elementari dell'autonomia contrattuale,di cui all'art. 1256 c.c., secondo cui l'esecuzione del contratto non può essere rimessa al mero arbitrio di una delle parti contraenti[347]; invece, secondo altri- preclusa all'impresa ogni possibilità di intervento unilaterale- il datore di lavoro potrebbe iniziare le consultazioni tramite comunicazioni individuali ad ogni lavoratore interessato, offrendo le necessarie informazioni, e la possibilità di ricorrere all'art. 41.4 ET (spiegare art. 41.4)[348].

---

[345] Cfr. D Toscani Giménez, *La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012,* cit., pp. 98-99. In senso contrario cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo…,* cit., p. 92, secondo cui la *comisión negociadora* rientra nel novero delle forme di rappresentazione collettiva dei lavoratori, costituzionalmente legittima ai sensi dell'ampia formulazione dell'art. 37.1 CE; C. L. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial..,* cit., p. 32, che sostiene come la norma violi l'art. 5 della Convenzione n. 135 dell'Oil del 1971 in materia di rappresentanti dei lavoratori, secondo cui qualora vi siano dei rappresentanti eletti dai lavoratori, la loro presenza non deve essere di nocumento al ruolo dei sindacati.

[346] Cfr. M. Gutierrez Pérez, *La flexibilidad interna y externa negociada…,* cit., p. 237; in senso parzialmente conforme cfr. Patricia Nieto Rojas, *Comisiones ad hoc y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores,* in R. Escudero Rodríguez (Coordinación), *La negociación colectiva…,* cit., p. 73: la mancata designazione della commissione aprirebbe la strada all'azione unilaterale del datore di lavoro solo se questi dimostri in giudizio l'intento fraudolento dei lavoratori di non voler modificare le condizioni contrattuali.

[347] Cfr. M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés Dal-Ré, M.ª Emilia Casas Baamonde, *La nueva reforma laboral,* in *RL,* 5/2012, p. 29. In giurisprudenza cfr. SAN 10 de enero de 2013 (Proc. 135/2012), secondo cui "*L'impresa era ed è tenuta al rispetto dell'obbligo, contratto in virtù dell'accordo collettivo, di pagare gli aumenti richiesti, senza che la sua decisione unilaterale sia un valido motivo nè un meccanismo che consente di contravvenire al predetto obbligo…Gli allegati decrementi delle entrate pubblicitarie che, inoltre, non sono stati documentati in toto, avrebbero potuto suffragare, in caso, l'iniziativa dell'impresa di dare inizio ad un procedimento di in applicazione del contratto conforme all'art. 82.3 ET, però in nessun modo possono essere addotti nella presente controversia come giustificazione della misura presa dal datore di lavoro".*

[348] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva…*, cit., pp. 93-94; M. del Carmen López Aniorte, *La reforma de la negociación...,* cit., p. 161, secondo cui la mancata designazione non può impedire *tout court* il raggiungimento di un accordo di *descuelgue.*

In ogni caso, la nomina della commissione, tanto ad opera dei sindacati, tanto ad opera dei lavoratori, dovrà avvenire entro cinque giorni a far data dell'inizio del periodo di consultazione.

7.4. Il *período de consultas.*

Perché il *descuelgue* si possa perfezionare è previsto un periodo obbligatorio di consultazione della durata di quindici giorni, conformemente all'art. 41.4 ET, giusto il rinvio di cui all'art. 82.3 ET, con oggetto "*las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados".*

Durante quest'arco temporale le parti si dovranno comportare secondo buona fede per il raggiungimento di un accordo, che si perfezionerà se sottoscritto dalla maggioranza dei membri del *comité*, dei *delegados de personal*, o delle *representaciones sindicales*, che siano espressione della maggioranza dei lavoratori.

Nel silenzio della legge, l'interrogativo più rilevante è se il datore di lavoro sia tenuto a fornire o meno della documentazione ai rappresentanti dei lavoratori alla luce della clausola di buona fede: le prime sentenze al riguardo sono orientate favorevolmente, poiché altrimenti i lavoratori non sarebbero in alcun modo edotti dei presupposti causali del *descuelgue* né in grado di formulare controproposte per ridurne gli effetti[349].

7.5.La mancanza di accordo: l'opzione extragiudiziale

Il periodo *de consultas* può concludersi con o senza accordo[350]: nel primo caso l'accordo andrà comunicato alla *comisión paritaria*[351] del contratto oggetto di

[349] Cfr. SAN 15 de fevrero de 2013 (Proc. 376/12), secondo cui "*l'impresa è tenuta a fornire qualsiasi informazione, che consenta di accertare la sussistenza delle cause, in cirtù delle quali ricorre alla misura (ndr di descuelgue), perchè altrimenti i rappresentanti dei lavoratori non potranno verificare la concorrenza di cause, né potranno ragionevolmente evitare la misura o ridurne gli effetti, che sono gli obiettivi del periodo di consultazione, di cui all'art. 41.4 Et, poichè non si forniscono loro gli elementi valutativi, utilizzati dall'impresa, per dare esecuzione alla misura"*; in senso conforme cfr. SAN 19 de marzo de 2013 (Proc. 21/2013): pur nel silenzio della legge "*Le imprese non sono dispensate dal fornire la documentazione necessaria perché il periodo di consultazione raggiunga i suoi effetti, al pari delle misure necessarie per attenuarne le conseguenze in relazione ad i lavoratori interessati".*

[350] Già la *Exposición de Motivos* "*la norma statale non ha garantito lo sblocco in assenza di accordo coi rappresentanti dei lavoratori per disapplicare le condizioni previste nel contratto collettivo*".

inapplicazione a titolo meramente informativo, posto che la stessa non gode del potere di impugnare l'accordo; è parimenti previsto l'obbligo di informare la competente autorità pubblica (statale, o della singola *Comunidad Autónoma*) in virtù del livello contrattuale interessato, senza che la pubblica amministrazione possa esercitare alcun controllo sull'accordo collettivo, pena la violazione dei principi costituzionali di libertà sindacale e di contrattazione collettiva.

Tuttavia, l'ipotesi senza dubbio di maggior interesse è quella della mancata pattuizione del *desculegue* entro i termini di legge: in tal caso ciascuna delle parti potrà in prima battuta ricorrere alla *Comisión paritaria del convenio en materia de solución de discrepancias*, che avrà sette giorni di tempo dalla data di presentazione della richiesta per pronunciarsi.

In seconda battuta, qualora non sia stato richiesto l'intervento della commissione, o in assenza di accordo, le parti "*dovranno*" servirsi dei procedimenti di cui agli accordi interconfederali a livello statale o *autonómico* di cui all'art. 83 ET, ivi compreso il ricorso ad un "*arbitraggio vincolante, nel qual caso, il lodo arbitrale avrà la stessa efficacia degli accordi in periodo di consultazione, ricorribile innanzi al giudice in conformità al procedimento ed in base ai motivi di cui all'articolo 91*[352]*"*.

Infine, qualora le parti non si siano servite dei procedimenti appena segnalati, o gli stessi non abbiano risolto il motivo di disaccordo, le stesse hanno facoltà di ricorrere alla *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*[353]: trattasi di un organo collegiale tripartito in cui siedono rappresentanti di sindacati e datori di lavoro e delle pubbliche amministrazioni, queste ultime garanti del bene giuridico "*productividad*" di cui all'art. 38 CE, con competenza verso i contratti collettivi

---

[351] La *comisión paritaria* o *mixta* è un organismo normalmente previsto da ogni contratto collettivo, ed è abilitata a risolvere gli eventuali disaccordi o discrepanze tra le parti in ordine all'interpretazione ed applicazione di un contratto collettivo: cfr. J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,* cit., pp. 827 e 839.

[352] Ai sensi dell'art. 91 ET è possibile impugnare un accordo collettivo conformemente a quanto previsto dalla *Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social* (artt. 163 e seguenti) e dall'art. 91.2 ET, ovvero: violazione delle regole procedimentali previste dagli accordi interconfederali, e che dovranno avere una certa entità, come per esempio che abbiano potuto produrre una qualche lesione; oppure avere oltrepassato la sfera di competenza del lodo.

[353] La *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* è un organo collegiale trilaterale, in cui sono rappresentate la *Administración Central del Estado*, e le organizzazioni sindacali ed associazioni imprenditoriali più rappresentative; pur godendo di una propria autonomia, è formalmente parte della *Dirección General de Trabajo, del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, in conformità al *rd 1129/2008, de 4 de julio* con cui si sviluppa la struttura del predetto dicastero.

nazionali di categoria; ciascuna delle parti potrà inoltre ricorrere ai corrispondenti organi regionali, la cui competenza è circoscritta agli accordi applicati a vari *centro de trabajo* siti nella medesima *Comunidad Autónoma*[354].

I requisiti di terzietà ed imparzialità sembrano rispettati conformemente alla giurisprudenza di legittimità, visto che vi è un rappresentante dei pubblici poteri, che assicura che le decisioni siano adottate *"con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad"*[355].

Le predette commissioni dovranno in ogni caso conformarsi a quanto previsto- ai sensi dell'art. 85.3 c ET- dalle regole procedimentali di cui agli accordi interconfederali di livello statale o *autonómico*; le loro decisioni dovranno essere rese direttamente ("*en su proprio seno"*), oppure per il tramite di un arbitro "*designado al efecto por ellos"*, entro un termine non superiore a venticinque giorni decorrenti dalla data in cui le commissioni stesse sono state investite della questione.

La decisione emessa godrà della medesima efficacia degli accordi raggiunti durante il periodo di *consultas*, e potrà essere impugnata innanzi l'autorità giudiziaria solo ed esclusivamente per i motivi di cui all'art. 91 ET.

Vari sono i problemi applicativi posti dai meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di *descuelgue*: la dottrina ha per lo più concentrato le proprie riflessioni sia sulla legittimazione attiva sia sull'intervento della *Comisión Consultiva.*

In relazione al primo profilo, la *Comisión* si attiva su richiesta di *"cualquiera de las partes*", deducendosi *a contrario* che il ricorso al procedimento arbitrale ben può essere attivato col disaccordo della controparte, e dunque in violazione del diritto costituzionale alla contrattazione collettiva, per cui l'arbitrato deve essere liberamente accettato da ambedue le parti[356]; di fatto, la norma rivela il *favor* del

[354] Nella prassi delle relazioni industriali iberiche sono pochi gli esempi di organismi consultivi creati a livello regionale: un esempio recente è la *Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos de Castilla La Mancha* di cui *alla Ley 8/2008, de 4 de diciembre*. In Andalucía la facoltà è stata attribuita al *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*.

[355] Cfr. STS (3ª) 11 de mayo de 2004 (Rº 518/2001), che in relazione alla nomina come arbitro del *Presidente del Consejo Económico y Social* affermava che "*hay que decir que en modo alguno se halla jerárquicamente subordinado al Ministerio de Trabajo. El Consejo es un órgano consultivo, instituido como instancia de representación de intereses y fines, de participación de los agentes sociales y de concertación. Precisamente, para facilitar el cumplimiento de su labor el legislador le ha dotado de un estatuto de autonomía organizzativa y funcional que asegura su independencia de criterio*".

[356] Cfr. J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011,* in I. García-Perrote Escartín, J. R. Mercader Uguina (Directores), *La reforma de la negociación colectiva*, cit., p. 39, secondo cui "*en un contexto de pleno*

legislatore verso i datori di lavoro, che in presenza dell'opposizione sindacale alla proposta di *descuelge* potranno liberamente ricorrere ai meccanismi arbitrali[357].

Per ciò che attiene all'intervento della *Comisión Consultiva,* le sue decisoni vengono qualificate come lodi arbitrali a seguito di arbitrato pubblico ed obbligatorio, conforme-*mutatis mutandis*- ai laudi emessi sotto il franchismo dalla *Administración Laboral,* ponendosi quindi in contrasto col nuovo assetto delle relazioni industriali configurato dalla Costituzione del 1978*[358]*.

Il legislatore ha cercato di aggirare i profili di incostituzionalità di un arbitrato pubblico obbligatorio inserendo un rappresentante della pubblica amministrazione, assieme ad organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, e giustificando tale presenza nel preambolo della legge con la "*necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española*". Tuttavia, è stato rilevato come il preambolo non contenga alcuna menzione degli articoli 2,7, 28.1, e 37.1 del dettato costituzionale, sulla base dei quali ben potrebbe sostenersi l'incostituzionalità della norma[359], alla luce sia della preclusione della tutela giurisdizionale dei diritti, sia della non attuazione dei diritti sociali, rispetto ai quali la difesa della produttività non si erge a bene giuridico prevalente[360].

---

reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, no cabe sino que la avenencia en una mediación depende de la libre aceptación por los negociadores de las propuestas que le sean formuladas".

[357] Cfr. J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012,* cit., p. 239 ; J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad,* cit., p. 433.

[358] Cfr. J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012,*cit., p. 243; Id., *Efectos incontrolados de la reforma,* in *El País*, 12 febbraio 2012; M. Llano Sánchez, *La negociación colectiva,* cit., pp. 395-396; M. Gutierrez Pérez, *La flexibilidad interna y externa negociada…,*cit., p. 239, secondo cui l'effettivo riconoscimento del diritto costituzionale alla contrattazione collettiva vieta alla legge di imporre un arbitrato per via legislativa sia diretto sia indiretto, dipendendo dalla volontà delle parti il ricorso allo stesso; J. Gorelli Hernández, *Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa…,*cit., p. 52, per cui vi sarebbe una "*constitucionalidad más que dudosa"* della norma. Le preoccupazioni di incostituzionalità dell'arbitrato sono state condivise dalle forze politiche di centrosinistra, segnatamente il *PSOE* e *Izquierda Plural*: cfr. *El PSOE acudirá al Constitucional si el PP no cambia la reforma laboral,* in *El País,* 24 febbraio 2012. La dottrina minoritaria invece propende per la legittimità dell'arbitrato, sulla base del fatto che vi è un antecedente costituito dalla *disposición sexta del Estatuto de los Trabajadores* che prevedeva il ricorso alla *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* per l'emissione di un lodo arbitrale in caso di assenza di accordo per coprire i vuoti creati dalla derogazione delle antiche *ordenanzas de trabajo*: cfr. J. R. Mercader Uguina, *El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva…,* cit., p. 19.

[359] Cfr. R. Escudero Rodríguez, *El real decrteto-ley 3/2012, de 10 de fevrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva*, in R. Escudero Rodríguez (Coordinación), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012,* cit., pp. 14-15.

[360] Cfr. M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, *Réforme espagnole de la négociation collective,* cit., p. 8.

Le preoccupazioni di illegittimità del ruolo della *Comisión Consultiva* sono state in passato condivise dal *Tribunal Constitucional*, proprio nella sentenza in cui dichiarava l'incostituzionalità dell'antico procedimento arbitrale pubblicistico, posto che "*la configurazione di un cosiddetto arbitraggio pubblico obbligatorio per risolvere i conflitti scaturenti dalla modificazione delle condizioni di lavoro, e, specialmente il conflitto nato dall'esito infruttuoso della contrattazione…può contravvenire al diritto alla contrattazione di cui all'articolo 37 CE*"[361].

8.Il *descuelgue* ed il contratto collettivo aziendale: analogie e differenze.

Dall'analisi contestuale degli istituti del *desculgue* (art. 82.3 ET)e del contratto collettivo aziendale (art. 84.2 ET)emerge chiaramente come obiettivo della riforma del 2012 sia stato quello di ricondurre il più possibile la regolamentazione dei rapporti di lavoro ad una dimensione decentralizzata/aziendale, anche se con talune differenze[362].

Infatti, da un punto di vista contenutistico, i due istituti hanno una coincidenza parziale, circoscritta ad alcuni aspetti dell'orario di lavoro e della retribuzione; viceversa, possono essere disciplinate *in pejus* soltanto col ricorso al *descuelgue* la giornata lavorativa, esclusa espressamente dall'art. 84.2 ET, e le misure in materia di previdenza sociale.

Ciò posto, sono varie le differenze: innanzi tutto la priorità applicativa del contratto collettivo aziendale è relativa ad i contratti collettivi *estatutarios*, ed è quindi soggetta alle regole di cui al titolo III ET in materia di negoziazione dei contratti collettivi (legittimazione, tavolo delle trattative validamente costituito, approvazione, requisiti di forma…); invece, in relazione al *descuelgue*, le condizioni di cui ad un contratto collettivo, sia esso di categoria o aziendale, possono essere sostituite da un mero *acuerdo de empresa*, strumento delle relazioni industriali molto più flessibile rispetto al *convenio colectivo*, il cui *iter* procedurale è molto più rapido in vista del raggiungimento dell'accordo.

---

[361] Cfr. STC 11/1981, de 8 de avril (Boe del 25), fundamento jurídico 24, reperibile altresì in www.tribunalconstitucional.es .

[362] In generale, sulle differenze tra *prioridad aplicativa del convenio de empresa* e *descuelgue* cfr. J. Gorelli Hernández, *Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa…,* cit., pp. 52-54; J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva…,* cit., pp. 44-46.

Infatti, il procedimento di *descuelgue* è più snello per vari aspetti: in assenza di organismi di rappresentanza dei lavoratori in azienda, è possibile che si sieda al tavolo delle trattative una *comisión negociadora ad hoc*: in tal caso non è richiesto come nel caso del contratto aziendale il consenso della *representación de los trabajadores*, argine o contrappeso alle misure di flessibilità.

Inoltre, il procedimento di *descuelgue* è soggetto a dei limiti temporali ristretti, ed in caso di disaccordo è possibile il ricorso a vari meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie, ivi compreso il ricorso ad un arbitrato pubblico obbligatorio.

Infine, l'ultima differenza rilevante è la subordinazione del *descuelgue* a presupposti causali definiti, per quanto flessibili, mentre la *prioridad aplicativa del convenio de empresa* non è condizionata da nessun limite eziologico[363].

Ciò posto, si sono registrate delle divergenze dottrinali circa la piena alternatività o meno tra i due istituti: secondo un primo orientamento, che fa leva su un argomento di tipo letterale, nel testo di legge non vi è nulla che lasci propendere per un rapporto di subordinazione tra gli stessi, quindi sarà in ultima istanza il datore di lavoro a scegliere se avvalersi del *descuelgue* o del contratto aziendale, poichè istituti pienamente fungibili[364].

Invece, secondo la contrapposta corrente di pensiero, che si basa su un'interpretazione sistematica dell'ET, la circostanza che l'art. 84.2 ET parli di *prioridad aplicativa del convenio de empresa* implica che il ricorso al contratto aziendale sia lo strumento ordinario per raggiungere la flessibilità interna nell'azienda; al contrario il *descuelgue* si configura quale soluzione pensata solo ed escusivamente per le crisi di impresa, di fronte cioè a circostanze eccezionali ed imprevedibili che giustificano una velocizzazione della procedura.

[363] Cfr. A. Roldán Martinez, *El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios, in* R. Escudero Rodríguez (Coordinación), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012,* cit., p. 279.
[364] Cfr. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación*…,cit., p. 46.

9. Il ruolo della contrattazione collettiva nei casi di *movilidad geográfica*: cenni.

Le riforma del biennio 2011-2012 ha inoltre ampliato il potere del datore di lavoro nel caso di trasferimento collettivo dei propri dipendenti a discapito dell'autonomia collettiva: infatti il *rdl* 7/2011 ed il 3/2012 conferiscono maggiore celerità al procedimento rispetto a prima[365].

La legge all'art. 40 ET prevede un periodo obbligatorio di consultazione tra il datore di lavoro ed i rappresentanti dei lavoratori della durata di quindici giorni, eventualmente prorogabile da parte dell'autonomia collettiva, e statuisce altresì che gli incontri tra direzione aziendale e sindacato si svolgano secondo buona fede.

Attivamente legittimati a rappresentare i lavoratori sono- come nel caso degli accordi aziendali- le *secciones sindicales* che al loro interno sommino la maggioranza dei membri del *comité de empresa* o tra i *delegados del personal*; inoltre, qualora manchino rappresentanti dei lavoratori coi quali negoziare la *movilidad geográfica,* i lavoratori potranno optare per conferire detto potere negoziale ad una commissione di un massimo di tre membri integrata da lavoratori dell'impresa stessa ed eletta democraticamente, oppure ad una commissione di pari numero eletta dai sindacati più rappresentativi della categoria cui l'impresa appartenga, e che sarebbero legittimati a formare parte della *comisión negociadora* del contratto collettivo che si applicherebbe alla stessa.

Al riguardo, il vero *punctum dolens* della norma è che i lavoratori non sono obbligati a nominare la commissione, in quanto titolari di una mera facoltà: viè quindi il rischio che nel caso di *movilidad geográfica* il datore di lavoro possa liberamente decidere, specie in quelle piccole imprese non sindacalizzate, i cui dipendenti sono più facilmente "ricattabili" dalla controparte.

La grande novità è che si consente alle parti sociali di sostituire la consultazione con un procedimento di risoluzione stragiudiziale degli eventuali disaccordi:

[365] Véase M. Gutiérrez Perez, *La flexibilidad interna y externa negociada,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, cit., pp. 223-229.

presupposto indefettibile è che vi sia una pattuizione in tal senso tra il datore di lavoro ed i rappresentanti dei lavoratori, raggiungibile in ogni momento, purché prima della fine del periodo di consultazione, e che non superi i quindici giorni.

Capítulo tercero.

La negociación colectiva empresarial en Francia.

1.Introduccción: la historia de la negociación colectiva empresarial en la segunda post-guerra.

Durante mucho tiempo la negociación colectiva en Francia se ha desarrollado sobre todo a nivel estatal, con los así llamados *accords de brache,* que pueden ser considerados los homólogos de los convenios estatales de sector y de los *contratti collettivi nazionali di categoria*.

De hecho, en la inmediata post-guerra la jerarquía entre convenios colectivos quedó codificada por primera vez en la ley de 23 de diciembre de 1946, según la cual, las partes sociales tenían que concluir convenios colectivos de índole nacional, y sólo posteriormente acuerdos de ambitos más circunscrito, de tipo regional o local.

Pocos años después, en 1950, se aprobó la *loi n. 50 de 11 janvier relative aux conventions collectives et aux procédures de règlements des conflits collectifs de travail*[366], que fortaleció ulteriormente el papel de la negociación estatal[367]: de hecho, la norma borró la previsión de orden cronológico en la negociación de convenios en distintos niveles. Además, estableció que los *accords collectifs d'établissement* desempeñaran un papel marginal en la disciplina de la relación de trabajo, ya que- con arreglo al principio de origen doctrinal del *favor*- sólo podían contemplar nuevas disposiciones y cláusulas más favorables a los trabajadores. Además, en ausencia de convenios nacionales o regionales, el convenio colectivo empresarial sólo tenía competencia en lo que se refiere a la cuantía salarial y a los complementos de la retribución.

[366] En lo que se refiere a la negociación empresarial véase la *section III* de la loi de 1950, rubricada "*des accords collectifs d'établissement"*. Como comentario a la ley, véase P. Durand, *La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail*, in *DS*, *Janvier 1950,* pp. 156-158.

[367] Véase H. Ysás Molinero, *La articulación de la negociación colectiva sectorial y de empresa en Francia: un modelo valido para España?,* in *RL*, 3/2012, p. 66.

La finalidad principal de semejantes acuerdos era la adapatación a las peculiaridades de la empresa o de los diversos establecimientos de la misma.

Dichas peculiaridades estaban consideradas en lo establecido en los convenios nacionales, regionales o bien locales. Sobre todo lo concerniente a las modalidades de determinación del destajo, y de los premios de producción individuales y colectivos.

En resumidas cuentas, la posición ocupada por los convenios de empresa según la arquitectura de la ley de 1950 era considerablemente modesta. En este sentido deponían sea el *nomen juris* (*accords d'établissements)* sea el ámbito material[368].

La filosofía que inspiró los poderes públicos, conforme a una tradición ya experimentada con las leyes sobre negociación colectiva de 1919, 1936 y 1946, era que el convenio colectivo tuviese el mayor campo de aplicación posible, sin cláusulas a la baja. Es decir, que no se convirtiera en un instrumento de acciones denominadas hoy en día como *dumping social*. Es sintomático de esta tendencia, el hecho de que la ley de 1936 introdujera procedimientos de extensión de los convenios de sector a las empresas que no formasen parte de las organizaciones de categoria o rechazasen la aplicación de l'*accord de branche*.

Por fin, en lo que se refiere a los sujetos negociadores, la misma ley de 1950 establecía que podían sentarse a la mesa negociadora los delegados de los sindicatos más representativos del personal de la empresa, o bien de las empresas interesadas. Hay que subrayar que la reprensentatividad requerida no era de tipo nacional, sino empresarial. Es decir, que las organizaciones más representativas no tenían necessariamente legitimación para negociar a nivel de sector.

De todas formas, como también se desprende de los debates parlamentarios anteriores a la tramitación de la ley[369], el requisito de la mayor representatividad tenía el fin de evitar el florecimiento de sindicatos amarillos en las empresas.

---

[368] Véase M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel,* en *DS*, n. 1- janvier 1988, pág. 8 y 9; P. Séguin, *Rôle et realité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujord'hui,* en *DS*, N. 1-janvier 1988, pág. 3, que subraya como "*la loi de 1950 ele-même n'accorda la négociation d'entreprise qu'une place marginale"*

[369] Véase E. Moisan, *J. O. Déb. Parl. Ass. Nat., 5 janvier 1950,* p. 83 2e col., que declara que "*C'est dans cet ésprit, et pour empêcher toute reconstitution de syndicats maison, que la commission a tenu à faire figurer dans le premier paragraphe de l'art. 31 nles termes les plus representatives".*

Hay que decir que en aquella época los convenios de empresa se desarrollaron sobre todo en los sectores neurálgicos de la economía francesa, es decir las industrias alimentaria y de automoción, nacionalizadas en los años 50: un ejemplo paradigmático fue el acuerdo Renault, relativo a la cuarta semana de vacaciones retribuida[370].

En diciembre de 1968, las acciones de lucha contra el conservadurismo cultural y social del régimen de De Gaulle, originadas en el mese de mayo, también se extienden a las fábricas. Tras los acuerdos de Grenelle se reconoció por ley la presencia sindical en la empresa, a pesar de que la ley de 27 de diciembre de 1968 no dotase las secciones sindicales o los delegados sindicales de algún poder proprio[371].

Además, en 1971 el legislador aumentò la posibilidad de estipular convenios empresariales, en materias que no fuesen estrictamente salariales, y reconoció directamente el derecho de los trabajadores a la negociación *dans l'entreprise,* al mismo tiempo que elevó el rango de la negociación en la empresa: de hecho los trabajadores podían estipular "*accords collectifs" directamente* en vez de los "*accords d'établissement"*[372].

De todas formas, no hubo ningún cambio de gran alcance en lo que se refiere a la jerarquía entre convenios, ya que el acuerdo de nivel empresarial seguía limitándose a la adaptación del de nivel superior o a contemplar cláusulas más favorables para los trabajadores, con las dos barreras insuperables del principio del *ordre publique social* y la inderogabilidad *in pejus* de las disposiciones contempladas en instrumentos negociales de nivel superior.

Sin embargo, hasta finales de los setenta el legislador fue reacio a fomentar la negociación empresarial. La razón principal, amén de un papel preminente del Estado en las relaciones sociales durante los "treinta gloriosos del capitalismo", fue sobre todo una cierta renuencia de las grandes centrales sindicales, la CGT-

[370] Véase Jassaud, *L'accord Renault*, en *Droit Social, janvier 1956*.
[371] *Loi du 27 décembre 1968 sur le droit syndical dans l'entreprise*.
[372] Véase la *loi 561/1971*, que modificóalgunas disposiciones del código francés del trabajo, y otras de la ley de 1950.

FO, y en medida menor, la CFDT, en la instauración de la negociación colectiva descentralizada. De hecho, estas organizaciones no estaban muy bien enraizadas en las plantas, sobre todo en las del sector industrial, motor de la economía francesa, y por lo tanto temían la concurrencia con otras organizaciones de los trabajadores, que pudiesen eventualmente surgir a nivel local[373].

Es en los años 80 que los convenios empresariales conocieron su definitiva legitimación en el sistema francés de relaciones industriales con las leyes *Auroux de 1982* (nombre del entonces ministro del trabajo)[374], que consagraron un sistema de tipo dual, fundamentado en la dicotomía *branche/entreprise*. Esas leyes contemplaban la obligación anual por parte del empresario de negociar si la planta estaba provista de representación sindical.

Desde un punto de vista material, la ley de 1982 preveía como sujetos de negociación los salarios efectivos, la duración efectiva y la organización del tiempo de trabajo.

En lo que se refiere a la dialéctica entre la negociación de sector y la empresarial, el legislador de 1982 sustituyó al sistema de tipo pactual, de naturalezza piramidal, por otra configuración en la que se registró una preeminencia de la horizontalidad sobre la verticalidad: exceptuadas unas pocas materias, la ley ni afirma la supremacía de la negociación de sector ni la preponderancia del nivel empresarial[375].

De hecho, en los ochenta se registrò un panorama polifacético sobre el papel de la negociación colectiva empresarial, que respecto a la ley y al convenio de sector preveía en la mayor parte de los casos relaciones de complementariedad y de competencia.

En lo que atañe a las relaciones de complementariedad, según el artículo 132-23 del *code du travail* se aplicaba un criterio semejante pero no idéntico al *prior in*

[373] Véase G. Bélier, *Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales,* in *DS*, n. 11-Novembre 1988, pp. 724 y 725.

[374] Véase *l. n. 82-957, 13 nov. 1982 relative à la négociation collective e tau règlement des conflits collectifs du travail,* la así llamada 3e *loi Auroux*.Sobre las *lois Auroux* en general véase J. Le Goff (sous la direction de), *Les lois Auroux, 25 ans après (1982-2007)*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

[375] Véase G. Kesztenbaum, S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise,* Dalloz, Paris, 2009, p. 10.

tempore potior in jure de las relaciones colectivas ibéricas: de hecho se establecía que si el convenio de sector o bien intercategorial tuviese que aplicarse en la empresa posteriormente a la negociación de un acuerdo de empresa, lo establecido en el convenio de ámbito superior tenía que adaptarse al acuerdo de empresa mismo[376]. Esta previsión normativa tenía que ser coordinada con el art. 135-2 del *code du travail,* por el cuál siempre debe ser aplicada la disposición más favorable.

En el caso de que el convenio de empresa fuera sea anterior sea posterior a lo de sector, la solución era- en conformidad al principio del *favor*- que el convenio de empresa no contuviese disposiciones menos favorables que las adoptadas a nivel de sector o intercategorial. De hecho la relación de complementariedad se exteriorizaba en el la constante mejora de la condición de los trabajadores, con el único límite de la prohibición del cúmulo de ventajas sobre el mismo objeto[377].

Por fin, el verdadero asunto novedoso de las leyes *Auroux* es que por primera vez se previó que la ley, considerada como fuente primaria del derecho, sujeta sólo a los límites de la Constitución y del ordenamiento internacional, pudiera ser derogada por el convenio de empresa en varios asuntos. De hecho, desde 1982 se permitió que el convenio de empresa pudiese modificar la repartición de la cuantía salarial entre los trabajadores. Además, en materia de tiempo de trabajo se contemplaba la opción de que el acuerdo de empresa modificara el horario semanal, o bien pudiese crear un premier esbozo de su modulación[378].

Esta tendencia, inaugurada por las leyes *Auroux*, fue seguida por otras leyes, como por ejemplo la de 28 de fevrero de 1986, que autorizaba la modulación del horario de trabajo a nivel de empresa, y la de 19 de junio de 1987, que permitió al acuerdo descentralizado de modificar el régimen del trabajo a tiempo indefinido *part-time*, y

---

[376] Según el art. 132-23 del *code du travail* como reformado en 1982: "*La convention ou les accords d'entreprise ou d'établissements peuvent adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interporfessionnel applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés. La convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorable aux salaries.*
Dans le cas où des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels viennent à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou accords négociés conformèment à la presente section, les dispositions de ces conventions ou accords sont adaptées en consequence".

[377] Véase M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionel,* cit., p. 13

[378] Véase P. Séguin, *Rôle et realité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui,* in *DS,* 1/1988, pp. 3-5.

que vetaba el trabajo femenino nocturno únicamente en acontecimientos excepcionales (permiso por parte de los convenios de sector o de empresa). Por ende, en 1998 y 2000 se aprobaron las leyes *Aubry* sobre reducción del tiempo de trabajo, que en determinadas materias preveían que los acuerdos de sector fueran supletorios respecto a los acuerdos de empresa.

Se ha afirmado al respecto que a través de las leyes *Auroux* se llegó por primera vez a una situación de negociación *donnant-donnant* dentro de la empresa, dando lugar a una cierta pérdida de fuerza del convenio de sector, cuyo objetivo principal es deteriorar las condiciones de trabajo en pos de una conservación del empleo.

Los resultados más recientes de esta política del derecho descentralizadora[379] son la *loi Fillon du 4 mai 2004*[380], que bajo unas cuantas condiciones autoriza a los convenios empresariales a derogar a lo establecido en los acuerdos de sector; y la *loi du 20 août 2008*[381] que recalca esa tendencia, puesto que otorga un gran protagonismo al convenio empresarial en la organización del tiempo de trabajo[382].

Desde un punto de vista sistemático, serán por analizados primero el ámbito de negociación (empresa y grupo de empresas) y las relativas materias. Por último, la disciplina de los sujetos negociadores, con peculiar referencia a las reglas de representatividad de los sindicatos en las empresas tras la reforma de 2008.

2.La ley Fillon de 2004: la redefinición de las competencias del convenio empresarial; los grupos de empresas.

2.1. El convenio de empresa: la derogación a los convenios de sector.

La ley de 2004 de 4 de mayo, bajo el gobierno de centro-derecha encabezado por Fillon, se caracteriza por fortalecer el papel del convenio colectivo de empresa a través de un nuevo sistema de articulación de las relaciones industriales.

---

379 Véase M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. 230.

380 *Loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*.

381 *Loi du 20 août 2008 pourtant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*.

382 Véase J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail,* Dalloz, Paris, 2012, p. 1346; G. Kesztenbaum, S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise,* cit., p.11; H. Ysás Molinero, *La articulación de la negociación...,* cit., p. 66, que describe las leyes de 1982 como "*el primer paso hacia el cambio de paradigma*".

Al respecto, la *loi Fillon* reforma el art. 132-23 del *code du travail,* estableciendo en su apartado 4 que el convenio de empresa pueda derogar a las disposiciones que se aplican a la planta en virtud de otro convenio de ámbito superior, excepto si este último lo establece de manera diferente[383]. Exceptuadas unas pocas materias, es decir las garantías colectivas complementarias mencionadas en el art. l. 912-1 del Código de la Seguridad Social respeto a las prestaciones sanitarias rembolsables, la mutualización de los fondos recaudados para desarrollar la formación profesional, el salario mínimo[384] y el sistema de clasificación profesional[385]. La *ratio* de no poderse derogar estas materías se fundamenta en el mantenimiento de los valores de la solidaridad profesional y de la identidad del sector[386].

La ley es la concretización de la política de gobierno de descentralizar y construir un sistema de relaciones laborales más cercanas a la empresa. De hecho, en el documento de trabajo del 24 de enero de 2003 sometido por el Ministro del Trabajo a los interlocutores sociales, se leía que "*el convenio de empresa puede establecer de manera explícita la posibilidad por el acuerdo de empresa o de nivel local de negociar de manera diferente lo previsto por el acuerdo de sector y gobernar el principio de favor*"; además, la posición ministerial acudía en cierta manera en ayuda de la voluntad de las partes sociales, expresada en la posición común del 16 de julio de 2001, y suscrita por cuatro de las cinco centrales sindicales[387], donde se proponía al legislador que "*para facilitar el desarrollo de la negociación colectiva a todos los niveles, cada nivel de negociación, nacional intercategorial, de sector o de empresa, debe poder... de tal manera que las*

[383] El art. 132-23, ap. 4 establece que "*la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter de dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territoriel ou professionnel plus large si cette convention ou cet accord en dispose outrement*".

[384] El salario mínimo, el así llamado SMIC (*salaire minimum interprofessionnel de croissance*), debido en cualquier caso, y calculado en función de las horas de trabajo efectivo, con indenpendencia del rendimiento; los convenios colectivos deben garantizar un salario como minimo igual al salario horario mínimo de la categoría: véase J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail,* cit., p. 885.

[385] Estas cuatro materias sólo pueden ser reglamentadas *in melius* por cualquier tipo de convenio, sea de sector, sea de empresa, como se desprende también de la relación del Senado, donde se afirma que: "*Il reste bien entendu possible à un accord d'entreprise ou d'établissement de déroger plus favorablement à des stipulations conventionnelles de niveau supérieur, même pour les quatres matières pour lesquelles il est pourtant prèvu que la dérogation est impossible*". Véase R*apport du Sénat, tome II, n. 179, du 28 janvier 2008*.

[386] Véase H. Ysás Montero, *La articulación de la negociación...*,cit., p. 70.

[387] La Posición no fue firmada por la CGT.

disposiciones pactadas a un nivel más o menos centralizado (intercategorial o de sector) se impongan a los niveles descentralizados (empresa) en ausencia de acuerdo sobre el mismo sujeto'"[388].

En base al dictado normativo el convenio de empresa tiene la facultad de disciplinar de manera diferente lo previsto por el convenio de sector, hasta incluir cláusulas menos favorables por los trabajadores. Dicho de manera diferente, con la ley de 4 de mayo de 2004 el legislador entiende que- salvo alguna excepciones- cada vez que una disposición puede ser adoptada por la negociación colectiva, se entiende de manera indiferente el convenio de sector y el de empresa.

Hic rebus stantibus: estamos en frente de una descentralización de las relaciones industriales. Si antes la ley francesa se caracterizaba por un listado positivo de materias derogables por el convenio empresarial (prohibición general con excepciones en las que las derogaciones están admitidas), hoy en día el decálogo es negativo (es decir, normalmente se puede derogar, salvo unas pocas materias)[389].

De todas formas hay que subrayar cómo la descentralización no es total, dado que el acuerdo de sector siempre puede establecer la inderogabilidad total o parcial de su contenido, con lo cual éste último mantiene un importante control sobre el nivel empresarial de negociación según lo previsto por el art. 132-13. Desde un punto de vista aplicativo muchos convenios de sector (sobre todo ante la reforma ulterior de 2008) han recurrido a la facultad de calificar como inderogables sus contenidos[390].

Por otra parte, el convenio de empresa tiene facultad derogatoria en el caso de posterioridad al acuerdo sectorial. En el supuesto contrario, o sea el caso en que un convenio sectorial o un acuerdo profesional o interprofesional se aplique

[388] Además, ya el Ani (Acuerdo nacional interconfederal)del 31 de octubre de 1995 apostaba por un mayor papel de la negociación empresarial: la negociación de sector debería "...*elaborar normas aplicables en las empresas donde la negociación no se ha desarrollado, sin que estas disposiciones se impongan a las empresas donde la negociación colectiva es posible y se desarrolla*". Hay que decir que el Acuerdo Interprofesional de 1995 no fue recogido por el legislador.

[389] Véase J. Mouret, *Collective Relations in France: a Multi-layered System in Mutation*, in R. Blanpain (Editor), *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labour Unions and Employees Representatives*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007, pp. 59-60

[390] Véase Jean-Pierre Laborde, *Hiérarchie des norme set lieux de négociation*, en *Transformations des relations salariale set négociation collective,* Cahiers de l'IRT, n. 18-mars 2010, p. 55.

posteriormente a la conclusión de convenios de empresa o de centro de trabajo, "*las estipulaciones de estos últimos deben ser adapatados en consecuencia*" (art. 2253-2 del *code du travail*).

Se ha subrayado al respecto que la reforma de 2004 ha puesto de manifiesto una revisitación de la jerarquía normativa en el ordenamiento sindical, por lo menos tal como había sido concebido en los "*trente glorieuses du capitalisme"*. El convenio de sector ha dejado de reglamentar de manera uniforme e indistinta las relaciones de trabajo en todo el territorio nacional en relación a una rama de actividad productiva. En este sentido, ha abdicado de su originaria función de "*loi professionnelle"*, con el fuerte riesgo de fomentar una atomización de las relaciones de trabajo y desarrollar formas de competencia desleal y la contextual marginalización del principio de *favor*[391].

De todas formas, deben subrayarse al respecto que los efectos de la reforma en sentido descentralizador serán sin dudas muy lentos. De hecho, el art. 45 de la ley de 2004 establece que los acuerdos de sector vigentes a la fecha de su entrada en vigor no podrán ser derogados *in pejus* por ningún convenio de empresa, excepto si los convenios de nivel superior lo prevean de manera clara e inequívoca. Así pues, la dinámica relacional entre convenios de ámbito territorial distinto queda apoyada en el principio del *favor*, salvo que obviamente las partes sociales opten por la revisión *ante tempus* del convenio de sector vigente[392].

una primera valoración de la ley de 2004[398]: justo tras la aprobación de la ley, se registraron 18 de los 37 convenios de sector que prohibían totalmente la derogación, y la casi totalidad en 2005. Además, hay que añadir que entre 2004 y 2007 sólo se estipularon, aproximadamente, sesenta acuerdos de empresa con cláusulas derogatorias con respecto a lo establecido en los relativos convenios de sector, que seguían manteniendo el papel de pivote en el sistema de relaciones industriales.

En el informe redactado por el Ministerio del Trabajo las razones del escaso enraizamiento de la negociación empresarial serían sobre todo la inseguridad jurídica percibida por los interlocutores sociales, y la inadaptación de las normas sobre la dialéctica entre los dos o más ámbitos de negociación en relación a las necesidades en la empresa.

De todas formas el estudio en cuestión no tiene hoy en día gran envergadura. Con independencia de la fecha su redacción (2007), fue redactado en un momento en el que Francia todavía gozaba de bonanza económica y no había conocido la crisis iniciada en 2009, presupuesto de hecho de la negociación *donnant-donnant*.

En los años siguientes se observaron resultados diferentes, en la medida en que la crisis despliega sus efectos negativos en el tejido económico y la ley de 2008 ya tiene bien tres años de aplicación.

A nivel regional los únicos estudios parecidos se refieren a la Provenza, donde al contrario, en 2008, se notó una progresión (sobre todo en el ámbito del tiempo de trabajo) en relación con los días de vacaciones y gestión del tiempo del trabajo.

No es casual que justo en 2008 se aprobara la ley que modifica la jerarquía de normas y otorga *primauté* a la negociación empresarial sobre la de sector, en lo que atañe al *quantum* de horas extraordinarias anuales y los acuerdos de *forfaits annuels*[399].

[398] Véase G. Bélier, Henry-José Legrand, *La négociation collective en enterprise,* cit., pp. 270-275; *Ministère du Travail, des relations socials, de la solidarité et de la ville: bilan de la négociation collective en 2007,*en www.travail-solidarité.gouv.fr .

[399] Véase Jean-Paul Hancy, *La négociation collective d'entreprise en Provence- Alpes-Côte d'Azur en 2008: forte progression du nombre des accords,* p. 108: en 2008 en Provenza la negociación colectiva empresarial aumenta del 35%, con 432 convenios y anivel anual se registra un +6,4%.

A nivel nacional, y esto es sin embargo lo más interesante, hasta el 31 de diciembre de 2011 se registra un notable fomento de los acuerdos de empresa en relación a los elementos variables del salario (*salaires et primes)* (+31%), y del tiempo de trabajo (+ 12%), que en las palabras del *dossier* mismo son *"les principaux thèmes des accords d'entreprise*"[400].

3. La total autonomía de la empresa frente a la ley y al convenio de sector: la ley de 20 de agosto de 2008 y el tiempo de trabajo.

La tendencia descentralizadora de las relaciones industriales, inaugurada en 2004, se profundiza ulteriormente con la ley de 20 de agosto, en relación al tiempo de trabajo y a su organización, con una verdadera primacía del convenio de empresa o de centro de trabajo que no está sujeto a ningún vinculo establecido por el nivel superior de negociación. Más específicamente, las materias devueltas a la regulación son las horas extraordinarias y los asì llamados *accords de forfait jours.*

Al respecto, hay que matizar como el gobierno de centro-derecha llegó a la cumbre de una política del derecho inaugurada ya hace varias decadas, a partir de la ordenanza de 27 de septiembre de 1967[401], que permitía al convenio de empresa derogar la articulación del horario semanal de 40 horas; pasando por la ordenanza de 1982[402], las leyes *Auroux* de 1982, y la de 1987[403], come se ha subrayado en la introducción.

La ley de 2008 termina con esta tendencia, ya que intenta lograr el definitivo afrancamiento del convenio de empresa de la ley y de los ámbitos de negociación de nivel superior, como se intentará de demonstrar de hora en adelante. Además, el legislador (9 de avril de 2008) va mucho más allá de la Posición común de las partes sociales, en la que las mismas se limitaban a establecer que "*los convenios de empresa concluidos con las organizaciones sindicales representativas y que hayan obtenido la*

[400] Véase *Bilans et rapports. La négociation collective en 2011,* Ministère du Travail, de l'emploi et de la Santé, Paris 2012,pp. 540 y ss.

[401] *Ordonnance n. 67-830 relative à l'aménagement des conditions de travail, JO du 28 spetembre, p . 9557.*

[402] *Ordonnance n. 82-41 relative à la durée du travail et aux congés payés, JO du 17 janvier, p. 295.*

323 *Loi n. 86-280 modifiant le Code du travail et relative à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail, JO du 1er mars,p. 320.*

mayoría absoluta de los votos a las elecciones pueden desde hoy, a título experimental, matizar el conjunto de condiciones que serán puestas en marcha para adelantar el contingente convencional de horas extraordinarias previstas por un acuerdo de sector anterior a la ley de 4 de mayo de 2004". De hecho, la nueva reglamentación del tiempo del trabajo no se refiere sólo a las horas extraordinarias, y- con arreglo a la ley de 2004- la dialéctica entre ley y convenio de sector de un lado, y ley *versus* convenio de empresa del otro- no está fundamentada en la derogación, sino en la supletividad. La caída del intervencionismo estatal en el horario de trabajo se concreta en el pasaje de una técnica normativa a otra, ya que, si antes la ley aconsetía que un convenio colectivo la derogase, hoy en día se establece que la ley -fuente general y abstracta del derecho- se aplique sólo en ausencia de convenio colectivo[404].

3.1Las horas extraordinarias.

Uno de los ámbitos en el que la ley otorga prioridad aplicativa absoluta a la negociación empresarial, es el trato de las horas extraordinarias. De hecho, según el art. 3121-11 c.t., el *quantum* anual de las horas extraordinarias que cada dependiente puede realizar se establecerá en el convenio de empresa y- sólo en su ausencia- en el convenio de nivel sectorial.

Al respecto, los reglamentos actuativos de la ley establecen una cuantía máxima de extraordinario de 220 horas. Este monto puede ser fijado en un volumen inferior por un convenio de empresa (y si no existe por un convenio de sector). Sólo si no hay algún convenio se produce la intervención del reglamento estatal[405].

Además, el convenio o acuerdo también podrá prever que las horas extraordinarias realizadas dentro del techo del contingente, sean compensadas con descansos del empleado. Al respecto, según el art. 3124-21 c.t., un convenio o un acuerdo colectivo de empresa o de centro de trabajo o –en su defecto- un convenio o un acuerdo de sector- pueden contemplar la sustitución de todo o una

[404] Véase F. Canut, *Temps de travail: le nouvel ordonnancement juridique,* en *DS*, 4/2010, pp. 379-380, che distingue tra *dérogeabilité* e *suppletivité*;

[405] Véase el decreto n. 2008-1132 de 4 de noviembre de 2008 sobre el monto total de horas extraordinarias, que en el confermar lo previsto por otro decreto de 21 de diciembre de 2004, establece una cuantía de horas de trabajo ulteriores igual a 220 (en *JO du 5 novembre, p. 16879*).

parte de la retribución por un descanso compensador equivalente y también adaptar condiciones y modalidades del descanso compensatorio.

3.2.Los *accords de forfait jours.*

Otra facultad del convenio de empresa es poder contemplar las así llamadas *conventions individuelles de forfait*. El acuerdo descentralizado (y en su defecto el de sector[406]) puede establecer en la empresa la aplicación de un número determinado de horas de trabajo anuales, sin que haya una previa división diaria, semanal o mensual. Es además exclusiva competencia del convenio fijar las categorias de trabajadores involucradas en semejantes convenciones, así como la duración anual del trabajo a partir de la que se establece el *forfait* y la determinación de las caractéristicas principales de estos convenios.

De todas formas, la ley también requiere como *conditio sine qua non* el consentimiento individual del interesado (art. 3121-40 c.t.).

La *ratio legis* es la progresiva inaplicación de la disciplina legal de las horas extraordinarias y de sus alzas salariales, en la medida en que la ley permite la sustitución del pago de las horas extraordinarias, y de su aumento, con un descanso compensativo correspondiente[407]. Más concretamente, se elimina la referencia a la semana como parámetro de calculo del horario normal de trabajo, como ha sido puesto de manifiesto: las convenciones de *forfait jours* no son otra cosa que "*el acuerdo con el cual un empresario y un trabajador establecen una retribución global por el conjunto de las horas de trabajo que hay que hacer, sin distinguir entre horas normales y extraordinarias*"[408].

Como se ha dicho al principio, los acuerdos de *forfait* pueden tener un alcance semanal, mensual o bien anual. Cuanto más amplio es el arco temporal, mayores son los riesgos de inseguridad o de riesgos por el trabajador en lo que se refiere al cómputo de las prestaciones extraordinarias; con lo cual- con arreglo al art. 3121-48-si el *forfait* es anual, el trabajador sólo tendrá derecho al descanso diario

[406] En el supuesto de conflicto entre la convención de sector y la de empresa, es esta última que prevalece con arreglo al art. 3121-43, 2º y al art. 3121-39 c.t.

[407] Véase F. Canut, *Temps de travail: le nouvel ordonnement juridique*, en *DS* 4/2010, p. 385.

[408] Véase Pierre-Yves Verkindt, *Les conventions de forfait,* en *DS,* 4/2010, p. 387; G. Pélissier. G. Auzero, E. Dockés, *Droit du travail,* cit., p. 792.

mínimo en la semana, y también al semanal, y durante el año a los días de vacaciones retribuidos.

Llevando el razonamiento a las consecuencias prácticas extremas, dado que -con arreglo a la directiva comunitaria sobre duración del trabajo[409] y a la Constitución- el trabajador tiene que descansar obligatoriamente cada día once horas, y goza del derecho (inalienable) de un día semanal de descanso, serían suficientes un convenio de empresa y el consentimiento del empleado para trabajar 13 horas por día y 78 por semana, sin ninguna alza retributiva[410].

Al respecto- y sin entrar en los detalles- no cabe olvidar como la reglamentación de los *forfait-jours* represente un *vulnus* al derecho comunitario[411], al de la Cedu y al de la Carta Social Europea, como ha sido dictado por los organismos supranacionales, sin que ésto haya inducido el legislador a cambiar con el dictado normativo; ni que la disciplina incumpla el *11me alinéa du Prèambule* de la Constitución, que prevé la protección de la salud, de la seguridad material, del descanso y del tiempo libre[412].

De todas formas, la reciente jurisprudencia nacional de legitimidad ha sido muy rigurosa en el admitir los acuerdos de *forfait*, intentando limitar el papel desempeñado por el acuerdo de empresa, para que no sea el único pivote del sistema. Los jueces han interpretado de manera muy estricta los artículos 3121-38 y 3121-40 que requieren además un acuerdo individual y de forma escrita, en

[409] Véase Directiva 2003/83 de 4 de noviembre de 2003

[410] Véase J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail,*cit., p. 796

[411] Véase *Forfait jours: le recadrage de la Cour de Cassation,* en *LSQ*: la previsión normativa sobre *forfait-jours* viola la directiva 2003-88 CE sobre tiempo de trabajo, cuyos artt. 17 y 19 prohíben a los Estados miembros de "*derogar a las disposiciones relativas a la duración del tiempo de trabajo que en el respecto de los principios generales de la protección de la seguridad y de la salud del trabajador*"; y el art. 31 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de aplicabilidad directa tras el 1 de diciembre de 2009, que garantiza condiciones de trabajo que respeten la salud, la seguridad y la dignidad, una limitación de la duración máxima del tabajo así como los periodos de descanso diario y semanal.

[412] Al respecto el Comité europeo de los derechos sociales- solicitado por la CFE-CGC y la CGT (decisión confirmada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa)- ha condemnado el Estado francés por haber infringido el art. 2.1 de la Carta Social Europea, ya que ha detectado una violación del principio de la duración razonable semanal y anual del trabajo, y del art. 4 del mismo documento, que precisa como- salvo casos particulares- el trabajador tiene derecho a una augmentación del salario en el supuesto de horas extraordinarias. Véasen Pierre Ives Verkindt, *Les conventions de forfait,* cit.. p. 388 y 393; F. Canut, *Temps de travail: le nouveau ordonnement juridique,* en *DS,* 4/2010, pp. 382-383.

abierto contraste con la voluntad de flexibilizacón del tiempo de trabajo, de la cuál está impregnada la disciplina de las *conventions de forfait*[413].

Al respecto, la *Chambre Sociale* ha declarado que la claúsula individual de *forfait* no puede consistir en un mero reenvío general del contrato de trabajo al convenio colectivo sobre la admnistración del tiempo de trabajo, ya que "*le renvoi général fait dans le contrat de travail à l'accord d'entreprise ne peut constituer l'écrit requis*". Al revés, la cláusula debe ser redactada en manera específica, mencionando claramente el sistema, al que el trabajador está sujeto, el nombre de días de trabajo, y haciendo referencia a las disposiciones del *code du travail* , que establecen la obligatoriedad del descando semanal y diario[414].

La jurisprudencia es además muy rigurosa en lo que se refiere a la tutela de los derechos a la salud y al descanso: la *conditio sine qua non* de un acuerdo individual de *forfait* es "*un convenio colectivo cuyas cláusulas garanticen el respeto de la duración máxima del trabajo, igual que los descansos diarios y semanales*". En el caso analizado, la Corte de Casación anula la claúsula 12 del convenio nacional de la industria química, mencionada en el de empresa, según la cual "*la convención individual de forfait establecerá los días de trabajo que hay que hacer...y las modalidades de realización y control*", y que "*el personal forfaité gozará además de alguna confrontación con sus superiores jerárquicos*".

Según los jueces de legitimidad, semejantes disposiciones contratuales otorgarían carta blanca a las partes para fijar las modalidades de ejecución del *forfait*, ya que no son "*en sí mismas aptas para asegurar la protección de la seguridad y de la salud del trabajador en régimen de forfait-jours*", y "*hoy en día, la puesta en marcha de los forfait-jours en la industria química no se puede hacer sin un acuerdo de empresa o de planta qui deberá cumplir con la evolución juripsrudencial*"[415], con la consecuencia de que las convenciones individuales sean privas de efecto, y el trabajador tendrá derecho al pago de las horas extraordinarias.

---

[413] Véase S. Almaric, *Le temps de travail, les conventions de forfait sous le contrôle de la Cour de cassation*, en *RDT*, N. 2012, p. 500.

[414] Véase *Cass. Soc., 31 de janvier 2012, n. 10-17.593.*, en *DS,*5/2012, pp. 537-538, con obs. de Paul –Henri Antonmattei; en sentido conforme véase *Cass. Soc., 29 juin 2011, n. 09-71.107.*, según la cual "*Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail, ainsi que de repos, journaliers et hebdomadaires*".

[415] Véase *Cass. Soc., 31 janvier 2012, n. 10-19.807,* en *LSQ,* n. 16055.

Por fin, con sentencia de 24 de avril de 2013[416], la *Chambre Sociale* de la *Cour de Cassation* ha anulado la clásula del contrato de trabajo de un empleado con funciones directivas, cuyo régimen de *forfait-jour* estaba "codificado" en el contrato de empresa. Según los jueces de legitimidad, éste último no cumplía con los requisitos mínimos para respetar las obligaciones internacionales asumidas por el Estado francés, y contenidas en los artt. 17 y 19 de la directiva sobre tiempo de trabajo, en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en la Carta Social Europea. Más concretamente, el convenio de empresa- que se refería *in toto* al convenio de sector –no garantizaba la razonable duración del trabajo y por consecuencia la protección de la salud y de la seguridad del trabajador. Por lo tanto el empresario se veía condemnado a pagar todas las horas extraordinarias semanales efectuadas tras la 35ª, con arreglo a la cuantía establecida en el convenio de sector, con arreglo al principio del *favor*[417].

Del breve análisis jurisprudencial se desprende la intención de los jueces de ofrecer una interpretación restringida del acuerdo de *forfait*, que en la formulación legislativa desempeña un alcance fuertemente descentralizador de las relaciones industriales.

4. La unidad negocial.

Las unidades donde se desarrolla la negociación empresarial son la empresa en su conjunto, una o más plantas de la misma, y los grupos de empresas (las así llamadas *empresas en red*) en conformidad con el principio de libertad sindical reconocido en el Preámbulo de la Constitución de 1946 como uno de los derechos económicos y sociales "*particulièrement necessaires à notre temps*".

4.1. L'*établissement.*

Hoy en día, la negociación empresarial puede concernir el conjunto de la empresa, así como alguna planta o plantas de una determinada empresa (art. 2232-16 c.t.).

[416] Véase *Cass. Soc. 24 avril 2013, n. 11-28.398*.

[417] Véase E. Richard, *Forfait jours: nouvel avertissement de la Cour de Cassation,* en *DO,* 2013, pp. 611-613.

Sin embargo, los convenios pueden ser diferentes de una planta a otra, con el único límite de la observancia del principio de no discriminación, como ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia de legitimidad en un asunto relativo a diferencias salariales. Es importante, para que no se menoscabe ese principio, que las discrepancias salariales entre trabajadores de distintos establecimientos de la misma empresa sean: negociadas entre el empresario y los representantes del personal, y no sean el fruto de un acta unilateral. También deben estar supeditadas a razones objetivas, cuya existencia debe ser valorada en concreto por el juez[418].

Al respecto, la *Cour de Cassation*, en una sentencia de 28 de octubre de 2009, en manera igual más restrictiva ha afirmado que "*un convenio de empresa no puede prever diferencias de trato entre trabajadores de plantas distintas, ejerciendo un trabajo igual o de igual valor*"[419]*:* de hecho, el mero acontencimiento de trabajar en plantas diferentes no puede justificar un distinto régimen en la relación individual de trabajo por parte del convenio de centro de trabajo (*établissement*). En sentido conforme, "*un acuerdo de planta puede contemplar, en relación a la planta misma y consideradas sus caractéristicas, modalidades salariales específicas*"[420]. Así mismo "*un acuerdo de empresa puede establecer que en alguna de sus plantas, en razón de sus peculiaridades, se apliquen modalidades retributivas determinadas a través de un convenio de planta*[421]".

En virtud del razonamiento jurisprudencial precitado, sólo elementos objetivos pueden legitimar diferenciaciones de planta a otra. En la sentencia del 29 de octubre de 2009, el juez de legitimidad ha rechazado la defensa del empresario, que aducía el *deficit* financiero de su sociedad como razones objetivas para justificar la inaplicación del principio *à travail égale, salaire égal*. En este sentido la *Cour de Cassation* da un vuelco a su precedente orientación, elaborada en los 90, según la cual "*la negociación colectiva en una planta distinta permite establecer, a través de un*

[418] Véase Soc. 21 janvier 2009, n. 07-43.452, *RDT* 2009, P. 321, obs. Thierry Aubert-Monpeyssen: "*Il ne peut y avoir de differences de traitement entre salaries d'établissements different d'une meme enterprise exerçant un travail égal ou de valeur égale que si ellent reposent sur des raisons objectives don't le juge doit controller la réalité et la pertinence*".

[419] Véase Cass. Soc., 1er juillet 2009, n. 7-42.657: *JCP S 2009, 1451, note J.-F. Césaro.*

[420] Véase Cass. Soc., 7 de avril de 2004, n. 01-42.758,

[421] Véase Cass. Soc., 18 de enero 2006, n. 03-45.422: Bull. Civ. V, n. 117.

acuerdo colectivo, diferencias de trato entre los trabajadores de la misma empresa", con un claro desconocimiento del principio constitucional de igualdad[422].

Parece que la jurisprudencia haya intentado proteger en la manera más amplia posible el principio de igualdad en lo que se refiere al salario. A pesar de que el salario minimo (Smic) no pueda ser derogado *in pejus* por expresa previsión normativa en la reforma de 2004, los jueces se han esforzado en proteger la paridad de trato en lo que se refiere a los elementos accesorios de la retribución, a menos que *hic et nunc* no haya una específica razón justificativa de la desigualdad.

En este sentido, para que el convenio de empresa que establece diferencias retributivas de planta a otra no sea declarado nulo por violación del principio de igualdad, las partes contraentes deberán justificar *ab initio* las diferencias instituidas, o por una cláusula de interpretación auténtica del acuerdo añadida *a posteriori*, y que de todas formas deberá ser justificada y pertinente en concreto tras valoración judicial[423].

4.2.La negociación en los grupos de empresa**.**

El legislador de 2004 reglamenta por primera vez de manera análitica la negociación colectiva en los grupos de empresas o empresas en red, disciplinada por primera vez en España con el *rdl 7/2011*, y que sigue siendo ausente en Italia, a pesar de la notable difusión de este fenómeno de coordenamiento de la producción.

Según la opinión doctrinal prevalente, por grupos de empresas se entienden los conjuntos de sociedades independientes, que forman una unidad económica en razón de estrechas relaciones financieras, noción funcional que guía al inteprete en el análisis del fenómeno[424].

Antes de la reforma, la negociación en los grupos de empresa había sido refrendada por alguna jurisprudencia de legitimidad, que en un primer tiempo

[422] Véase Cass. Soc., 27 de octubre de 1999, en *DS* 2000, P. 189.

[423] Véase G. Auzero, Jean-Marc Chonnier, *Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement,* en *DS*, 1/2011, pp. 54 ss., que subraya la necesidad de un "*contrôle <étroi> de la justification de l'inégalité de traitement en raison d'un avantage conventionnel.*

[424] Véase M. Gadrat, *Le contenu des accords de groupe,* en *DS,* 6/2010, p. 651.

subsumía los acuerdos de grupo en el *genus* de los acuerdos de empresa[425], y luego les concebía como un ámbito de negociación distinto de lo empresarial, y que debía regular exigencias comunes a las relaciones de trabajo de las empresas involucradas.

De hecho, como fue afirmado en 2003, "*los empresarios y los sindicatos más representativos pueden instituir a través de un acuerdo colectivo, en aras de negociar convenios sobre asuntos de interés común a los personales de las empresas parte del grupo, una representación sindical de grupo a la condición de que las negociaciones sobre las que tienen competencia no se sustituyan a la negociación de empresa*"[426].

La ley de 4 de mayo de 2004 ha otorgado a estos acuerdos una base jurídico-positiva, como *subspecies* de la negociación empresarial, según lo previsto por los artt. 2232-30 c.t. y ss.: la regla básica es que serán las partes sociales de determinar el ámbito aplicativo material de aplicación del convenio, que puede ser relativo a todas las empresas del grupo o sólo a una parte de estas. De esto se desprende la consecuencia de que el convenio tendrá eficacia *erga omnes* en todas las plantas involucradas.

De hecho, desde un punto de vista objetivo, el grupo no es determinable de manera apriorística, sino son las partes sentadas a la mesa negociadora que pueden perimetrar el significado de grupo de empresa mismo, conformemente al principio de libertad negocial, como se desprende del resto del art. 2232-30[427].

Varios son los asuntos problemáticos de la reglamentación normativa. De hecho la ley disciplina sólo la dialéctica entre convenio de sector y de grupo, estableciendo que el segundo puede derogar a lo previsto a nivel nacional de sector sólo previa autorización de este último[428]. Al contrario, la ley guarda

[425] Véase Cass., Soc., 29/06/1994, n. 91-18.649, *Mutuelle du Mans et autres c/syndicat CFDT des assurences de la région du Mans,* en *DS*, 1995, p. 43, obs. J. Savatier.

[426] Véase Cass. Soc., 30/04/2003, n. 1-10.027, *Féderations des employés et cdres Cgt-Force ouvrière c./ societé Axa France Assurences, Fs-P+B+R-I,* en *DS*, 2003, P. 732.

[427] Véase Jean-François Cesaro, *La négociation collective dans les groups des societies,* in *DS,* 7/8 Juillet-Aoút 2010, pp. 780-781.

[428] Según el art. 2232-35 CT "*la convention ou l'accord de groupe ne peut comporter des dispositions derogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels*".

silencio sobre la articulación entre el convenio de empresa y lo de grupo[429]. Al respecto, la única indicación llegaría de una circular del Ministerio del Trabajo de 22 de septiembre de 2004, que soluciona las eventuales antinomías entre el convenio de empresa y lo de grupo a la luz del principio doctrinal del *favor*, pero sólo si el convenio de empresa preexista al de grupo[430].

Puesto que la circular del Ministerio del trabajo no es una fuente legal sino de rango admnistrativo (y entonces segundaria), la incertidumbre queda soberana y en último análisis la preeminencia de uno u otro nivel negocial está remitida a la voluntad de las partes sociales.

La ley guarda además silencio sobre la eventual facultad derogatoria del convenio de grupo frente a la ley. En clave garantista y fundamentándose en el criterio ermenéutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit,* ha sido subrayado como el acuerdo de empresas en red no puede disciplinar de manera diferente lo previsto por la ley[431]. De hecho, cada vez que la ley permite alguna derogación convencional a la ley, el *code du travail* sólo hace referencia a los acuerdos de empresa y de sector[432].

Desde un punto de vista aplicativo, en algunos casos sindicatos y *management* han optado por la línea interpretativa sugerida por la circular del Ministerio del Trabajo, como por ejemplo en el caso del *Accord Suez 17 juin 2008*, en el que se establece que "*el presente aucerdo se aplica a las filiales integradas globalmente en el perimetro de consolidación del grupo Suez en Europa, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan a nivel local*"[433]. Al contrario, en otros casos la partes sociales han optado por la armonización de las condiciones de trabajo en el grupo de empresas, como por ejemplo en el acuerdo intergrupo Thalès, donde se establece que "*La dirección velará por el seguimiento y la correcta aplicación de este convenio de grupo. Ella se empeña en*

[429] Véase M. Gadrat, *Le contenu des accords de groupe,* cit., p. 652, que deplora que tampoco la ley de 2008 sea intervenida para solucionar las lagunas del régimen jurídico de la negociación de los grupos de empresa.

[430] Según la circular del 22 de septiembre de 2004 del Ministerio francés del trabajo "*l'accord de groupe porte sur des domaines dèjà traités par des accords d'entreprise, les clauses de l'accord de groupe ne peuvent prèvaloir sur les stipulations des accords d' <entreprise ayant le même objet que si elles sont plus favorables pour les salariés*".

[431] Véase art. 2232-35.

[432] Véase Jean-François Cesaro, *La négociation collective dans le groupes de societés,* cit., p. 786.

[433] Véase *Accord Suez 17 juin 2008. Accord sur les garanties sociales pour les salariés du groupe Suez,art. 5A.*

hacer respetar los acuerdos anteriores existientes a nivel de grupo, de empresas y de plantas, sin que esto pueda engendrar un cúmulo de disposiciones sobre el mismo objeto"[434].

Es probable que en la incertidumbre normativa la segunda opción se fundamente en el principio puesto por el legislador, según el cual un acuerdo de grupo despliega los mismos efectos que un acuerdo de empresa. De hecho, según las relaciones objetivas entre convenios colectivos del mismo nivel, el posterior puede derogar lo establecido por el anterior, con el único límite de los derechos que ya formen parte del patrimonio jurídico de cada trabajador afectado por los dos convenios.

Sin embargo, la opción antedicha parecería descartada por la misma administración pública, que en la misma circular de 2004 no otorga a los convenios de empresas en red la facultad de "reemplazar" la negociación empresarial anual obligatoria[435], de tal manera que parte de la doctrina ha hablado de "*identité imparfaite"* entre las dos tipologías de acuerdos colectivos[436].

5.La negociación anual obligatoria.

Como ya señalado en la introducción histórica, las leyes *Auroux* de 1982 introdujeron la obligación anual de negociar en la empresa sobre salarios efectivos, duración efectiva del tiempo de trabajo y organización del mismo. A estos ámbitos se han añadidos otros en progreso de tiempo.

Hay que matizar que la ley establece la obligación unilateral de negociar sobre determinados asuntos[437] por el empresario, a nivel de empresa o de centro de trabajo - cuyo incumplimiento engendra la irrogación de sanciones penales y civiles a cargo del mismo - y no el deber de estipular un convenio.

[434] Véase *Accord Thalès consacrè à l'exercise du droit syndical e tau dialogue social du 23 novembre 2006, chap. II.*

[435] *Circ. 22 sept. 2004, fiche 5, 3*: "*si l'accord de groupe emporte les mêmes effets que l'accord d'entreprise, la négociation de groupe n'a pas vocation, en l'état des textes, à se subsitituer à la négociation d'entreprise. Ainsi les obligations annuelles ou pluriannuelles de négocier dans l'entreprise fixées à l'article l. 132-27 du Code du travail en matière de salaires effectifs, de durée effective et d'organisation du temps de travail, de prévoyance maladie, d'épargne salariale, d'égalité professionnelle continuent de relever du niveau de l'entreprise, même si un accord de groupe peut valablement être conclu dans ces domaines".*

[436] Véase Jean-François Cesaro, *La négociation collective dans les groupes de sociétés,* cit., p. 786.

[437] Véase M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori,* cit., p. 229.

En el ámbito de la negociación anual obligatoria el empresario está sujeto a un fuerte control de los procedimientos relacionados con su poder directivo y organizativo, no sólo en la organización del trabajo, sino también en la adopción de medidas en pos de los sujetos con discapacidades o en posición de desigualdad, como se verá en el análisis que se va llevar a cabo.

5.1. Modalidades procedimentales.

El sujeto que tiene el deber y la legitimación activa de empezar la negociación es el empresario, ya que según el art. 2242-1 "*en las empresas donde hay secciones sindicales de organizaciones representativas (...), el empresario debe poner en marcha cada año una negociación"*. En ausencia de la iniciativa empresarial, la obligación de tratar la cuestión surge de la petición de- por lo menos- una organización sindical representativa en el plazo de doce meses tras la negociación anterior.

Tras la fecha de entrada en vigor de la ley de 20 de agosto de 2008 -1 de enero de 2010- la negociación es obligatoria en todas las empresas donde hay por lo menos un delegado sindical, puesto que la ley prevé la negociación de empresa en ausencia de delegados sindicales en todas aquellas medidas cuya operatividad está supeditada por ley a un convenio colectivo.

Además, el empresario está obligado a transmitir la petición a las otras organizaciones sindicales representativas en los ocho días siguientes.

En virtud del principio de libre determinación de la unidad de negociación, el empresario puede escoger entre una negociación llevada a cabo a nivel de cada planta o bien a nivel de toda la plantilla empresarial, según lo previsto por el art. 2242-11 sobre *prévoyance maladie*, es decir el régimen seguridad en caso de enfermedad a cargo del empresario. La doctrina propone una interpretación extensiva de la libre elección de la mesa negociadora, a pesar de que esta facultad no aparezca en los otros supuestos de negociación anual (salarios, tiempo de trabajo, igualdad profesional entre hombres y mujeres...).

Por fin, en lo que atañe a las modalidades de negociación, según los artt. 2242-2 y 2242-3 c.t., en el primer *meeting* el empresario tendrá que comunicar el lugar y la fechas de los encuentros sucesivos, y la tipología de informaciones que serán

comunicadas para poder comparar la condición de hombres y mujeres sobre organización del tiempo de trabajo, cuantía salarial, cualificación y empleo. En lo que se refiere al desarrollo de las negociaciones, las partes no podrán excluir ninguna categoria del personal, pena la violación del general principio de discriminación[438].

De todas formas, el empresario puede tomar decisiones sobre las materias antedichas, sólo si ha previamente realizado la negociación, salvo si hay un caso de urgencia.

Por fin, según lo previsto por el art. 2242-3 c.t., las negociaciones pueden acabar con un acuerdo o con un *rien à faire*, ya que obligación de negociar no es sinónimo de pactar. En ausencia de acuerdo, el proceso verbal debe hacer específica referencia a las últimas propuestas de ambas partes y las medidas que el empresario quiere poner en marcha unilateralmente.

5.2. El contenido.

El empresario tiene que negociar de manera obligatoria tres sujetos: a)los salarios efectivos (art. 2242-8), es decir los sueldos mensuales brutos comprensivos de premios y ventajas en naturaleza, si los premios y las ventajas están contemplados en la aplicación del acuerdo[439]; b) la duración efectiva del trabajo; c) la organización del tiempo de trabajo, y sobre todo la actuación del trabajo a tiempo parcial tras demanda del trabajador.

Hay otros núcleos temáticos por los cuáles se establece una obligación anual de negociar, pero- una vez estipulado el acuerdo- la negociación deberá ser renovada cada tres años: a) los objetivos sobre igualdad profesional entre hombre y mujeres en la empresa así como las medidas que permitan su obtención (art. 2242-5); b) la

[438] Véase Crim., 28 de marzo de 1995, en *RJS* 10/95, n. 1033: el empresario fue condemnado porque había rechazado incluir en la negociación de los salarios la modificación de los emolumentos de los *chauffeurs de grand tourisme*.

[439] Véase Circ. DRT n. 15 de 25 de octubre de 1983, donde además se clarifica que la negociación no puede tratar los salarios individuales.

inserción en el mercado laboral y el mantenimiento de los trabajadores minusválidos (art. 2242-13)[440].

Por fin, hay otra obligación anual de negociar anualmente en las empresas sobre *prévoyance maladie* (art. 2242-11) y participación financiera (art. 2242-12), pero sólo en ausencia de acuerdo que se pueda aplicar a la empresa.

No cabe olvidar que en las empresas con por lo menos 300 trabajadores o que tengan como mínimo 150 dependientes en Francia, o en los grupos de empresa, cada tres años deben ser obligatoriamente negociadas:a) las modalidades de información y consultación del *comité d'entreprise* sobre las estrategias empresariales y sus probables consecuencias en materia de sueldo y empleo; b) el desarrollo de un dispositivo de gestión de empleo y competencias; c) el acceso y el mantenimiento en el empleo de los empleados ancianos (*salariés âgés*) y su acceso a la formación profesional.

5.3 Especial referencia al obligo negocial sobre igualdad profesional.

El tratado actual dedica unas breves referencias a la negociación sobre *egalité professionnelle*, que representa sin embargo una forma promocional de negociación colectiva descentralizada, ya que es en el hogar de trabajo que se pueden buscar las soluciones más adecuadas para concretizar el principio de igualdad de género, sin que el acuerdo de empresa represente una forma de *dumping social* o de negociación a la baja, como al revés es considerado por buena parte de la doctrina, si disciplina asuntos como el tiempo y la duración del trabajo.

[440] Véase en materia de recientes medidas positivas en pos de los discapacitados, y sólo a nivel ejemplarizador, el acuerdo en la empresa Invivo: la empresa se empeña en aumentar las asunciones de trabajadores discapacitados con contrato a tiempo indefinido, a la accesibilidad del lugar de trabajo, y a poner en marcha muy de pronto un proceso negociador en materia de acceso "*aux espaces publics, aux transports et au cadre bâti"* y la "*évalutation des risques professionnels et des actions correctives*". Para más informaciones al respecto, véase *www.wk-rh.fr* . Tambié, véase el *Accord du 8 mars 2012 agrée sur l'emploi des personnes handicapées à la Poste,* en *La Poste renforce ses engagements en matière de handicap dans un cadre juridique nouveau*, en *LSQ*, n. 16115, pp. 2, 3: por el trienio 2012-2014 la compañía pública de correos se compromete –entre otras cosas - en contratar por lo menos 480 personas en situación de handicap por cada tipo de función, cuyo 70% con contrato a tiempo indefinido; y a destinar el 9,4% de su presupuesto global en lo que se refiere a asunciones, integración y formación de personas con *handicap*, y a desarrollar medidas en pos de los trabajadores "*en situation de handicap psychique"* con el empleo del 1,1% de su presupuesto.

Esta tendencia ha sido renforzada por la la ley sobre reforma de la jubilación y es expresión de una corriente ya arraigada en las relaciones industriales, como se verá de unos acuerdos citados a título ejemplarizador.

La reforma de 2012.

La ley 1189 de 2012 sobre *los emplois d'avenir*[441] y el decréto 1408 de 2012 del Ministerio del Trabajo[442] contemplan disposiciones sobre igualdad profesional entre hombres y mujeres en la empresa: la doctrina al respecto ha puesto de manifiesto como se estaría en frente de la concretización en el ordernamiento jurídico francés, de las normas contenidas en el derecho internacional y comunitario sobre igualdad profesional[443].

La ley establece que las empresas deben estar cubiertas en la materia por un acuerdo de empresa (c.t., art. 2242-5)o- en su defecto- por un plan de acción (c.t.,art. 2242-5-1), bajo la irrogación de una penalidad en ausencia de cada uno de los dos. La ley apuosta por el non-cúmulo de normas, al establecer el plan de acción unilateral sólo en el caso de falta de conclusión de un convenio colectivo[444].

Los sujetos que deben ser obligatoriamente examinados son: asunción, formación, promoción profesional, cualificación, clasificación, condiciones de trabajo, remuneración efectiva y articulación entre la actividad profesional y el ejercicio de la responsabilidad familiar.

Al respecto, la ley sigue la tendencia inaugurada en 2006, ya que al establecer que "*La remuneración efectiva está obligatoriamente comprendida en los ámbitos de acción del convenio colectivo o, en su falta, el plan de acción"* (c.t., art. 2242-2), fortalece lo previsto

[441] Véase *Loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 relative aux emplois d'avenir, contenant des dispositions sur l'égalité professionnelle*.

[442] Véase *Décret n° 2012-1408 du 18 décembre 2012 relatif à la mise en oeuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*.

[443] Véase M. Miné, *Mise en oeuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, in *RDT* 2013, p. 109. Sobre las medidas egualitarias introducidas por la ley de 2012, en general véasen *Les modalités des accords et plans d'action sur l'égalité hommes-femmes,* in *LSQ*, 171/2011, n. 15923, pp. 1-4; *Les modalités des accords et plans d'action sur l'égalité hommes-femmes*, in *LSQ*, n. 15897, pp. 1-2; G. de Raincourt, G. Duchange, *Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes: mise en oeuvre,* en *LSJS,* n. 51-52, 2011, pp. 21-24.

[444] Véase G. de Raincourt, G. Duchange, *Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes: mise en oeuvre*, cit., p. 23.

por la ley 340 de 2006 sobre igualdad salarial[445], que impone a la negociación colectiva empresarial de "*suprimir las discrepancias de remuneración entre mujeres y hombres*" (c.t., art. 2242-7), en el contexto de referencia de la contratación obligatoria sobre salarios efectivos.

Es evidente que hay una normativización del poder empresarial, supeditado a la negociación colectiva, que de todas formas deriva de la ratificación por Francia de varios textos internacionales. Es decir, de la convenciones de la OIT nn. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, fortalecido en la 365ª relación del Comité de Libertad Sindical de 16 de noviembre de 2012[446].

Además, estamos frente a dos negociaciones colectivas empresariales obligatorias, en relación de complementariedad, que deben proceder sin ignorarse. Hay una práxis negocial general sobre igualdad profesional y otra especial para suprimir las desigualdades salariales.

En lo que se refiere al desarrollo de las negociaciones, el empresario debe empezar el enfrentamiento con las organizaciones sindicales representativas en las empresas con menos de 300 trabajadores (la ausencia de acuerso debe resultar de un proceso verbal de desacuerdo *ex* art. 2242-5-1c.t.). En las empresas con 300 o más empleados, existe la obligación por parte del empresario de intentar lograr un acuerdo, sin la posibilidad *tout court* de un plan de acción unilateral.

En ausencia de acuerdo, el empresario tiene que depositar ante la *Diréction du Travail* el plan de acción; plan de acción que de todas formas debe contenir las medidas tomadas durante el año para cumplir con el deber de igualdad profesional, los objetivos de progresión y las acciones que permitan su alcanzamiento, con una específica indicación numérica de la situación comparada entre hombres y mujeres sobre: salario medio; laxo temporal entre dos promociones; ejercicio de las funciones de *management* y de responsabilidad.

Además, el decréto precisa que el plan de acción debe fundamentarse en criterios claros y operativos, con especial referencia a cada categoria profesional sobre las

[445] Véase *loi n° 2006-340 du 26 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

[446] Véase M. Minet, *Mise en oeuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* cit., p. 110.

evoluciones constatadas, con un consecuente reenvío a las categorias de trabajadores establecidas por el sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa (c.t. art. 2323-12).

Si la empresa no está cubierta por el plan de acción o el convenio sobre igualdad de género, los servicios de inspección del Ministerio del Trabajo pueden declarar la mora del empresario, incitándole a poner remedio a la situación en el plazo de seis meses. Expirado dicho marco temporal, si la administración constata el incumplimiento o no ha recibido alguna comunicación por el empresario, las empresas con menos de 50 trabajadores deberán pagar una penalidad correspondiente al 1% de su masa salarial, mientras que las empresas de tamaño más grande deberán corresponder al Estado una enmienda pecuniaria en función de unos cuantos paramétros (razones de *défaillance* del empresario, su eventual buena fe, medidas tomadas...)[447].

Los acuerdos sobre igualdad profesional: casuística.

En los últimos meses son varios los acuerdos alcanzados sobre igualdad profesional, también porque el dispositivo entró de pleno derecho en vigor el 1 de enero de 2012: sólo las empresas ya cubiertas al 1 de noviembre de 2010 por un acuerdo de igualdad de género, que cumpla con las previsiones legales, deberán negociar una vez expirado el acuerdo mismo.

A título meramente ejemplarizador, se puede citar el acuerdo de planta sobre igualdad hombres-mujeres en *Epernay Moët & Chandon* de 20 de diciembre de 2011, signado por los sindicatos CFDT, CGC y CGT, en el que el empresario se empeña- entre otras cosas- a efectuar un examen objetivo de todas las candidaturas femeninas por los puestos de responsabilidad, y a privilegiar las candidaturas del sexo sub-representado hasta que la desigualdad *de facto* no sea eliminada[448].

[447] Véase art. 2242-6 c.t.

[448] Véase *Egalité homes-femmes chez Moët & Chandon,* en *LSC*, n. 16025, p. 3.

Otro acuerdo ejemplarizador sobre la *mixité dans l'entreprise*[449] es lo alcanzado en *Renault*, de 16 de mayo de 2012 y suscrito por CFE, CFDT y FO: la empresa se obliga a fortalecer la presencia de las mujeres trabajadoras "*para asegurar una mejor paridad en un sector industrial todavía muy masculino, el de automoción"*.

Al respecto, la sociedad se oblíga en asumir con contrato a tiempo indefinido un 30% de mujeres por los perfíles técnicos y de ingeniero, y de un 50% para el perfil comercial, y a proponer por lo menos una mujer entre los tres candidatos a las plaza de cuadro superior o en general a plazas que presupongan el ejercicio de funciones directivas elevadas. Por fin, Renault se compromete en el acceso a la formación a distancia de las mujeres, y a poner en marcha los llamados "*Entretiens diversité"*, charlas a título experimental finalizadas a "*mejorar la capacitad de Renault para descubrir, impulsar y reconocer los talentos*".

Por fin, cabe destacar a nivel europeo el acuerdo de Gdf Suez de 5 de junio de 2012[450] finalizado a fomentar la diversidad a todos los niveles de la empresa: puesto que "*en el mercado del trabajo las mujeres están sobre-representadas en los sectores los menos remunerativos y sub-representadas en los puestos de decisión*". Con arreglo al art. 23 de la Carta de Niza, establece que las mujeres representarán el 30 % de la fuerza trabajo, y un dirigente sobre tres como mínimo deberá ser de sexo femenino, con la contextual creación de un servicio de *mentoring* que facilíte el acceso a los grados de dirección en la empresa.

En lo que se refiere a la conciliación entre la vida personal y familiar, cabe destacar el acuerdo sobre valorización de la diversidad y igualdad profesional en la empresa *Invivo*[451], donde se experimenta un sistema derogatorio *in melius* a la ley en lo que se refiere a la protección del derecho a la parentalidad: Invivo concede a sus trabajadores un permiso ulterior de cuatro semanas retribuido, que lleva la duración total del permiso a treinta semanas anuales, con la ulterior posibilidad de fraccionamiento del derecho en los primeros tres años de vida del menor "*para*

[449] Véase *Rénault adopte des mesures innovantes en matièere d'èqalité H/F et de parentalité,* en *LSQ*, n. 16125, p. 1.
[450] Véase *Gdf Suez conclut un accord européen sur l'égalité professionnelle,* en *LSQ* n. 16119, p. 2.
[451] Véase *Valorisation de la diversité et de l'égalité professionnelle chez Invivo*, en *LSQ* n. 16018, p. 3.

facilitar la flexibilidad en la conciliación entre vida privada y familiar"; además, el permiso por paternidad, cuya duración legal es de once días, es aumentado hasta el doble.

Siempre en materia de conciliación entre vida privada y familiar, merece especial atención por su envergadura innovadora, el acuerdo empresarial de 20 de enero de 2012 firmado en el *Hôtel Meridien de Nice*[452], precursor de la ley de 2013 sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo. El acuerdo tiene su antecedente en un compromiso de la dirección de 2011, que reconoce el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, y otorga varios permisos a las familias omoparentales francesas, con doble nacionalidad o con paseporte de un Estado miembro de la Ue que hayan legalizado el matrimonio *gay*: permisos de paternidad; permisos por acontecimientos familiares; permisos por enfermedad de los hijos; por presencia parental; de solidaridad familiar; en las vísperas de adopción de un menor al extranjero; permiso parental de educación.

5.4.El incumplimiento del deber anual de negociar: sanciones civiles y penales.

Desde el punto de vista de las sanciones civiles, si el empresario no cumple con la obligación anual de negociación, o viola alguna previsión procedimental, será civilmente responsable de los perjuicios causados sea a los trabajadores sea a los sindicatos; si la decisión del empresario ha sido puesta en marcha sin previo envolvimiento de las organizaciones sindicales, el juez de merito puede suspender la actuación de la medida hasta que la negociación se realice[453].

Además, siempre en materia civil, es posible- con arreglo a los artt. 808 y 809 del código procesal, que el Présidente del Tribunal de Grande Instancia mande el comienzo de las negociaciones y la producción de los documentos.

***

También en materia penal, si el empresario no cumple con la obligación anual de negociar en la empresa, estará sujeto a sanciones con arreglo a los artt. 2243-1 y 2243-2 del *code du travail*.

[452] Véase *Droit à congés familiaux pour les familles homoparentales à l'hôtel Méridien de Nice,* en *LSQ*, n. 16037, pp. 2-3.
[453] Véase Soc., 28 nov. 2000, *RJS* 2/01, n. 212.

Más en concreto, el empresario que no cumpla con lo dispuesto en materia de obligación de negociar en la empresa estará sujeto al encarcelamiento hasta doce meses y al pago de una multa de 3750 euros; otro supuesto será por ejemplo la mancata convocación de los demás sindicatos representativos tras la petición en semejante sentido en los 15 días sucesivos.

6.La ley de 20 de agosto de 2008: desde la representatividad presumida/vertical hasta la representatividad ponderada/horizontal en la empresa.

6.1El sindicato "representativo" en concreto como sujeto negocial.

La ley de 20 de agosto de 2008 se caracteriza no sólo por haber ampliado los poderes derogatorios del convenio de empresa, sino también por una total reexaminación de los sujetos negociadores y de las condiciones de validez del convenio de empresa, con un cambio profundo con arreglo al régimen anterior.

De hecho, la ley de 2008 abandona un modelo de representatividad que tenía sus origenes en los años 30, en el que cinco organizaciones sindicales gozaban de una presunción *juris et de jure* de representatividad (*Présomption irréfragable de répresentativitè)*, es decir CGT, CFDT,CFTC, FO y CFE-CGC. La legislación preveía que los decretos ministeriales pudiesen extender con eficacia *erga omnes* los contenidos económico-normativos suscritos por las organizaciones más representativas, en aras de cumplir con el principio de igualdad en las relaciones laborales[454].

Además, la ley de 27 de diciembre de 1968, que reconocía la legitimidad de las secciones sindicales en las empresas, estableció que cada organización sindical afiliada a una organización representativa en el plan nacional, fuese considerada como representativa en la empresa. Esta presunción, calificada en una decisión de 31 de marzo de 1966 como total y sin derecho a la prueba contraria (*irréfragable*)

[454] Véase M. Faioli, *Oltre la continuità. La contrattazione collettiva decentrata nell'esperienza francese e tedesca,*en *RDL,* n. 3, luglio- settembre 2012, in www.dejure.it .

por la *Cour de Cassation*[455], fue ampliada a los representantes elegidos en la empresa por los trabajadores por la ley de 1982 [456].

Las exigencias reformadoras de este sistema empezaron a manifestarse en los años 2000, en paralelo con las mudanzas de la acción sindical, cada vez más propicia a hacer concesiones en pos de soluciones para evitar el cierre de plantas y reducir los efectos de la crisis. Esa acción sindical resulta cada vez menos representativa de la expresión de toda la clase trabajadora en lucha por la mejora de sus soluciones[457]. El *Rapport Hadas-Labal "Pour un dialogue social efficace et légitime"*, y el aviso del *Conseil économique et social du 29 novembre 2006* auspiciaban fundamentar la representatividad en elecciones periódicas. Además, las partes sociales en la *Position Commune du 9 avril 2008,* deseaban *de jure condendo* por una actualización de los criterios de representatividad de las organizaciones sindicales- codificados en el art. 2121-1- c.t., sobre la base de elecciones periódicas y validación mayoritaria de los acuerdos colectivos[458].

El objetivo de la Posición Común era de impulsar el legislador al abandono de la *présomption irrefragable de representativité* (artt. 1-3 de la Posición), para que la representación desplegara su eficacia sólo al nivel donde estuviese eventualemente reconocida por los trabajadores.

En concreto, la nueva representatividad habría tenido que fundamentarse en siete criterios cumulativos: miembros efectivos y cotizaciones; transparencia financiera; independencia; respeto de los valores republicanos; influencia caracterizada por la actividad, la experiencia y la implantación geográfica y profesional del sindicato;

[455] La *Cour de Cassation* tiene la paternidad de la expresión "*irréfragable*", ya que el c.t. simplemente establecía que "*Tout syndicat professionnel affilié à une organisation représentative au niveau national est considérée comme representative dans l'entreprise"* (art. 2122-1 en la versión anterior). La presunción consistía en una extensión de la representatividad del sindicato confederal al nivelc de empresa: la organización de los trabajadores, si afiliada a una de las cinco confederaciones gozaba de manera automática de la *rèpresentativité* en la empresa: véase G. Bélier, Henry-José Legrand, *La négociation collective en entreprise,* cit., pp. 23 y 24.

[456] Véase E. Collomp, *La loi du 20 août sur la démocratie sociale,* en *DS*, 1/2011, p. 60; Paul-Henri Antonmattei, *Les critères de représentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008,* en *DS,* N. 7-8 DE 2008, p. 773, que observa como la posición no sea así tan común, dado que ha sido firmada sólo por la mitad de los negociadores (Medef, Cgpme, Cgt y Cfdt), y que por lo tanto no tenga naturaleza de acuerdo nacional interprofesional, y que el gobierno haya hecho un copia y pega del texto en la tramitación de la ley de 20 de agosto de 2008.

[457] Véase Marie-Laure Morin, *Les nouveaux critères de la rèpresentativité syndicale dans l'entreprise,* en *DS,* 1/2011, p. 64.

[458] Véase G. Bélier, Henri-José Legrand, *La négociation collective en entrerprise,* Liaisons, Paris, 2011, p. 307.

una antigüedad mínima de dos años y una audiencia electoral establecida a través de los resultados en las elecciones profesionales en la empresa[459].

Actualmente los criterios de representatividad adoptados por el legislador son siete, de manera casi idéntica a los imaginados por las partes sociales: respeto de los valores republicanos, independencia, transparencia financiera, antigüedad mínima de dos años en el sector profesional y geográfico que cubra a nivel de negociación (a partir de la fecha de depósito del estatuto); *audience* establecida con arreglo a los niveles de negociación; influencia (prioritariamente caracterizada por la actividad y la experiencia), miembros efectivos y cotizaciones sindicales.

El criterio que plantea dudas interpretativas es lo del "*respeto de los valores republicanos*": al no haber transpuesto el texto de ley la definición contenida en la Posición Común, ("*Le respet des valuers républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance"*); en materia es probable, de vez en cuando, un cuestionamieno del respeto de los valores republicanos por el sindicato disidente, para intentar invalidar el convenio de empresa[460].

Además, al poseer lo requisitos antedichos, para ser interlocutor al nivel empresarial de negociación el sindicato tiene que haber obtenido el 10% de los sufragios para elegir los titulares del *comité d'entreprise* o-en su defecto- de los *délégués du personnel*, que en el ordenamiento sindical francés constituyen los organismos electivos de participación y de envolvimiento de los trabajadores en la empresa[461]; además, las elecciones son validas con independencia del número de los votantes *ex* art. 2122-1, con arreglo al así llamado *critère de l'audience*.

---

[459] Véase "*Article 1- Critères a prendre en compte*" de la Posición Común.

[460] Véase P. Rodière, *Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme,* en *SML*, *13 octobre 2008, n. 1370*, p. 9.

[461] Los *comité d'entreprise* se occupan de envolver en general los trabajadores en la gestión de la empresa con derechos de información y de cogestión en unos asuntos sociales (por ejemplo, formación profesional), mientras que los *délégués du personnel* deben interesarse sobre todo del respeto de la observancia de las leyes y de los convenios colectivos y de las quejas al respeto (artt. 2313-1 y ss.). Sea el *comité d'entreprise* sea los *délégués du personnel* son elegidos de manera directa y con metodo proporcional cada 4 años: a las elecciones puden participar todos los trabajadores subordinados, y también los con contrato especial (a tiempo definido, *part-time*...) excepto los dirigentes, considerada su posición apical en la empresa.

En relación al ámbito material de elección, los *délégués du personnel* son elegidos en las unidades productivas (*établissements*) con menos de 11 trabajadores (art. 2312-1 c.t.); los segundos en las empresas con por lo menos de 50 trabajadores, pero si la empresa está estructurada en unidades productivas diferentes, cada una de ellas tiene que

A través de los nuevos criterios de representatividad, se pasa de una concepción vertical o descendiente a otra horizontal de la negociación colectiva en la empresa. De hecho, para negociar y estipular un convenio con el empresario, el sindicato tiene que demostrar su capacidad de representar los trabajadores a través del voto en las urnas, aunque sea federado a una de las grandes centrales [462].

Al respecto, hay unos autores que entrevén en la reforma de la representatividad una herramienta muy poderosa de deconstrucción del sistema anterior, con el riesgo de una verdadera concurrencia entre los sindicatos confederales, que deberán competir para guardar la representatividad en la empresa, con igual un replanteamiento de su estrategia de acción, antes totalmente centralista[463].

El legislador en la materia ha sido sin dudas consciente del cambio de perspectiva. No se debe olvidar que los nuevos criterios de representatividad no fueron de aplicación inmediata, ya que la ley de 2008 estableció un periodo transitorio hasta el 20 de agosto de 2012, en el que seguían aplicándose los antiguos criterios de representatividad presumida, favoreciéndose aún en la negociación colectiva empresarial a las centrales sindicales tradicionales.

6.2. Desarrollo de las negociaciones: procedimiento y sujetos.

En el procedimiento de negociación colectiva empresarial el empresario está obligado en invitar a la mesa negociadora todas las organizaciones sindicales representativas, so pena de una eventual condena por actas discriminatorias[464], y la subsecuente nulidad del acuerdo estipulado. En la práctica, el empresario debe convocar las organizaciones en el mismo día sin posibilidad ninguna de desarrollar negociaciones separadas[465].

---

instituir su propio comitado (*comité d'établissements*) *ex* artt. c.t. 232-1 y 2327-1; *comités d'établissement* que a si vez eligen un *comité central d'entreprise*.

Para informaciones más detalladas sobre los organismos de participación de los trabajadores véase M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori...,* cit., pp. 206 y ss.; J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, cit., pp. 1150 y ss.

[462] Véase Laurence Pécaut-Rivolier, *Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008: révolution ou statu quo?*, en *DS,* 1/2011, p. 82

[463] Véase P. Rodière, *Du dialogue social à la democratie sociale*, cit., pp. 14 y 15.

[464] Véase art. 2141-7 c.t.

[465] Véase J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, cit., p. 1333.

En lo que atañe a la composición de cada delegación sindical, en ésta debe estar presente en línea de principio un delegado, o dos en el supuesto de una pluralidad de nombramientos por las misma organización de los trabajadores.

En la delegación pueden además sintar uno o más trabajadores de la empresa, cuyo número debe ser establecido en un previo acuerdo entre el empresario y los sindicatos más representativos. En defecto de acuerdo el número de trabajadores de la sección no puede ser superior a los de los delegados sindicales, con la sóla excepción de que si hay un único delegado sindical, se pueden escoger dos trabajadores para completar la delegación misma.

En el caso de empresas sin delegados sindicales, la ley de 20 de agosto de 2008 establece que a partir del 1 de enero de 2010 la negociación colectiva es posible sólo por medidas, cuya ejecución está supeditada por la ley a un acuerdo colectivo, como por ejemplo los *forfait-jours* o la disciplina del horario extraordinario[466]: la *ratio legis* es sin embargo la de facilitar la derogación de la ley también en las pequeñas empresas con débil o sin implantación sindical, con el riesgo de una negociación desequilibrada.

La ley de 20 de agosto de 2008 establece tres distintas modalidades de negociación en ausencia de delegados sindicales: con representantes elegidos por los trabajadores; con trabajadores que actúen como mandatarios; con los representantes de la sección sindical.

Negociación con representantes elegidos del personal.

En las empresas con menos de 200 trabajadores, en ausencia de delegados en la empresa o en la planta, o de representante del personal nombrado delegado sindical en las empresas con menos de 50 trabajadores, están abilitados a la negociación y conclusión de un convenio de empresa derogatorio: los

[466] Véase artt. 2232-21 y 2232-24 en su nueva redacción. El sistema anterior, codificado en 2004 por la loi Fillon, preveía la cláusula, contenida en un convenio de sector, estableciente la negociación colectiva empresarial en ausencia de delegado sindical. Al respeto la ley Fillon generalizaba lo establecido en la ley de 12 de noviembre de 1996, que a título experimental contemplaba la opción de acuerdos de empresa o planta concluídos por representantes elegidos en la empresa o trabajadores delegados por un sindicato, bajo la reserva que este tipo de negociación estuviese permitida por un convenio de sector *étendu*.

representantes elegidos por el personal en el *comité d'entreprise* o- en ausencia- los *délégués du personnel*.

Hay que matizar que- a fines de la validez del acuerdo- los miembros titulares del *comité d'entreprise* o los *délégués du personnel*, deben representar la mayoría de los votos obtenidos durante las últimas elecciones profesionales.

Por fin, el acuerdo será operativo si estará aprobado por la *commission paritaire de branche* (art. 2232-22), organismo previsto por cada convenio de sector, con funciones de conciliación e interpretación, compuesto "*à défaut d'accord collettif contraire*" por un representante de cada una de las organizaciones sindicales representativas a nivel de sector y por un representante de cada una de las organizaciones empresariales.

Negociación con trabajadores mandatarios.

Con arreglo al art. 2232-24 c.t. si la empresa está desprovista de delegado sindical y de representantes elegidos del personal, los convenios de empresa o de planta derogatorios pueden ser negociados y suscritos por uno o un conjunto de trabajadores, que hayan expresamente obtenido un mandato por una o más organizaciones sindicales representativas de la categoria[467].

Además, con arreglo al art. 2232-27-1 c.t., el trabajador mandatario tendrá que dar prueba su independencia en las negociaciones llevadas a cabo *vis–à-vis* con el empresario, elaborar conjuntámente un proyecto de acuerdo con el mismo; concertar la dialéctica negocial con los trabajadores. Además, tras el mandato, el trabajador encargado tiene la facultad de ponerse en contacto con las organizaciones representativas a nivel de sector.

Al respeto, ha sido remarcada una cierta falacia y dificultad de verificación de los requisitos del art. 2232-27-1 c.t., en caso de zanjar una disputa judicial sobre la violación de los mismos. Sin embargo, es bastante fácil verificar la independencia *vis-à-vis* del mandatario frente al empresario (de otra forma estaríamos en frente a una práctica de negociación típica de un sindicato amarillo). La elaboración

[467] Al respeto hay que decir que la ausencia de representantes elegidos del personal debe resultar expresamente de un proceso verbal.

conjunta de una galerada de acuerdo plantea dificultades probatorias. De hecho, en la práxis los textos son casi siempre redactados por los empresarios y luego enmendados superficialmente por los representantes de los trabajadores[468].

Negociación con los representantes de la sección sindical.

En las empresas con un mínimo de trabajadores inferiores a 200, el representante de la sección sindical de los trabajadores afiliados a una organización sindical representativa a nivel nacional e interprofesional, puede establecer -bajo autorización de su organización sindical- el poder negociar y concluir un convenio de empresa o de planta (art. 2143-23 c.t.).

Esta opción es posible sólo en caso de ausencia de delegado sindical en la empresa.

Por fin, la validez del acuerdo está supeditada a la aprobación por los trabajadores con la mayoría de los sufragios expresados (art. 2232-14).

6.3. Conclusión de los acuerdos.

A partir del 1 de enero de 2009, con arreglo al art. 12, II, de la ley de agosto 2008, la validez de un convenio de empresa está supeditada a una doble condición: el acuerdo debe ser suscrito por una o más organizaciones sindicales de trabajadores que representen al menos el 30% de los sufragios obtenidos al primer turno de las últimas elecciones de los miembros del *comité d'entreprise* o bien de la *délégation unique du personnel* o- en defecto- de los delegados del personal, con independencia del número de los votantes.

La otra condición de validez es la ausencia de oposición de una o varias organizaciones sindicales, que hayan logrado la mayoría de los consensos en las mismas consultaciones.

Al respecto, según la jurisprudencia de legitimidad, también un conjunto de sindicatos puede satisfacer la condición de mayoría, si la suma algébrica de los sufragios adelanta el 50%, y si además las organizaciones sindicales no han

[468] Véase G. Bélier, Henri-José Legrand, *La négociation collective en entreprise,* cit., p. 248.

expresado la oposición al convenio en el mismo documento o en cualquier caso en manera coordenada[469].

El plazo para interponer la oposición es de 8 días desde la fecha de notificación del acuerdo.

Hay entonces una disciplina (que vale también por los acuerdos de sector o intercategoriales) modelada en la lógica política de la mayoría relativa. Es como si existiesen unos cuantos partidos políticos con posibilidad de legiferar *erga omnes*, a menos que intervenga la oposición de la mayoría abosoluta[470].

6.4. Los sujetos negociadores en los grupos de empresas y condiciones de validez del acuerdo.

La negociación de un convenio de grupo de empresas obedece a unas regulas particulares: desde el lado empresarial, está activamente legitimado el empresario de la compañía dominante (*holding*) o uno o una pluralidad de representantes, encargados al respecto, de las empresas en el rayo de acción del convenio.

La novedad más importante es que, según la circular del Ministerio del Trabajo interpetativa del c.t.[471], el legal representante de la *holding* no tiene que justificar el mandato de negociación a los administradores de la entidades parte del grupo, con el riesgo de que no esté muy bien informado de las condiciones sociales y económicas de las demás empresas[472].

En relación a los trabajadores, todas las organizaciones representativas deben participar en la negociación, cuya representatividad debe atañer o al grupo en su conjunto, si está comprendido en su globalidad en el campo de aplicación del acuerdo, o a el grupo de empresas involucradas por el campo de aplicación más restringido (art. 2232-31).

[469] Véase Cass. Soc. 13 de octubre de 2010, en *RJS* 12/10, n. 946.

[470] Véase G. Bélier, Henri-José Legrand, *La négociation collective en entreprise,* cit., p. 209.

[471] Véase Circ. 22 de septiembre de 2004, *fiche 5, point 1,2: "Quel que soit le périmètre de l'accord, l'employeru de l'entrprise dominante ou son répresentant a vocation à rèpresenter l'ensemble des employeurs concernés sans qu'il ait nècessairement à justifier d'un mandat exprès des employeurs des entreprises comprises dans le périmètre concerné".*

[472] Véase Jean-François Cesaro, *La négociation collective dans les groupes de sociétés,* en *DS,* n. 7-8/2010, p. 782.

De todas formas, la ley establece la posibilidad de que las organizaciones de los trabajadores nombren entre los delegados sindicales uno o más coordenadores, con la autoridad de negociar y firmar el acuerdo.

En lo que se refiere a la validez de los convenios, el nuevo art. 2232-34 según la ley de 20 de agosto de 2008 establece una doble *conditio sine qua non*, aplicable desde el 1 de enero de 2009 en ausencia de una disciplina transitoria[473]: el convenio debe ser suscrito por una o más organizaciones sindicales representativas que en el grupo de empresa hayan obtenido por lo menos el 30% de los votos al primer turno de las elecciones de los titulares de los *comité d'entreprise* o de la *délégation unique du personnel* o- en su defecto- de los *délégués du personnel,* con independencia del número de los votantes.

Además, el convenio no es válido si hay la oposición de una o más organizaciones sindicales representativas, que hayan obtenido en el mismo contexto supra-empresarial la mayoría de los votos en las mismas elecciones, con independencia del número de los votantes (art. 2232-34 c.t.).

7.Los últimos desarrollos: el *Ani* de enero de 2013 y la ley de transposición.

El sistema francés de negociación colectiva empresarial ha conocido una ulterior reforma en los últimos meses a través de l'Ani de 11 de enero de 2013 (*Accord National Interprofessionnel pour un nouveau modele économique et social au service de la competitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*)[474] y su ley de conversión de 14 de junio[475].

El Ani, compromiso entre las fuerzas sindicales firmantes tras una negociación empezada en junio de 2012[476], ha sido impulsado por el actual gobierno socialista, que luego ha legiferado en materia laboral fundamentándose en las indicaciones

[473] Véase J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail,* 2012, p. 1331.

[474] Sobre el Ani en general véase Jean-Baptiste Moustié, *Ani du 11 janvier 2013,* en *RDTCSC* , p. 114; G. Bianchi, *I patti sociali per la competitività: un confronto tra Italia e Francia,* in *DRI*, n. 2/2013, pp. 478-482.

[475] *Loi n. 2013-504 du 15 juin relative à la sécurisation de l'emploi*, en vigor desde el 16 de junio de 2013.

[476] El Ani es un acuerdo separado: de hecho ha sido firmado por tres organizaciones sindicales patronales (Medef, Cgpme, Upa) y por tres organizaciones sindicales de los trabajadores (Cfdt, Cfe Cgc y Cfct), sin la suscripción de la Cgt y Cgt-Fo).

de la autonomía colectiva, en un contexto de fuerte crisis económica y social de Francia[477].

El *iter* legislativo precedido por un acuerdo interprofesional es una constante de las grandes reformas laborales allende los Alpes, a pesar de cada uno de los contextos históricos. De hecho, las leyes de 1950, 1968, 2004 y 2008 fueron emanadas tras semejantes acuerdos[478].

El objetivo principal del Ani es- en la intención de las partes sociales- favorecer un "*nuevo modelo económico y social al servicio de la competitividad y de la seguridad del empleo y de los percursos profesionales de los trabajadores".*

En lo que atañe a la negociación empresarial, el Ani de 2013 configúra la empresa como un centro decisional autorregulado por la voluntad del empresario, que de todas formas no puede actuar aislado, sino por medio de un diálogo constante con el sindicato. La filosofia del Ani es concebir el convenio de empresa como un acuerdo de gestión, ya que sus nuevos ámbitos son: la negociación sobre movilidad (art. 15), la negociación de *maintien dans l'emploi* (art. 18), y el plan de salvaguardia negociado. El convenio de empresa es la traducción descentralizada de objetivos fijados a nivel central. Es decir la protección del empleo de un lado y la libertad de empresa y la libertad de empleo del otro[479].

Los aspectos que tras la ley de conversión han ampliado los "poderes" del convenio de empresa, y que por lo tanto merecen ser analizados son la implementación de la obligación trienal de negociación, los acuerdos de *mobilité interne* y los convenios de *maintien dans l'emploi.*

7.1. La potenciación de la obligación trienal de negociar.

El Ani de 2013 y la ley de conversión implementan la *GPEC*, es decir el sistema empresarial de gestión del empleo y de las competencias creado en 2005. De hecho, en el art. 14 del Ani las partes sociales afirmaban en términos generales que "*Todavía desconocido en algunos casos o muchas veces controvertido, el GPEC es antes que nada una herramienta que puede, si se hace una buena utilización, conciliar las exigencias de*

[477] Véase A Lyon-Caen, *Editorial*, en *RDT,* Mars 2013, p. 149.
[478] Véase J. Fressynet, *Qui doit faire confiance aux "négociateurs interprofessionnels"?*, en *RDT,*Mars 2013, pp. 158 y 159.
[479] Véase A. Lyon Caen, *L'AND d'une réforme,* en RDT, Mars 2013, pp.166 y 167.

performance de las empresas, las aspiraciones de los trabajadores y la seguiridad del empleo. Además la GPEC instala un nuevo espíritu de diálogo entre la dirección y las instituciones representativas del personal. Un acuerdo GPEC tiene que acompañar la visión estratégica de medio y corto plazo de la empresa y favorecer la evolución de la carrera de los trabajadores, sobre todo a través de la formación".

La primera innovación es que con arreglo al nuevo art. l. 2242-21 c.t. en las empresas con menos de 300 trabajadores "*tendrá que desarrollarse una negociación sobre el nuevo dispositivo de movilidad interna*[480]*, y también sobre las evoluciones previsionales del empleo y de las competencias y sobre las medidas que las puedan acompañar".*

En general, la ley de conversión aumenta el listado de temas obligatorios de negociación trienal: en materia de formación, el nuevo art. l. 2242-15 c.t. prevé en la empresa una contratación sobre "*las grandes orientaciones de la formación profesional en la empresa y los objetivos del plan de formación; en particular las categorías de trabajadores y de empleo a las cuales este último es dedicado prioritáriamente, y las competencias y cualificación que deben ser adquiridas por los tres años de validez del acuerdo".* Además, otro sujeto contemplado por el art. l. 2242-15 c.t. es las "*perspectivas de recurso por el empresario a los diferentes contratos de trabajo, al trabajo a tiempo parcial y a los stages, y a los medios para reducir el recurso al empleo precario en la empresa a favor de los contratos a tiempo indeterminado",* en la óptica de una intensificación contra el trabajo precario dentro de una coyuntura económica desfavorable[481]. De todas formas, hay que evaluar la previsión normativa *cum grano salis*, considerado que no establece medidas para fomentar el trabajo a tiempo indefinido, sino una simple confrontación empresario-sindicatos que no debe terminar necesáramiente en un acuerdo.

La reforma ha desarrollado también una intervención del sistema GPEC de nivel trienal dicha "*filiére*"[482], que se traduce en una negociación obligatoria sobre "*las condiciones en las cuales las empresas subcontratadas son informadas de las orientaciones estratégicas de la empresa que tengan un efecto sobre sus trabajos, empleo y competencias*"; la ley contempla también una negociación empresarial facultativa en el caso de GPEC

[480] Sobre los acuerdos de *mobilité interne* véase el párrafo 4.2.

[481] Véase Paul- Henry Antonmattei, *GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier*, en *DS*, 2013, p. 792.

[482] La expresión es del *rapporteur* a la *Assemblé Nationale,*M. Germain: véase www.assemblee-nationale.fr .

"*de filière"* sobre "*modalidades de asociación de las empresas subcontratadas al dispositivo de gestión provisional de los empleos y de las competencias de la empresa"*.

Para sacar las conclusiones, la reforma de 2013 en materia de negociación obligatoria ha sido evaluada en su conjunto de manera positiva. El único perfil que no ha sido lamentablemente atencionado por el legislador es el nivel de grupo de empresas, respeto al cual la nueva ley es silente[483].

7.2. Los acuerdos de *mobilité interne.*

A.La ley transpositiva del Ani de 2013 ha introducido los *accords de mobilité interne*, disciplinados a los artt. l. 2242-21 y ss.[484]. Se trata de un peculiar tipo de acuerdo de empresa, que se inscribe en el *genus* de la negociación trienal obligatoria. De hecho, las partes deberán confrontarse cada tres años sobre la movilidad profesional y geográfica interna de la empresa, y en particular sobre las medidas de acompañamiento de los trabajadores, los límites impuestos a esta movilidad y los medios hipotéticos para conciliar la vida profesional y familiar.

La ley se refiere a la movilidad de un conjunto de trabajadores *("mesures collectives")* dentro de la misma persona jurídica ("*au sein de la même entreprise"*), como corolario de una decisión sobre el funcionamiento de la misma.

Si el trabajador rechaza la aplicación del traslado previsto por el acuerdo a su contrato, podrá ser despedido con arreglo a ley: "*su despido se fundamenta en un motivo económico, es irrogado con arreglo a las modalidades de un despido individual por razones económicas y atribuye el derecho a medidas de acompañamiento y de reclasificación que tiene que establecer el acuerdo, que adapta el campo y las modalidades de puesta en marcha de la reclasificación interna previstas por los artículos l. 1233-4 y l. 1233-4-1"*. No cabe duda de que la ley ha demudado la arquitectura del Ani, ya que al art. 15 del acuerdo las partes habían decidido que el rechazo por el trabajador a modificar su contrato de trabajo -en consecuencia del convenio de empresa de movilidad interna- no daba

[483] Véase Paul- Henry Antonmattei, *GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier*, cit., p. 793.

[484] A nivel sistemático, la disciplina de los convenios de *mobilité interne* se encuentra después las disposiciones sobre *gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)*.

lugar a un despido por razones económicas, sino a un "*licenciement pour motif personnel*"[485].

A pesar de la desnaturación del Ani, la doctrina se ha interrogado sobre el sentido del sintagma "*leur licenciement repose sur un motif économique*". Al respecto ha sido subrayada la incoherencia de legislador, que pretende calificar un despido por razones subjetivas (el rechazo del acuerdo de empresa) como económico. En un esfuerzo de ofrecer una lectura razonable de la previsión normativa, el motivo económico podría consistir en la competitividad de la empresa, que sería menoscabada en caso de rechazo del acuerdo por el trabajador[486].

B.El legislador se las ha ingeniado para que los acuerdos de *mobilité interne* sean conocidos por el trabajador, ya que el art. l. 2242-23 establece que "*el convenio colectivo consecuencia de la negociación prevista al artículo l. 2242-21 debe ser llevado a conocimiento de cada uno de los salariados afectados*". El espíritu garantista de la ley sería respetado por una comunicación individual a cada trabajador, y no sólo por la fijación en el tablero de anuncios empresariales del texto del convenio. Además, tendría la ventaja de no incurrir en sanciones para el empresario, en caso de que el trabajador oponga la falta de conocimiento del convenio, como razón de inaplicación del mismo a su persona[487].

C. Por fin, en relación a los límites de contenido, según la ley "*las cláusulas del convenio colectivo suscrito con arreglo al art. 2242-21no pueden de ningua manera originar una disminución del nivel del salario o de la clasificación profesional del trabajador y tienen que garantizar el mantenimiento o la mejora de su cualificación profesional*". Además, el convenio debe mencionar "*los límites impuestos a esta movilidad más allá de la zona*

[485] Véase A. Fabre, *Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation,* en *RDT*, mars 2013, p. 189, según el cual lo previsto en el Ani era sin dudas razonable, ya que el despido era determinado no por la supresión de la posición en la planta orgánica, sino por la modificación del contrato de trabajo; en sentido contrario véase F. Favennec-Héry, *Sécurisation de l'emploi: encore un effort!*, en Sem. Soc. Lamy, 11 mars 2013, n. 1575, p. 9: la formulación del Ani violaría la Convención n. 158 de la Oit, según la cual es necesario una valida razón por el despido, "*lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les necessités de fonctionnement de l'entreprise*", y de todas formas el trabajador tiene "*le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal du travail,une commissione d'arbitrage ou un arbitre*".

[486] Véase Paul-Henry Antonmattei, *L'accord de mobilité interne, il faut l'essayer!*, cit., en *DS*, 2013, p. 795. De todas formas hay que subrayar que los acuerdos de *movilité interne* han sido juzgados legitimos por el *Conseil Constitutionnel*, que en su sentencia de 13 de junio de 2013, n. 2013-672 DC ha dictado que "*El legislador tenía la autoridad para determinar las reglas aplicables al despido del trabajador que rechaza la aplicación de las disposiciones del convenio relativas a la movilidad interna; y sometiendo este despido a las reglas aplicables al despido individual por razones económicas, no ha ignorado ninguna exigencia constitucional*"

[487] Véase Paul-Henry Antonmattei, *L'accord de mobilité interne, il faut l'essayer!*, cit., p. 796.

geográfica de empleo del trabajador, ella misma contemplada en el convenio, en el respeto de la vida profesional y familiar del trabajador en conformidad al artículo l. 1121-1".

Algunas indicaciones útiles podrán ser elaboradas en sede jurisprudencial al respecto: el juez podría ejercer un control de legitimidad y proporcionalidad de las cláusulas del convenio, aplicadas a la relación individual de trabajo, apoyándose en el art. l. 2242-23 c.t., según el cual "*En el caso de que, tras una fase de concertación que permita al trabajador de considerar las razones personales y familiares de cada uno de los trabajadores potencialmente afectados, el empresario quiera poner en marcha una medida individual de movilidad prevista por el acuerdo..., necesita el consentimiento del trabajador...".*

El poder judicial de control tendría una ulterior legitimación en el derecho internacional y comunitario: de hecho la conciliación entre vida privada y familiar es uno de los objetivos de la Convención 158 de la OIT, y del art. 27 de la Carta Social europea, y se inscriben de pleno derecho en los parámetros interpretativos sobre el derecho del trabajador "*à une vie personnelle et familiale'*"[488].

Otra medida de protección del trabajador según la ley es el hecho de que el convenio de movilidad interna deba prever "*las medidas de acompañamiento a la movilidad, en particular las acciones de formación y las ayudas a la movilidad geográfica, que comprenden sobre todo la participación del empresario a la compensación de una eventual perdida del poder adquisitivo y de los gastos de transporte".*

7.3. Los acuerdos de *maintien dans l'emploi.*

Los acuerdos de *maintien dans l'emploi* son reglamentados al art. 17 de la ley de 14 de junio de 2013, y en línea general permiten a las empresas que atraviesan una época de dificultad económica de no destruir empleo en presencia de graves perturbaciones económicas coyunturales con la firma de los sindicatos mayoritarios: los trabajadores aceptan una modificación (*in pejus)* de su contrato de trabajo por un máximo de dos años, y en cambio el empresario se

[488] Véase Françosie Favennec-Héry, *Sécurisation de l'emploi: encore un effort!,* en *Sem. Soc. Lamy,* 11 mars 2013, n. 1575, p. 8.

compromente a mantener la planta orgánica sin despidos[489]; si el salariado rechaza la aplicación del convenio, podrá ser despedido por razón económica.

Estos acuerdos se inscriben entonces en el contexto más amplio de la negociación *donnant-donnant*, donde el papel regulador es sobre todo del convenio de empresa respecto a la ley y al convenio de sector[490].

7.3.1.Los presupuestos causales.

La adaptación de las condiciones de trabajo tiene su *conditio sine qua non* en una situación que amenaze el mantenimiento del empleo en la empresa de manera concreta. Para utilizar las palabras del Ani, "*en caso de graves dificultades coyunturales econtradas por la empresa".*

De hecho, a nivel de sistemática legislativa el art. 17 (que reglamenta estos acuerdos) está incluido en la sección rubricada *" Encourager des voies négociées de maintien de l'emploi face aux difficultés conjoncturelles".* El acuerdo es entonces, para recuperar las palabras del estudio preliminar, una medida de flexibilidad interna alternativa a las de flexibilidad externa.

El mayor interrogante sobre los presupuestos de los *accords de maintien dans l'emploi,* es si las dificultades de la empresa sean concretas o al contrario meramente previsibles. Al respecto, una interpretación restrictiva protege sin dudas de manera más eficaz los intereses del trabajador, igual que –*mutatis mutandis*- la opción hermenéutica adoptada por la jurisprudencia sobre la razón económica del despido individual: la utilización de esta tipología de acuerdo está entonces supeditada a difultades coyunturales, es decir concretas y actuales[491].

Para que las organizaciones sindicales puedan verificar de manera "científica" el presupuesto causal económico contingente, las mismas pueden acogerse a un esxperto contable: en virtud del art. l. 5125-1 del c.t. "*un experto contable puede ser designado por el comité d'entreprise para acompañar las organizaciones sindicales en el análisis del diagnóstico y en la negociación",* y con arreglo al art. l. 2325-37 c.t. "*el experto contable*

[489]Véase J. Couturier, *Accords de maintien de l'emploi,* en *DS,*2013, p. 805.

[490] Véase E. Peskine, *Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuities,* en *RDT*, Mars 2013, p. 168; A. Lyon Caen, *L'Adn d'une reforme,* cit., p. 164.

[491] Véase J. Couturier, *Acords de maintien dans l'emploi,* cit., p. 807.

puede efectuar toda verificación o control y en el ejercicio de su misión tener acceso a los mismos documentos que el censor jurado de cuentas".

En el caso de que la situación económica de la empresa mejore, y considerado que el acuerdo tiene como presupuesto una real dificultad económica, sin dudas hay que volver al régimen anterior, ya que diversamente los acuerdos de *maintien dans l'emploi* sólo serían un instrumento de *social dumping*. Si la mejora se concretiza durante la vigencia del acuerdo (que de todas formas puede durar hasta un máximo de dos años), hay que presentar una instancia al *Président du Tribunal de Grande Instance* (el juzgado ordinario), que puede decidir por la suspensión tras haber evaluado el progreso en la situación económica de la empresa (art. l. 5125-5).

7.3.2 Condiciones de validez: un acuerdo a vocación mayoritaria.

En relación a las condiciones de validez del acuerdo, la ley de conversión del Ani sigue el *fil rouge* mayoritario inaugurado por las leyes de reforma de la negociación colectiva de 2004 y 2008: de hecho, con arreglo al art. l. 1233-24-1 c.t. el convenio tiene que ser firmado por una o más organizaciones empresariales que hayan obtenido la mayoría a las últimas elecciones en la empresa.

La ponderación de la representatividad en estos acuerdos sufre una acentuación respeto a los normales convenios de empresa[492], justificada según el *rapporteur* en la *Assemblée Nationale* por la "*specificidad de estos acuerdos que conducen a una modificación substancial del contrato de trabajo de los salariados, ya que tanto la duración del trabajo como el quantum de la retribución pueden ser modificados".*

Más en particular, la condición de validez del acuerdo, con arreglo al combinado dispuesto de los artt. 5125-4 y 1233-24-1 está supeditada "*a la suscripción por una o más organizaciones sindicales de trabajadores representativas que hayan obtenido por lo menos el 50% de los sufragios expresados en favor de organizaciones representativas en el primer turno de las últimas elecciones del comité d'entreprise".*

En el caso de que no haya delegados sindicales en la empresa, el convenio de *maintien dans l'emploi* puede ser firmado por otros organismos: los sujetos

[492] E. Peskine, *Les accords de maintien dans l'emploi,* cit., p. 171.

activamente legitimados en representar los trabajadores son los representantes elegidos del personal por las organizaciones sindicales y –en ausencia de representante elegido- uno de los trabajadores, mandatario de sus compañeros. En ambos casos el acuerdo debe ser aprobado por la comunidad del personal a mayoría de los votantes.

7.3.3 El contenido de los acuerdos.

Remuneración y horario de trabajo.

Con arreglo al art. 5125-1 el acuerdo de *maintien de l'emploi* puede "*reglamentar la duración del trabajo, sus modalidades de organización y de distribución así como la retribución en el sentido más amplio del término"*: la previsión normativa va mucho más allá de lo previsto por la ley de 2008 sobre remodulación del tiempo de trabajo, considerado que con los acuerdos de *mantien dans l'emploi* la reducción del horario de trabajo semanal, mensual o anual implicará una reducción de la retribución, igual que un *surplus* de horas de trabajo no se traducirá en una alza retributiva.

De todas formas, el salario no puede bajar de manera indefinida: según el art. 5125-1, que traduce en ley el art. 18 de l'Ani, hay unas cuantas normas de *ordre publique social*, es decir no derogables por medio de un convenio de empresa: "*el Smic, la duración legal, la duración máxima cotidiana y semanal, el descanso diario y semanal, el permiso retribuido".*

La ley, apoyándose en el anexo al art. 18 del Ani[493], demuestra que los sacrificios deben ser repartidos entre todos los sujetos participantes a título vario en la empresa, en la óptica de una "*socialización de las pérdidas":* según el art. l. 5125-1 c.t., el convenio de *maintien dans l'emploi* tendrá que establecer el *quantum* de los esfuerzos a soportar por los dirigentes ejercentes sus funciones en el perímetro del acuerdo, los dirigentes sindicales mandatarios y los accionistas; y que los sacrificios deben ser proporcionados a los pedidos a los demás trabajadores,

[493] El texto de ley protege sin embargo más al trabajador que el anexo del Ani, que invocaba de manera genérica al respeto de alguna simetría entre las medidas de *maintien dans l'emploi* y la remuneración de los accionistas, y preveía además una obligación informativa sobre el contenido del acuerdo fuese asegurada al consejo de administración y a la asamblea de los socios.

abriéndose con lo cual a la eventualidad de un control de proporcionalidad por el juez[494].

El compromiso de *maintien dans l'emploi.*

Con arreglo al nuevo art. l. 5125-1 c.t. el empresario se compromete a "*mantener los empleos"* de los trabajadores, cuyas retribución y gestión del tiempo de trabajo están sujetos al convenio. Además, durante la vigencia del acuerdo el empresario no puede proceder a ninguna "*rupture du contrat de travail pour motif économique"*, es decir despido individual por razón económica.

En consecuencia de una enmienda votada por la *Assemblée Nationale*, el convenio tiene que contemplar una cláusula penal -según el esquema clásico de la responsabilidad civil- en el caso de que el empresario venga menos a sus compromisos, que otorga a los asalariados el derecho a la indemnización de los daños y de los intereses, cuyas cuantías y modalidades de derogación se establecerán en el acuerdo de *maintien dans l'emploi*[495].

La ley, en un contexto de protección del trabajador en cuanto parte contratual más débil, contempla además la posibilidad de recurrir ante los tribunales en el caso de incumplimiento del acuerdo: *ex* art. 5125-5 c.t. el Presidente del Tribunal, si acerta que el compromiso no ha sido respetado lealmente, tras un procedimiento de urgencia (*réferé)* puede disponer la suspensión momentánea del acuerdo, y otorgar al empresario un plazo máximo para cumplir con sus obligaciones: espirado dicho período, el juez optará o por el mantenimiento del acuerdo o bien por su resolución.

Aceptación o rechazo del convenio por parte de los trabajadores.

En virtud de la nueva versión del art. l. 5125-2 c.t.[496] el rechazo por uno o un conjunto de trabajadores del contenido del convenio de *maintien dans l'emploi*

[494] Véase J. Couturier, *Acords de maintien dans l'emploi,* cit., p. 812.

[495] Con arreglo al art. 1152 c.c. el juez podrá ejercer un control sobre la proporcionalidad de la cláusula penal, y disminuirla o augmentarla si la misma resulte manifestámente excesiva o irrisoria.

[496] Según la ley, las disposiciones del *accord de maintien dans l'emploi "sont applicables au contrat de travail"* pero sólo "*pours les salariés qui l'acceptent",* y que "*les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci".*

representa "*un despido individual por razón económica y abre la puerta a medidas de acompañamiento que el convenio tiene que establecer*".

La solución legislativa va en contra de la voluntad de las partes sociales: en el accord *competitivité-emploi* de 2012 el despido se fundamentaba en un "*motivo serio y real, y no de naturaleza económica*": esta opción fue descartada por el legislador, por mostrarse en contraste con varias normas europeas e internacionales[497]: el art. 24 de la Carta Social Europea, el art. 47 de la Carta de Niza, y el art. 6 de la Cedu.

La previsión normativa, en un control preventivo de legitimidad, ha sido reputada constitucionalmente legitima por el *Consejo de Estado*, ya que cada trabajador de manera indivual rechaza o goza de las medidas previstas por el convenio. La norma no ha sufrido probablemente ninguna censura de constitucionalidad para evitar alguna subsunción de la resolución del contrato de trabajo en el *genus* del despido colectivo, y el sometimiento a sus vínculos (control administrativo, previsión de un plan de salvaguardia del empleo).

Al respecto, la doctrina ha mostrado sus perplejidades: de hecho, a pesar del *nomen juris* adoptado por el legislador (despido individual determinado por razón económica), la medida tomada por el empresario podría ser considerada como una peculiar tipología de despido colectivo, y por lo tanto sujeta al art. 13 de la Convención n. 158 de la Oit, y a la directiva europea 98/59 relativa "*aux licenciements intervenant pour un ou plusiers motifs non inhérents à la personne des travailleurs*", que establecen la consultación obligatoria de los representantes de los trabajadores y la elaboración de un plan de protección del empleo[498]

Además, en la rama de la consultación de los trabajadores, la previsión normativa sería manifestamente contraria al art. 27 de la Carta de Niza, y a la directiva 2002/14/CE, que prevé un cuadro general relativo a la información y

[497] Al respeto véase el debate parlamentario: J-M. Germain, *Rapp. Ass. Nat. 847,* pp. 330 y 331.

[498] Véase J. Couturier, *Accords de maintien dans l'emploi,*cit., p. 815, que subraya la situación de inseguridad jurídica engendrada por la norma, como la directiva europea no tiene eficacia horizontal directa, y por lo tanto no puede ser opuesta a los tribunales nacionales en caso de amparo judicial contra un *accord de maintien dans l'emploi.*

consultación de los trabajadores, que se concreta en una consultación en tiempo útil[499].

[499] P. Lokiec, *L'Ani à l'épreuve du droit international et européen,* en *RDT*, Mars 2013, pp. 202 y 203, cuyas consideraciones son aplicables también a la ley de actuación.

Capitolo IV. La contrattazione collettiva aziendale in USA.

1.Il diritto sindacale americano: evoluzione storica, principi e soggetti.

1.Il riconoscimento dell'autonomia collettiva negli Stati Uniti d'America è stato irto di ostacoli, all'interno di un *iter* non dissimile da quello vissuto dalle organizzazioni europee dei lavoratori tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo nella transizione dallo Stato liberale o autoritario a quello di democrazia pluralista.
In origine le coalizioni dei lavoratori vennero vietate, e costituivano una pratica di *criminal conspiracy*, mutuata dalla *common law* britannica: veniva cioè considerato reato il cercare di raggiungere uno scopo lecito attraverso mezzi illeciti, e viceversa, come ad esempio in *People v. Melvin, 2 Wheeler Crim. Cas. 262, 268 (1810)*: la Corte Suprema, nell'applicare la dottrina della *criminal conspiracy,* ritenne illegale lo sciopero organizzato dal sindacato locale in risposta ad un accordo tra i produttori di scarpe per ridurre le retribuzioni[500]; un caso analogo fu *Philadelphia Cordwainers*[501], in cui la Corte Suprema qualificò come *criminal conspiracy* la strategia sindacale dei lavoratori aderenti al sindacato dei fabbricanti di scarpe a giornarta, che si rifiutavano di lavorare se non dietro un dato corrispettivo, ed in compagnia di lavoratori che avrebbero accettato retribuzioni inferiori a quelle da loro richieste.
In progresso di tempo l'autonomia collettiva, per quanto non più qualificata come reato, era comunque soggetta ai limiti dettati dal diritto *antitrust,* in una cornice istituzionale che privilegiava la libertà di impresa ed il commercio tra gli stati federali: infatti, secondo lo *Sherman Act* del 1890 l'attività di un sindacato ben poteva essere considerata come una vera e propria misura restrittiva del commercio, quale forma di concorrenza sleale o monopolio ostativa all'*interstate*

[500] Cfr. A. Cox, D. Curtis Book, R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Labor Law,* Foundation Press, 2011, pp. 6 e 7 . In progresso di tempo, le corti arrivarono alla conclusione che qualsiasi coalizione di lavoratori fosse illegale secondo la *common law* in quanto misura restrittiva del commercio (*restraint of trade)*: cfr. H. A. Millis, E. Clark Brown, *From the Wagner Act to Taft-Harley,* The University of Chicago Press, 1950, pp. 4 ss.; R. Fahlbeck, *The Demise of Collective Bargaining in the U.S.A.: Reflections on the Un-American Character of American Labor Law*, in *BJEL*, 307 1994, pp. 312-313.
[501] Cfr. *Commenwealth of Pennsylvania v. Pullis,* 1806.

commerce[502]; un caso paradigmatico è *Danbury Hatters Case- Loewe v. Lawlor*[503], in cui la Corte Suprema statuì che un boicottaggio -organizzato dal sindacato dei fabbricanti di berretti contro i negozi di vendita al dettaglio, ancora in affari con la ditta produttrice- fosse illegale ai sensi dello Sherman Act[504], in quanto lesivo del libero commercio tra gli stati federali, e conseguentemente ritenne che i lavoratori aderenti all'azione collettiva dovessero risarcire i danni.

Il *Clayton Act* del 1914 cercò di limitare la riluttanza legislativa al riconoscimento dell'autonomia collettiva, e rese quindi lecita l'attività sindacale: la legge, emanata durante il secondo mandato di Wilson (1912-1916), affermava solennemente che "*the labour of a human being is not a commodity or an article of commerce"*; tuttavia, al di là delle solenne formulazione, la giurisprudenza fu del tutto restia ad una interpretazione della norma che tutelasse il sindacato: in *Duplex Printing Press Co. v Deering*[505] la Corte Suprema ritenne che l'azione sindacale fosse protetta dal *Clayton Act* solo se relativa ad una contrapposizione tra lavoratori ed imprenditore in riferimento a "*terms and conditions of employment"* e purché condotta in modo pacifico (*by peaceful means to do so)*; tale circostanza non sussisteva nel caso di specie, in cui il sindacato aveva indetto uno sciopero in un'azienda tipografica a sostegno di un boicottaggio contro le testate giornalistiche che si servivano dell'azienda medesima.

Fu negli anni '30 che si registrò il definitivo riconoscimento della legittimità dell'attività sindacale sino ad allora imbrigliata dai vincoli della *common law* e del diritto *antitrust*, nel pieno della *Great depression* convenzionalmente iniziata col *crack* di Wall Street del 1929: l'amministrazione democratica uscita vittoriosa dalle elezioni del 1932 si preoccupò di ricondurre il fenomeno sindacale entro i limiti della legalità e legittimità costituzionale, emanando nel 1935 il *National Labor Relations Act* (d'ora in poi *NLRA*), detto anche *Wagner* Act, dal nome del senatore

[502] Cfr. R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Basic Text on Labor Law*, Thomson West, 2004, pp. 3 e 4.
[503] 208 U.S. 274, 28 S. Ct. 301, 52 L. Ed. 488 (1908).
[504] Secondo la Corte Suprema lo Sherman Act "*prohibits any combination whatever to secure action wich essentially obstructs the free flow of commerce between the states, or restricts the liberty to engage in business*; la sentenza è un caso esemplificativo di come la legge venne spesso usata per comprimere il fenomeno sindacale piuttosto che le pratiche *antitrust* degli imprenditori: cfr. *Casenote legal briefs,* cit., p. 5.
[505] Cfr. 254 U.S. 443 (1921).

democratico Richard Wagner che ne fu l'estensore e convinto sostenitore all'interno dell'*establishement* del presidente Roosvelt, vera e propria *auxiliary legislation* in materia sindacale.

Il *Wagner Act* costituiva la generalizzazione di un assetto regolatorio già vigente sin dal 1926 nel settore del trasporto ferroviario col *Railway Labor Act*, poi esteso al trasporto aereo nel 1936, e ancora oggi in vigore[506].

L'obiettivo di politica del diritto era quello di ricondurre il movimento sindacale nell'alveo della legalità costituzionale ai fini del governo del conflitto industriale in modo pacifico[507], attraverso la partecipazione dei lavoratori all'elaborazione delle loro condizioni di lavoro[508]: infatti, l'allora temperie politico-culturale americana si caratterizzava per un'esasperato conflitto tra *management* ed organizzazioni dei lavoratori, spesso sfociato in violenti scioperi e manifestazioni organizzate per tutto il paese (nel 1934 si registrarono ben 1856 scioperi, tra cui soprattutto quelli di Minneapolis e San Francisco), ed a volte terminati con decine di morti ed interventi delle forze dell'ordine[509].

Il processo di "istituzionalizzazione" del mondo sindacale entro i confini della liberaldemocrazia si accompagnò ad una violenta repressione da parte del governo dei movimenti di estrazione anarchica, socialista e comunista iniziata negli anni

---

506 Cfr. Xavier Blanc-Jouvan, *La négociation collective d'entreprise: l'expérience des Etats-Unis,* in *DS*, Juillet-Août 1990, p. 639.

507 Cfr. J. B. Atleson, *Values and assumptions in American labor Law*, The University of Massachuttes Press, 1983, p. 39; in tal senso depone inoltre il dibattito congressuale prodromico alla votazione della legge: il relatore in Senato del *Wagner Act*, Thomas Walsh, del Partito Democratico, nel *Report of the Senate Committee on Education and Labour* affermava solennemente che "*The first* objective *of the bill is to promote industrial peace"*, e che il modo migliore era il ruolo del contratto collettivo, tenuto conto che "*Competent students of industrial relations have estimated that at least 25 percent of all strikes have sprung from failure to recognize and utilize the theory and practices of collective bargaining, under which are subsumed the rights of employees to organize freely and to deal with employers through representatives of their own choosing"*: cfr. R. Koretz (Editor), *Statutory history of the United States Labor Organization*, Chelsea House Publishers, 1972, pp. 280 e 281.

508 Cfr. Renée-Claude Drouin, *Le pluralisme industriel: point de rencontre, point de rupture entre relations industrielles, droit du travail et management,* in *Sem. Soc. Lamy,* 18 mars 2013, n. 1576, p. 16.

509 Per quanto non si tratti di opere di carattere storiografico-giuridico, è interessante la lettura dei romanzi di John Steinbeck per comprendere adeguatamente le relazioni collettive di lavoro negli Usa degli anni '30: cfr. J. Steinbeck, *Furore,* Bompiani, 2013, pp. 229*;* Id., *La battaglia,* Bompiani, 2000, pp. 314. A livello storiografico, cfr. A. R. Schlesinger Jr., *L'età di Roosvelt. L'avvento del New Deal. 1933-1934,* Il Mulino, Bologna, 1957, pp. 383-395.

'20, per scongiurare un unico fronte politico-sindacale di sinistra già in atto e galvanizzato dalla rivoluzione russa dell'ottobre del 1917[510].

Inoltre, le forze progressiste o *liberal* che dir si voglia ritenevano necessario che il processo produttivo funzionasse senza la minima interruzione o rallentamento, che ben si poteva manifestare attraverso scioperi, picchettaggi ai cancelli delle fabbriche, boicottaggi, o anche assemblee non autorizzate dal datore di lavoro: di qui l'esigenza di riconoscere un diritto di *self-organization* ai lavoratori, ed al sindacato di stipulare contratti collettivi in materia di condizioni di lavoro (retribuzioni, turni e pause…), in maniera tale da circoscrivere il conflitto industriale all'interno dei luoghi di lavoro e su materie attinenti la singola azienda.

Il contratto collettivo dunque, secondo il potere politico degli anni '30, doveva consentire un efficace governo delle aziende, restando escluse dal suo raggio d'azione altre materie che invece ben rientravano nella prassi dei sindacati europei, ovvero tutte le forme di rivendicazione attinenti in senso lato la sfera politico-economica dei lavoratori, andando ben al di là delle mere pretese salariali.

Al riguardo il sindacalismo e le relazioni industriali negli Stati Uniti vengono dogmaticamente qualificati come *concession bargaining* o *give and take negotiations*, per sottolinearne la peculiarità rispetto a quelle europee, di carattere più marcatamente rivendicativo o classista, almeno nella loro origine storica.

Il riferimento "ideologico" del *Wagner Act* è la scuola interdisciplinare del Wisconsin, i cui capofila furono John Commons e Selig Perlman: in una società sì pluralista ma dall'uniformità ideologica il contratto collettivo diveniva lo strumento di governo del conflitto industriale, con l'obiettivo di arginare lo strapotere dell'imprenditore, rifuggendo però dal radicalismo di matrice marxista-socialista.

In altri termini, l'avversario del sindacato era il singolo datore di lavoro, senza che ciò significasse- a differenza delle pratiche del sindacalismo europeo- un "assalto"

[510] Cfr. R. J. Adams, *Industrial Relations Under Liberal Democracy,* University of South Carolina Press, 1995, p. 38: nel 1920 il Partito socialista americano ottenne ben un milione di voti alle presidenziali; E. Tarantelli, *Economia politica del lavoro,* cit., pp. 269 e 270, secondo cui "*Per l'élite americana il welfare state fu una sorta di polizza di assicurazione contro il rischio di una rinascita della sinistra socialista e comunista*".

al diritto di proprietà dei mezzi di produzione attraverso una strategia gradualista; al contrario il sindacato mirava essenzialmente al riconoscimento del diritto al *collective bargaining* ed alla rappresentanza esclusiva (il c.d. *closed shop*) in un'ottica di parificazione contrattuale con la controparte datoriale: in ultima analisi, se alla base della cultura sindacale europea risideva il concetto marxiano di lotta di classe, in nord-america, per usare le parole di Perlman, vi era la "coscienza del posto di lavoro" (*job consciousness*)[511].

2.Le differenze di culture e pratiche sindacali tra le due sponde dell'atlantico sono da ricondurre ai diversi processi storico-politici che hanno portato alla formazione delle compagini statuali in Nord-America ed in Europa continentale: se nel vecchio continente ai diritti individuali in progresso di tempo si affiancarono i diritti economico-sociali, sulla spinta dei movimenti organizzati dei lavoratori e dei partiti politici di estrazione social-comunista, negli Stati Uniti, paese di ben più recente formazione, predominarono senza soluzione di continuità il rispetto ed il riconoscimento della libertà individuale e di iniziativa economica privata, all'insegna del *business as usual*: l'idea di base, applicata ai rapporti capitale-lavoro secondo le teorizzazioni della scuola del Wisconsin, è che il sistema industriale resti pur sempre competitivo[512].

La traduzione giuridica delle diverse ideologie e culture politiche che portarono alla nascita della forma Stato è ben tracciata dalle rispettive carte fondamentali: la costituzione federale del 1787, sebbene più volte emendata, non riconosce nessuno di quelli che nella prospettiva eurocentrica sarebbero qualificati come "diritti sociali" o di terza generazione; al contrario, le costituzioni europee sorte all'indomani del secondo conflitto mondiale ed ispirate a quella di Weimar del

[511] Cfr. G. Giugni, *Introduzione,* in S. Perlman, *Per una teoria dell'azione sindacale,* Edizioni Lavoro, Roma, 1980, pp. 14 ss; R. W. Schatz, *From Commons to Dunlop: rethinking the field and theory of industrial relations,* in N. Lichtenstein, H. J. Harris (edited by), *Industrial democracy in America. The ambiguous promise,* Cambridge University Press, 1996, p. 99; Bruce E. Kaufman, *The Core Principle and Fundamental Theorem of Industrial Relations,* in *TIJ,* 1/2007, pp. 9 e 13, che sottolinea come le relazioni industriali statunitensi si caratterizzino per un approccio "*problem-solving",*con una logica senza dubbio più conservativa rispetto a quella dei coevi coniugi Webb in Europa.

[512] Cfr. J. B. Atleson, *Values and assomptions in American Labor Law,* cit., p. 157.

1919[513] positivizzarono in modo analitico i diritti sociali, dedicandovi delle apposite sezioni[514].

Si pensi al tema oggetto della presente trattazione, il diritto alla contrattazione collettiva declinato nella sua dimensione aziendale: la Costituzione americana tace sul punto, potendosi tutt'al più fare riferimento alla libertà di associazione o al diritto alla felicità[515]; al contrario, e per limitarci ai sistemi europei oggetto di indagine comparatistica, la costituzione italiana dedica il titolo III della parte prima ai "Rapporti economico-sociali", ed in particolare all'art. 39 riconosce la libertà dell'organizzazione sindacale in cui rientra il diritto alla contrattazione collettiva; la *Constitución Española* del 1978 stabilisce che "*todos tienen derecho a sindicarse libremente*" (art. 28.1CE), ed il *Préambule de la Constitution de 1946* riconosce dei diritti sociali qualificati come "*particulièrement nécessaires à notre temps*", in cui sono ricompresi la "*liberté d'adhésion et d'action syndicale"*.

Il risultato è un diritto federale scarno in relazione alle dinamiche sindacali, e all'effettività della protezione del lavoratore, dove si privilegiano le modalità individuali di gestione del rapporto di lavoro su quelle collettive: l'esempio più importante è che il contratto di lavoro viene considerato come un normale negozio giuridico soggetto alla *common law*, con la conseguenza che il datore di lavoro può liberamente recedere dal rapporto senza addurre una giusta causa o sottostare a vincoli procedurali (*employment at will doctrine*), cui si accompagnano poche eccezioni, come quelle in materia di discriminazioni di cui al *Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964 ed il *Age Discrimination in Employement Act*; gli imprenditori sono dunque liberi di esercitare la facoltà di licenziare come meglio credono, tenuto anche conto che la gran parte della regolazione del rapporto di lavoro è

[513] Sulla costituzione di Weimar cfr. G. Pitruzzella, R. Bin, *Diritto costituzionale,* cit., p. 47.

[514] Sull'evoluzione storica dei diritti sociali in Europa cfr. D. Zolo, *Libertà, proprietà, ed eguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibatitto teorico* (a cura di Ermanno Vitale), Editori Laterza, Bari, 2008, p. 67;

[515] Più in generale, i 7 articoli ed i 27 emendamenti della Costituzione federale tacciono sui diritti sociali. Vi è stato tuttavia chi ha trovato il fondamento della legislazione sindacale statunitense nel preambolo della costituzione, secondo cui per avere "*a more perfect union"*, si deve "*establish justice, ensure domestic tranquillity, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity"*, e nella Dichiarazione di Indipedenza del 1776, nella parte in cui si afferma che "*We hold these trusts to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator by certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness"*. Cfr. E. Dannin, *Nlra values, Labour values, American values,* in BJEL, 223, 2005, p. 250.

competenza della *State law* e non del diritto federale, a meno che proprio nell'accordo collettivo o nella legge del singolo stato non vi sia la previsione di una "*juste cause"* di licenziamento[516].

Le altre poche leggi che tutt'ora disciplinano il mondo della subordinazione in Usa vennero adottate in concomitanza col *Wagner Act* nella temperie del *New Deal*, per proteggere quei prestatori non coperti da contrattazione collettiva, per garantire un minimo di tutele circa la sicurezza sul lavoro e *benefit* obbligatori: il Congresso adottò nel 1935 il *Social Security Act* in materia di assistenza per la vecchiaia e le assicurazioni di invalidità, e nel 1938 il *Fair Labor Standards Act*, che stabilì un salario minimo federale ed un tetto massimo all'orario di lavoro[517].

2.Il Wagner Act.

Il *Wagner Act* è stato il culmine di un processo iniziato col passaggio nel 1926 del Railway Labor Act: nell'architettura originaria il diritto sindacale nel lavoro privato era destinato ad essere regolato dal *National Industrial Recovery Act* del 1934, la cui *section 7* dichiarava il diritto dei lavoratori a "*organizzarsi e alla contrattazione collettiva attraverso rappresentanti eletti dagli stessi"* e la loro libertà da qualsiasi "*interferenza, controllo o coercizione"* ad opera dei datori di lavoro in relazione sia alla sindacalizzazione sia "*a qualsiasi altra forma mutualistica di aiuto o protezione"*, e che a nessun lavoratore o persona comunque in cerca di occupazione sarebbe stato possibile chiedere di iscriversi ad un sindacato aziendale o desistere dall'iscrizione ad un sindacato liberamente scelto.

Il *National Industrial Recovery Act* ebbe vita breve in quanto appena nel 1935 venne dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema, in quanto conteneva scarse

[516] Cfr. T. C. Kholer, *Decentralizing Industrial Relations,* cit. pp. 107 e 108; R. Blanpain, *The United States,* in W. R. Corbett, R. Blanpain, S. Bisom-Rapp, M. J. Zimmer, *The global workplace,* Aspen Publishers, 2012, p. 128: attualmente l'*employment at will doctrine* viene applicata in ben 49 dei 50 stati federali.

[517] K. V. W. Stone, *Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro*, in *RDL*,p. 406.

misure volte a garantire il potere contrattuale dei datori di lavoro a fronte delle prerogative dei lavoratori[518].

Il *Wagner Act* nella sua architettura essenziale è rimasto pressocchè intatto, in quanto venne modificato soltanto nel 1947 tramite il *Taft-Harley Act* e nel 1959 attraverso il *Landrum-Griffin Act*, e ancora oggi rappresenta la fonte primaria del diritto sindacale nel settore privato.

Il *Taft-Harley Act*, in risposta ai propositi del partito repubblicano secondo cui la legge del 1935 aveva attribuito un eccessivo potere ai sindacati, attribuì ai lavoratori la facoltà di astenersi (*refrain*) dalla possibilità di porre in essere attività di tipo collettivo o sindacale; inoltre la legge del 1959 disciplinò in senso restrittivo il picchettaggio, gli accordi c.d. di *hot cargo*[519] e quelli in materia di criteri di assunzione nel settore industriale[520].

Nell'ottica delle forze politiche il legislatore federale doveva emanare una legislazione di sostegno all'attività sindacale nelle aziende, pur nel rispetto di alcuni paletti, che nel prosieguo della trattazione verranno analizzati in dettaglio: in ogni unità contrattuale di riferimento (*appropriate bargainig unit*) vi è un solo sindacato dotato del potere di rappresentanza dei lavoratori, iscritti o meno al sindacato (*exclusive representation*), a seguito di un mandato ottenuto tramite votazioni o meccanismi analoghi (*majority rule and card-check*).

Il *NLRA* alla *Section* 7 in termini ampi e generali riconosce per la prima volta il diritto dei lavoratori a "*self-organize, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively trough representatives of their own choosing, and to engage in concerted activities, for the purposes of collective bargaining or other material aid or protection*".

Più in particolare, ai sensi del *NLRA* il sindacato, nell'esercizio delle proprie facoltà, al pari del datore di lavoro è tenuto al rispetto della clausola generale di

[518] Cfr. A. Cox, D. Curtis Book, R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Labor law,* cit., pp. 41 e 42.

[519] Sugli accordi di *hot cargo* cfr. *sub* nota n. 536.

[520] Cfr. M. W. Finkin, *United States,* in *International Labor and Employments Laws,* American Bar Association, Chicago, 2009, p. 33c-1; T. C. Kohler, *Decentralizing Industrial Relations: The American Situation and its Significance in Comparative Perspective,* in R. Blanpain (Editor), *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labour Unions and Employee Representatives,* cit., p. 106; D. Ruiz Cameron, *All over but the Shouting?Some thoughts on emending the Wagner Act by Adjudication Rather Than Retirement,* in *BJEL,* 275/2005, pp. 80 e 81.

buona fede (*duty to bargain in good faith*), ed è obbligatoriamente consultato dalla controparte solo in relazione a determinate materie (*wages, hours and other conditions*).

2.1L'amministrazione del NLRA: il *National Labor Relations Board.*

1.Competente a giudicare delle violazioni della legge in materia di autonomia collettiva è in prima battuta il *National Labor Relations Board*[521], d'ora in poi *NLRB* o *Board*, un'agenzia federale, le cui decisioni possono essere impugnate in via giudiziaria innanzi le corti federali (*district court*).

Il *NLRB* ha la propria sede centrale a Washington, D.C., cui si aggiungono i vari uffici locali nelle maggiori città (vi sono oltre 50 *Regional, Subregional* e *Resident Office*), ed è un organo collegiale di cinque membri nominati dal Presidente degli Stati Uniti d'America; per tradizione, tre componenti dell'organo appartengono al partito politico del presidente, ed i restanti due a quello d'opposizione[522].

Il *Nlrb* ha la funzione precipua di amministrate la disciplina del *Wagner Act* in relazione a ciò che costituisce una *unfair labor practice* (nel nostro linguaggio- *mutatis mutandis*- una forma di condotta antisindacale di cui all'art. 28 l. 300/1970), ed il processo di cui alla *section 9* in materia di elezione e certificazione del sindacato nella *bargaining unit*.

Il *Board* non è attivamente legittimato a conoscere di una controversia, in quanto può esserne investito solo a seguito di presentazione di istanza amministrativa indirizzata al direttore regionale (*petition*, in tutte le questioni in materia di rappresentanza) o di un vero e proprio ricorso, rispetto al quale esercita le funzioni di giudice amministrativo (*charge*, nel caso di *unfair labour practice*).

[521] Sul Nlrb cfr. W. R. Corbett, *The United States,* in R. Blanpain, W. R. Corbett, M. J. Zimmer, S. Bisom-Rapp, H. K. Josephs, *The global workplace. International and comparative employment law-cases and materials*, pp. 114 e 115; A. Cox, D. Curtis Bok, R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Labor Law,* cit., pp. 66-77. Per una dettagliata disamina delle modalità procedimentali e di funzionamento del NLRB è interessante la lettura dei *vademecum* pubblicati nella pagina *web* dello stesso: cfr. *http://www.nlrb.gov/manuals.html.*

[522] Nel periodo aprile 2010-gennaio 2012 il NLRB ha funzionato con soli due membri, visto che il presidente Obama ha nominato i restanti tre componenti solo nel dicembre 2011, per di più durante un periodo di vancanze parlamentari, senza che il Senato a maggioranza repubblicana potesse esaminarne le nomine: nel caso *Noel Canning v NLRB* (705 F.3d 490 (D.C. Cir. 2013)la Corte federale di appello del *District of Columbia* ha ritenuto la contrarietà delle nomine alla costituzione federale, perché non avvenute durante i periodi di vancanza (*intercession recess)* del Senato; se la Corte Suprema dovesse confermare la pronuncia della corte d'appello, tutte le decisioni emesse da gennaio 2012 sarebbero invalide: sul punto cfr. R. L. Lieberwitz, *Etats Unis,* in *RDTCSC,* 1/2013, pp. 109 e 110.

2.Dalla *iuris dictio* del Board sono escluse tutte le controversie sindacali e di relazioni industriali in materia di pubblico impiego[523](tranne quelle inerenti i dipendenti del *The United States Postal Service*), i lavoratori del trasporto aereo e ferroviario, disciplinate dal *Railway Labor Act,*i lavoratori del settore agricolo, i prestatori di lavoro domestico, gli addetti all'impresa familiare ("*persons employed by their parents or spouse"*), i lavoratori autonomi, ed i *supervisor* (quadri con funzioni direttive).

Infine, anche le organizzazioni di tendenza sono coperte dal *NLRA*: in *Ukiah Valley Medical Center*[524] il Board rigettò l'eccezione di una struttura sanitaria gestita dalla Chiesa Avventista che chiedeva la non applicazione della legislazione federale del 1935 in virtù del primo emendamento della costituzione[525]; al riguardo, secondo il Board il *Wagner Act* si applica a ogni impresa operante nel settore sanitario nel silenzio della legge.

3.The appropriate bargaining unit.

Negli Stati Uniti, a differenza che nell'esperienza giuridica europea, l'attività sindacale- per essere legittima- deve avere un raggio geografico o materiale d'azione determinato: deve cioè svilupparsi all'interno dell'*appropriate bargaining unit*, che il più delle volte corrisponde ad uno dei luoghi di attività del datore di lavoro, come l'impresa nella sua globalità, oppure anche un ramo d'azienda o un insieme di essi.

Anzi, all'interno della medesima azienda o ramo d'azienda possono coesistere una pluralità di unità negoziali, in funzione della capacità del sindacato di autolegittimarsi come soggetto rappresentativo di un determinato gruppo di lavoratori, in ragione ad esempio del profilo professionale (operai o impiegati):

[523] Il diritto sindacale nel pubblico impiego è disciplinato dal *The civil service reform act* del 1978, dopo che nel 1962 il Presidente John Kennedy attribuì ai dipendenti federali il diritto alla sindacalizzazione con l'*Executive Order no. 10988:* cfr. Borjas, *Labor economics,* Mc Graw-Hill International Edition, 2010, p. 421.

[524] Cfr. 332 NLRB 602, 165 LRRM (BNA) 1258 (2000). In senso conforme cfr. *Carroll Coll.,* 345 NLRB 254, 177 (BNA) 1353 (2005).

[525] Ai sensi del primo emendamento, contenuto nel *Bill of rights* del 15 dicembre del 1791 "*Il Congresso non potrà porre in essere alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibirne il libero culto; o per limitare la libertà di parola o di stampa, o il diritto che hanno i cittadini di riunirsi in forma pacifica e di inoltrare petizioni al Governo per la riparazione di torti subiti".*

l'*appropriate bargaining unit* non è dunque di per sé un determinato ambito dell'impresa, ma uno specifico gruppo di lavoratori individuato in seno alla stessa[526].

Sul punto, a differenza che nei sistemi europei di relazioni industriali analizzati, negli Usa non vi è un'articolazione tra diversi livelli contrattuali (di categoria e territoriale/aziendale, e di gruppo di impresa): di conseguenza il lavoratore farà parte solo ed esclusivamente di una *bargaining unit*, e sarà soggetto ad un unico accordo collettivo.

La legge è alquanto generica circa i parametri di individuazione della *appropriate bargaining unit*, limitandosi ad attribuire al *NLRB* il potere di risolvere gli eventuali disaccordi tra sindacato e direzione aziendale, poiché "*The Board shall decide in each case whether, in order to assure to employees the fullest freedom in exercising the rigts guaranteed by this Act, the unit appropriate for the purposes of collective bargaining shall by the employer unit, craft union, plant unit, or subdivision thereof".*

In linea teorica, nulla osta a che nella prassi si possa sviluppare una contrattazione sovra-aziendale, all'interno cioè di una *multi-employer bargaining unit* (l'omologo della contrattazione europea di categoria); tuttavia il fenomeno nella dinamica delle relazioni industriali è pressocchè inesistente: ciò dipende in ultima analisi dalla buona volontà dei datori di lavoro di negoziare quale gruppo, senza che i pubblici poteri (ovvero il *NLRB*) possano costringere un imprenditore a sedersi al tavolo delle trattative su basi *multi-employer*[527]: infatti nella pratica le forme di *bargaining unit* più diffuse- in omaggio ad una forte valorizzazione della libertà di mercato- sono la *employer unit* e la *plant unit,* ovvero rispettivamente, il contratto collettivo di azienda e di ramo di azienda usando una terminologia "eurocentrica"[528].

---

[526] Cfr. Renée-Claude Drouin, *Le pluralisme industriel: point de rencontre, point de rupture entre relations indutrielles, droit du travail et management,* cit., p. 17.

[527] Cfr. J. Grodin, *Etats Unis,* in *RDT,* novembre 2006, p. 337.

[528] R. W. Schatz, *From Commons to Dunlop…,* cit., p. 88, second cui il sistema contemporaneo di contrattazione collettiva in Usa può essere qualificato come "*enterprise-based system*"; R. J. Adams, *Industrial Relations Under Liberal Democracy*, cit., p. 40, secondo cui "*For the most part American employers decided to confront unions on a plant-by-plant basis*", e p. 49; W. R. Corbett, *The United States,* in *The global workplace..,* cit., pp. 115 e 118, per cui "*Still, the predominant model in the United States is for a union to represent one or more bargaining model at a particular site of a particular employer*"; cfr. R. Fahlbeck, *The demise of collective bargaining in the Usa..,* cit., p. 318, secondo cui "*The typical bargaining relationship in the U.S. is thus extremely decentralized, typically between one employer at company or plant level and the small bargaining unit of the local union".*

Il corollario dell'inesistenza dei *branch, sectorial, industry-or-economy wide agreements* è l'assenza di associazioni di categoria dei datori di lavoro, familiari invece in Europa, e che proprio di recente hanno giocato un ruolo decisivo nella ridefinizione delle prerogative della contrattazione aziendale attraverso gli accordi interconfederali (si pensi ad esempio in Francia all'Ani del 2013, ed in Italia all'Ai del 28 giugno del 2011 ed all'AP del 2012)[529]; la ragione ideologica sottostante è stata rinvenuta nella necessità di prevenire il più possibile gli accordi che limitino la concorrenza tra imprese, corroborata dalla circostanza che il *Wagner Act* non menziona in alcun modo le *employer organization*[530].

Un caso paradigmatico in tal senso è quello dell'industria automobilistica, motore economico degli Usa, in cui non esiste un contratto nazionale di categoria, ed ognuna delle c.d. *three big*, Ford, Chsryler e General Motors ha un proprio accordo aziendale applicato a tutti gli stabilimenti dei rispettivi gruppi negoziato direttamente tra la direzione del personale ed il sindacato Uaw (*United Automobile Workers*), come si vedrà nel prosieguo della presente trattazione in relazione agli ultimi accordi Chrysler del settembre 2011[531].

3.1.I limiti soggettivi alla costituzione della *bargaining unit.*

1.Secondo la legislazione federale, vi sono talune categorie di prestatori di lavoro non coperte dal *Wagner Act*, e che dunque di per sé non potranno mai costituire una *bargaining unit* ai fini dell'eventuale radicamento del sindacato come contropotere nell'azienda: il punto di partenza è il dato normativo secondo cui tutti gli "*employee"* godono del diritto di voto ad eccezione dei *supervisor*, categoria interpretata in modo alquanto restrittivo della Corte Suprema in modo ininterrotto dal 1935 ad oggi.

Nella pratica le imprese –per rallentare il processo di sindacalizzazione dei luoghi di lavoro- a fronte della richiesta di riconoscimento della *bargaining unit* da parte

[529] Cfr. T. C. Kholer, *Decentralizing industrial relations,*cit., p. 104; E. Tarantelli, *Economia politica del lavoro,* cit., p. 273.
[530] Cfr. R. Fahlbeck, *The demise of collective bargaining in the Usa..,* cit., p. 319.
[531] Va ricordato come in ogni caso sino agli anni '80 nell'industria automobilistica la Uaw siglava un contratto aziendale in una delle *three big* che poi serviva da prototipo per le altre due, salvo qualche clausola di minore importanza, per potere pervenire ad una sostanziale uniformità di trattamento a livello retributivo e delle altre condizioni di lavoro tra i lavoratori del settore: cfr. X. Blanc-Jouvan, *La négociation collective d'entreprise…,* cit., p. 642.

del sindacato hanno eccepito l'esercizio da parte dei lavoratori di funzioni direttive, cioè la loro sussumibilità nella categoria del *supervisor*[532], la cui definizione legislativa è molto lata, ricomprendendo "*any individual having authority, in the interest of the employer, to hire, transfer, suspend, lay off, recall, promote, discharge, assign, reward, or discipline other employees, or responsibly to direct them, or to adjust their grievances, or effectively to recommend such action, if…the exercise of such authority…requires the use of indipendent judgement".*

Considerando le decisioni più significative, in *NLRB v. Kentucky River Communty Care, Inc.*[533] la Corte Suprema ritenne che le ostetriche preposte a formulare giudizi sulla professionalità delle loro colleghe fossero a buon diritto *supervisor*; in senso conforme, in *Oakwood Healthcare*[534] il NLRB qualificò come *supervisor* quanti ricoprivano la funzione di *charge nurse*, cioè quanti assistevano il personale ostetrico, i tecnici della sala parto, ed il personale paramedico che accudiva i pazienti.

2.Tanto il *Board* quanto la Corte Suprema, andando ben al di là di un'intepretazione estensiva della categoria di *supervisor,* hanno statuito che i dirigenti (*managerial employee*) non sono coperti dalle tutele del *Wagner Act* e non possono quindi costituire una *bargaining unit*, per quanto non esclusi in alcun modo dalla lettera della legge: in *Ford Motor Company*[535] il *Board* stabilì che non sono *employee* coloro i quali "*formulano, determinano, e pongono in essere le decisioni del management*", interpretazione poi fatta propria dalla Corte Suprema in *NLRB v. Bell Aerospace Co.*[536]

La categoria manageriale, di origine prettamente giurisprudenziale, dapprima creata per l'industria pesante (automobili e costruzioni aerospaziali) non ha risparmiato neppure quella "culturale": in *NLRB v. Ieshiva University*[537] la Corte

[532] Cfr. J. G. Getman, *Restoring the power of unions. It takes a movement,* Yale University Press, 2010, p. 186.
[533] 532 U.S. 706 (2001).
[534] 348 N.LR.B. 37 (2006).
[535] Cfr. 66 N.L.R.B. 1317 (1946). In senso conforme cfr. 219 N.LR.B. 384 (1975), secondo cui sono dirigenti "*Those who formulate and effectuate management policies by expressing and making operative the decisions of their employer, and those who have discretion in the performance of their jobs independent of their employer's established policy".*
[536] 416 U.S. 267 (1984).
[537] 444 U.S. 672 (1980).

Suprema stabilì che i docenti della *Ieshiva University* non godevano del *right to unionize* di cui al *Wagner Act* in quanto dirigenti; la qualifica manageriale veniva desunta dalla circostanza che i docenti universitari prendevano parte ai vari organi collegiali dell'ateneo in cui esprimevano i loro voti ed opinioni in ordine alla creazione e all'effettività delle politiche universitarie: più in particolare nel caso di specie i professori universitari erano dei "*managerial employees"* poiché esprimevano i loro auspici (lett. *recommendations*) "in ordine a retribuzioni dei dipendenti, anno sabbatico, promozioni" e stabilivano inoltre "in concreto il curriculum, il piano di studi, i requisiti di ammissione ed immatricolazione, il calendario accademico ed i programmi degli insegnamenti".

I giudici costituzionali andarono ben oltre, poiché affermarono che le considerazioni svolte per i docenti della Yeshiva andavano applicate in linea generale alle "*mature educational institutions"*: attraverso un tale ragionamento la Corte Suprema si pose decisamente in contrasto col principio basilare di cui alla *section 7* del Wagner Act che sancisce il diritto di organizzazione sindacale, e della tutela dell'interesse di categoria[538]; inoltre, è come se certi profili professionali, solo per avere una maggiore autonomia decisionale e perchè le energie lavorative sono prestate in un contesto più "democratico", non godessero del *right of self organization*[539].

L'*affaire* Yeshiva non è stato scevro di conseguenze: in *FHP Inc.*[540] il *Board* ha attribuito la qualifica dirigenziale ad un gruppo di fisici, nella misura in cui il nosocomio presso cui prestavano servizio includeva dei comitati composti proprio da fisici, che stabilivano taluni aspetti della politica di assistenza sanitaria.

Dall'analisi della giurisprudenza citata emerge come la categoria del *managerial employee*, arbitrariamente creata dalla giurisprudenza, e quella del *supervisor* costituiscano un grosso *escamotage* per il datore di lavoro: questi potrà infatti

---

[538] Cfr. J. G. Getman, *Restoring the power of unions…,* cit., pp. 186 e 187. Non va dimenticato come i giudici dissenzienti (quattro su nove) rilevarono come la gestione delle istituzioni fosse nelle mani dei servizi amministrativi dell'università, i cui interessi e decisioni erano spesso in contrasto con quelli della facoltà; e che i professori davano esecuzione alle decisioni non in quanto dirigenti, ma in quanto semplici impiegati.

[539] Cfr. J. B. Atleson, *Values and assumptions in American Labor Law*, cit., p. 176.

[540] Cfr. FHP Inc., 274 N.L.R.B. 1141 (1985)

ritardare il procedimento elettorale, eccependo che taluni dei lavoratori interessati non fanno parte di quella *community of interests* sottesa all'unità contrattuale configurata dal sindacato, in quanto dirigenti o *supervisor*[541].

Stando così le cose, aree sempre più vaste di lavoratori subordinati, sulla base della giurisprudenza anzidetta, non potranno essere tutelate dal sindacato, in quanto nella moderna organizzazione aziendale sono sempre più ridotti i gradi della catena di comando, non essendovi molte volte nessuna qualifica intermedia tra quelle di dirigente e di impiegato: in tal senso le decisioni richiamate non considerano in alcun modo il considerevole numero di prestatori di lavoro con *"supervisory and managerial tasks"*, erodendo in modo notevole l'area del lavoro subordinato con diritto alla sindacalizzazione[542].

3.*Confidential employees.* Altra categoria di matrice giurisprudenziale esclusa dall'area della sindacalizzazione, e dunque non rientrante in un'eventuale *bargaining unit* è quella dei c.d. *confidential employee*, ovvero quanti siano in possesso di informazioni aziendali riservate in materia di relazioni industriali fornitegli dal datore di lavoro, come ad esempio quelle attinenti lo svolgimento del processo negoziale e le direttive sulla conduzione del procedimento arbitrale.

Secondo l'indirizzo interpretativo al riguardo, il *confidential employee* altro non sarebbe che il dipendente a stretto contatto con la direzione delle risorse umane, in quanto "*si riferisce a quei prestatori di lavoro, che operano e coadiuvano a stretto contatto i colleghi che esercitano funzioni dirigenziali nel settore delle relazioni industriali*"[543].

4.Majority rule and exclusive representation.

La *section 9* del *Wagner Act* introduce un duplice principio valevole sia nei confronti del datore di lavoro che nei confronti della competizione tra i vari sindacati, *majority rule* ed *exclusive representation*: secondo il *NLRA*, il sindacato scelto dalla

[541] Cfr. J. G. Getman, *Restoring the power of unions…,* cit., p. 188.
[542] Cfr. R. Gorman, M. Finkin, *Labor Law,* cit., p. 64.
[543] Cfr. *Ford Motor Co., 66 N.l.r.b. 1317 (1946)*; in senso conforme cfr. Supreme Court, in *NLRB v. Hendricks County Rural Elec. Membership Corp.*, 454 U.S. 170, 102 S.Ct. 216, 70., L. Ed. 2d 323 (1981), secondo cui le ragioni dell'esclusione andavano ricercate nella natura del processo di contrattazione collettiva.

maggioranza dei lavoratori nel luogo di lavoro diviene il loro unico rappresentante.

Più in particolare, il sindacato- per essere riconosciuto quale controparte nelle relazioni industriali in azienda- deve ottenere la maggioranza dei voti dei lavoratori della *bargaining unit* di riferimento (*decisional phase)*, previa presentazione di una richiesta sottoscritta da almeno il 30% dei soggetti interessati (*organizing phase*)[544].

La predetta istanza di elezione può essere indifferentemente presentata da un sindacato o da un impiegato che non svolga funzioni direttive (nel gergo *RC petition*) oppure anche dal datore di lavoro (*RM petition*), anche se nella stragrande maggioranza dei casi *l'iter* che porta al riconoscimento è iniziato dal sindacato.

Dopo la presentazione delle *authorization card* firmate dai lavoratori da cui deve risultare lo "*showing of interest"* (sorta di *placet* alla presenza del sindacato nella *bargaining unit*), gli uffici locali del *NLRB* conducono degli incontri informali con le parti per il raggiungimento di un accordo circa le modalità dettagliate di svolgimento della consultazioni; in difetto di pattuizione, il *NLRB*, previo esame della richiesta, indice una vera e propria riunione preelettorale (*preelection hearing*) in relazione ad ogni eventuale motivo di disaccordo tra le parti, ivi compresa l'adeguatezza della *bargaining unit* e l'individuazione delle categorie di prestatori di lavoro ammesse al voto.

Come detto in precedenza, vi è una duplice *conditio sine qua non* per la determinazione dell'unità contrattuale: un ambito geografico specifico, e la circostanza che la *bargaining unit* proposta rappresenti una "*community of interest"* in relazione a "*wages, hours and other conditions of employment*"[545].

Inoltre, il *NLRB* terrà conto di altri criteri nel determinare l'adeguatezza della *bargaining unit* secondo quanto previsto dalla *section 9*: le dimensioni ed il grado di organizzazione sindacale di altri prestatori di lavoro alle dipendenze della stessa azienda, la storia delle relazioni industriali nell'impresa e nelle altre realtà

[544] Cfr. B. I. Sachs, *Enabling employee choice: a structural approach to union organization,*in HLR, 655 2009-2010, p. 664.
[545] Cfr. M. Finkin, *United States,* cit., p. 33c-15.

economiche coinvolte (ramo d'azienda, gruppo di imprese, categoria…), la struttura organizzativa dell'impresa, ed infine la comunanza nel sostrato mansionistico e delle condizioni di lavoro dei prestatori interessati.

Ad esempio, in *Oakwood Care Center*[546], il Board stabiliva che un'unità contrattuale in cui erano ricompresi impiegati alle dipedenze sia dell'impresa fornitrice sia di quella utilizzatrice di manodopera, le cui prestazioni erano utilizzate solo da quest'ultima, era possibile solo col consenso dei lavoratori di ambedue le aziende.

La determinazione del Board, come affermato dalla Corte Suprema in *NLRB v. Chicago Health And Tennis Clubs, Inc.*[547] non può essere del tutto arbitraria od irrazionale, e deve avere come punto di riferimento la storia delle relazioni industriali nella *bargaining unit*: nel caso di specie la Corte annullò la decisione del Board, che aveva stabilito che la società *Saxon Paint,* che aveva acquisito l'*Health and Tennis Clubs, Inc. of Chicago*, venisse considerata *bargaining unit* conformemente alla richiesta dei lavoratori, nonostante l'assenza in passato di qualsivoglia forma di sindacalizzazione, e sebbene la *Saxon Paint* avesse una storia consolidata di relazioni collettive di lavoro di tipo *district-wide level* (cioè a livello di tutta la compagine aziendale).

Secondo la Corte Suprema, qualora l'impresa ha una radicata dinamica di relazioni industriali di tipo centralizzato, che estende il suo raggio d'azione ad ogni singolo stabilimento e/o ramo d'azienda, ed un'articolazione della dirigenza di tipo verticistico, il ricorso alla *single unit* è del tutto inappropriato.

Il massimo organo di giustizia federale, decidendo in tal modo, affermava implicitamente che la precedente storia delle relazioni industriali in un'impresa, per quanto non sia un criterio di tipo obbligatorio, è un fattore da tenere decisamente in considerazione qualora si debba stabilire se la contrattazione collettiva si debba sviluppare a livello aziendale o di ramo d'azienda[548].

Dall'analisi dei precedenti giurisprudenziali riportati emerge la prima difficoltà del sindacato a radicarsi in azienda: infatti il più delle volte può capitare che l'ufficio

[546] Cfr. 343 NLRLB 659, 176 LRRM (BNA) 1033 (2004).
[547] Cfr. 567 F.2d 331 (7th Circ. 1977), cert. denied 437 U.S. 904 (1978).
[548] Cfr. *Casenote Legal briefs,* cit., p. 48.

locale del *NLRB* dichiari l'unità contrattuale risultante dalla richiesta dei lavoratori come "*inappropriate*" in quanto eccessivamente ampia o ristretta; inoltre, la decisione amministrativa resa in prima istanza previa un'udienza (*hearing*), potrà sempre essere impugnata a livello superiore, con il risultato che spesso e volentieri tra l'indizione delle elezioni ed il riconoscimento della loro validità possono intercorrere sino a due anni[549]: la cornice legislativa rende molto difficile che si sviluppi una contrattazione collettiva di categoria, posto che almeno il 30% dei lavoratori di tutte le imprese interessate di uno stato dell'Unione o di tutta la federazione, dovrebbe presentate una richiesta al NLRB di costituzione di *bargaining unit*, per poi aprirsi una difficile competizione elettorale ad armi impari.

***

Una volta terminate le riunioni e le verifiche amministrative anzidette, si instaura una vera e propria campagna elettorale, in cui il sindacato deve convincere la comunità del personale della bontà delle proprie ragioni, a fronte della strenua opposizione del datore di lavoro.

Conclusasi la campagna elettorale, l'ufficio locale del *NLRB* indice le elezioni a scrutinio segreto affinchè l'organizzazione candidata a essere l'*exclusive representative agent* divenga tale; consultazioni che normalmente hanno luogo entro trenta giorni dal termine delle procedure amministrative, e che si celebrano presso i locali aziendali.

Il datore di lavoro deve comunicare al *NLRB* la lista dei nomi e degli indirizzi dei lavoratori votanti, in cui sono ricompresi quanti prestano servizio nell'*appropriate bargaining unit* il giorno in cui siano state indette le elezioni ("*elegibility date*") e che a quella data abbiano percepito almeno uno stipendio.

Per assicurare il più possibile l'imparzialità ed il regolare svolgimento delle operazioni elettorali, le consultazioni si svolgono a scrutinio segreto[550] ed in

[549] Cfr. L. Mariucci, *Uno sguardo alle relazioni industriali negli Usa,* in *LD*, gennaio 1987, pp. 80 e 81.

[550] Tuttavia, il Board ha ammesso il voto per corrispodenza in circostanze eccezionali, quando cioè la consultazione nel luogo di lavoro è sì possibile, ma non assicura adeguate garanzie (*"Unprotected")* o non è facilmente realizzabile: cfr. San Diego Gas & Elec., 325 NLRB 1143, 158 LRRM (BNA) 1257 (1998).

presenza di un rappresentante del *NLRB*, e di un numero pari di rappresentanti designati dal datore di lavoro e del sindacato ("*election observer*"), che non devono in ogni caso ricoprire la funzione dirigenziale o essere espressione degli interessi del *management*.

Se il sindacato ottiene la maggioranza, diviene l'agente contrattuale esclusivo in seno alla <unità> interessata, e nei suoi confronti il datore di lavoro deve contrattarre secondo buona fede; invece, in caso di sconfitta, il sindacato non viene riconosciuto come controparte al tavolo delle trattative, e scomparirà dall'unità produttiva: conseguentemente il rapporto di lavoro sarà disciplinato dalle poche leggi federali esistenti e dalla contrattazione individuale tra lavoratore e datore di lavoro.

Tuttavia, il riconoscimento dell'organizzazione dei lavoratori può avvenire anche volontariamente ad opera della controparte datoriale, col meccanismo in gergo chiamato di *card-check*: il sindacato, ancorchè non riconosciuto come maggioritario a seguito di procedimento elettorale, presenta alla direzione aziendale un documento contenente le *authorization card* firmate dai lavoratori, in cui gli stessi, senza alcuna coercizione o falsa dichiarazione, manifestano la loro volontà di essere rappresentati dal sindacato stesso; da ciò emerge come il tratto discretivo del meccanismo di *card-check* rispetto alle elezioni condotte dal NLRB consiste nella pubblicità della legittimazione, non essendovi nessun *secret ballot*[551].

Va precisato che ai fini di un valido riconoscimento, il documento di *card-check* deve essere firmato dall'effettiva maggioranza dei lavoratori, a nulla valendo l'evenutale buona fede del datore di lavoro, pena la configurazione di una *unfair labor practice*: in *International Ladies' Garment Workers' Union v. N.L.R.B.*[552] soltanto 70 dei 280 prestatori (o 158 o 368, in ragione dei criteri di determinazione della *unit*) avevano firmato il *memorandum of understanding* contenente il *card-check*, e il datore di lavoro aveva riconosciuto il sindacato come controparte in azienda.

[551] Cfr. B. I. Sachs, *Enabling employee choice,* in HLR, 655 2009/2010, p. 670.
[552] Cfr. Bernhard Altman, 366 U.S. 731 (1961).

La Corte Suprema ritenne che tanto il sindacato quanto il datore di lavoro avessero violato i principi di libertà di associazione e di maggioranza, configurandosi un supporto ingiustificato ad un'organizzazione dei lavoratori da parte della direzione aziendale[553].

Nel caso del *card-check* il datore di lavoro non era comunque obbligato a riconoscere il sindacato a seguito delle sottoscrizioni dei propri dipendenti: sul punto è di recente intervenuto l'*Employee Free Choice Act* del 2010 (*EFCA)*, emanato dal Congresso sotto la presidenza Obama, e salutato come una vera e propria vittoria del mondo sindacale[554]: la legge prevede l'obbligo per il Board di conoscere di qualsiasi richiesta del sindacato di divenire *exclusive representative agent* tramite *card-check*, ed in caso di positività della verifica non saranno necessarie delle elezioni a fronte di opposizioni del datore di lavoro[555].

In ogni caso il meccanismo di riconoscimento tramite *card-check* presenta dei vantaggi tanto per il *management* che per la forza sindacale: la direzione aziendale attribuisce il beneficio senza passare per le "forche caudine" delle elezioni onde evitare tensioni esasperate in azienda, e spendita di tempo e rallentamento del processo produttivo; dal canto suo, il sindacato scongiura il rischio di un *flop* elettorale a seguito di eventuali minacce e pressioni del datore di lavoro sui propri indipendenti durante le consultazioni[556].

---

[553] La Corte Suprema circoscrisse la portata applicativa del fenomeno del *card-check* sulla base della *section 8(a)(1)* secondo cui "*It shall be an unfair labor practice for an employer- (1) to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rigts guaranteed in section 7; (2) to dominate or interfere with the formation or administration of any labor organization or contribute financial support to it…"*, affermando che il Wagner Act vieta che un datore di lavoro sostenga un sindacato di minoranza. Sul punto va aggiunto come nella *dissenting opinion* i giudici Douglas e Black precisarono che vero è che "*secondo l'architettura legislativa, un sindacato di minoranza non ha il diritto di rappresentare tutti i lavoratori"* ma al tempo stesso non vedevano "*nessuna ragione per cui il sindacato di minoranza non avrebbe dovuto contrattare per quella minoranza di lavoratori che ne faveva parte"*, posto che nessuna disposizione del Wagner Act gli vieta espressamente di agire in nome e per conto di quella minoranza. La *dissenting opinion* è suffragata da R. Blanpain, *The United States,* cit., p. 158, secondo cui "*Although Bernhard-Altmann represents the current state of the law, the Nlra does not, by its term, prohibit minority unions".*

[554] Cfr. J. G. Getman, *Restoring the power of unions,* cit., p. 257; R. Blanpain, *The United States,*cit, p. 124.

[555] Ai sensi della *section 2* dell'*EFCA* "*Whenever a petition shall have been filed by an employee or a group of employees or any individual or labor organization acting in their behalf alleging that a majority of employees in a unit appropriate for the purposes of collective bargaining wish to be represented by an individual or labor organization for such purposes, the Board shall investigate the petition. If the Board find that a majority of the employees in a unit appropriate for bargaining has signed valid authorizations designating the individual or labor organization specified in the petition as their bargaining representative…the Board shall no direct an election but shall certify the individual or labor organization as the representative".*

[556] Cfr. J. R. Grodin, *Etats-Unis,*cit., p. 338; B. Sachs, *Enabling employee choice: a structural approach to union organizing,* cit., pp. 657-658.

Infatti, ai due contendenti non vengono assicurate le medesime opportunità: soltanto il datore di lavoro ha piena facoltà di organizzare i c.d. *captive audience meeting*[557], incontri in cui si invitano i lavoratori a non iscriversi al sindacato, arrivando anche ad irrogare il licenziamento o una sanzione disciplinare conservativa in caso di mancata partecipazione; i predetti incontri e comizi sono stati ritenuti pienamente legittimi alla luce del primo emendamento della costituzione federale[558].

In altri termini, sebbene la *section 7* consenta ai lavoratori il diritto di organizzarsi collettivamente, gli strumenti per rendere effettivo il diritto sono ben pochi, non esistendo nella *labour law* un "diritto di assemblea"[559] nei luoghi di lavoro, ma solo la facoltà di chidere all'impresa i nominativi dei lavoratori per effettuare la propaganda tramite posta, salva la possibilità di indire riunioni dentro l'azienda ma al di fuori del normale orario di lavoro, magari organizzando dei concorsi a premi per incrementare la partecipazione[560].

Al riguardo, la nozione di libertà sindacale è ben più ristretta rispetto all'esperienza giuridica europea, anzi compromessa proprio dalla legge che dovrebbe tutelarla, visto che un sindacato può oltrepassare i cancelli delle imprese solo se maggioritario.

Negli ultimi anni vi sono state varie proposte *de jure condendo* per rendere effettivo il diritto alla contrattazione collettiva , tra cui spicca il progetto per un *Dignity at Work Act*, secondo cui la libertà sindacale e la contrattazione rientrano nel novero

---

[557] Cfr. A. E. Eaton, J. Kriesky, in *Nlrb election vs card check campaigns: results of a worker survey,* ILRR, 2/2009, p. 158, secondo cui in presenza delle elezioni il datore di lavoro gode di un "*almost unlimited…free spech rights"*; B. I. Sachs, *Enabling employee choice: a structural approach to the rules of union organizing,* cit., pp. 666 e 683. Sul punto cfr. *Perless Pleewood Co.,* 107 N.L.R.B. 427 429 (1953), *leading case* al riguardo: i *captive audience meeting* sono vietati soltanto se tenuti nelle ventiquattro ore antecedenti le elezioni.

[558] Cfr. *Thomas v Collins,* 323 U.S. 516 (1945), in cui la Corte giustifica il *captive audience meeting* alla luce del primo emendamento poiché l'*iter* di riconoscimento del sindacato in azienda è modellato sulla falsariga di quello elettorale.

[559] Sicuramente lo scenario per la diffusione della contrattazione aziendale è ben diverso dagli Stati europei oggetto della presente indagine: l'art. 20 dello Statuto dei lavoratori riconosce il diritto dei lavoratori all'assemblea nei luoghi di lavoro tanto fuori quanto dentro il normale orario di lavoro (in tale ultimo caso entro il limite annuo di dieci ore); l'art. l. 2142-10 c.t. sancisce la possibilità di riunione mensile per i lavoratori, ma al di fuori dell'orario di lavoro e dei luoghi di lavoro; infine, gli artt. 77-80 ET consentono le riunioni dei prestatori oltre l'orario di lavoro. Va sottolineato come in Italia, Francia e Spagna la contrattazione collettiva può prevedere condizioni di miglior favore al riguardo, conformemente al principio del *favor*.

[560] Cfr. L. Mariucci, *Uno sguardo alle relazioni industriali negli Usa*, cit. pp. 79-80; B. I. Sachs, *Enabling employee choice: a structural approach to the rules of union organizing,* cit., p. 665 secondo cui il grosso della campagna di persuasione in favore del sindacato avviene tramite visite "porta a porta" o "*house calls"*.

dei diritti fondamentali, e dunque i più importanti aspetti del rapporto di lavoro non possono essere modificati senza una previa contrattazione coi sindacati[561].

Inoltre, forte è il rischio di asindacalizzazione dei luoghi di lavoro, visto che un prestatore di lavoro ben può non votare un sindacato da cui non si sente rappresentato, in presenza di altre alternative (nella prassi giammai accade che due o più sindacati si presentino alla stessa consultazione per il riconoscimento)[562].

Sicuramente il principio di *exclusive representation* può sorprendere l'osservatore europeo, abituato alla coesistenza di più sindacati in seno alla stessa azienda, e con a volte diverse visioni strategiche: di sicuro, da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico è come se il legislatore americano adottasse un criterio di rappresentatività effettiva, desunta da precisi risultati numerici, e non presunta, ovvero basata su criteri di tipo storico-sociologici, come invece nel vecchio continente[563].

Inoltre, il criterio della rappresentatività effettiva non è come visto di tipo proporzionalistico, in quanto il principio di *exclusive representation* ha una genesi storico-politica precisa, e segnatamente il principio di maggioranza che permea il funzionamento della società americana, e colto sin dagli albori della nascita della federazione da Alexis de Toqueville in *La démocratie en Amerique*[564].

In ogni caso, il datore di lavoro deve astenersi dal porre in essere qualsiasi attività in contrasto col processo iniziato dal sindacato di legittimazione nella comunità aziendale: ad esempio, in *Allentown Mack Sales and Service, Inc. v NLRB*[565] la Corte Suprema ha dichiarato l'illegittimità della pratica del datore di lavoro, per avere condotto dei sondaggi interni tra i dipendenti circa l'eventuale supporto al

---

[561] Cfr. R. J. Adams, *The Employee Free Choice Act: A skeptical view and alternative,* in *LSJ*, 4/2007, pp. 7 ss., il quale fa leva sull'attuazione delle convenzioni dell'Oil nell'ordinamento Usa; Id., *Collective bargaining: the Rodney Dangerfield of Human Rights,* in *LLJ,* 1999, pp. 204-209. In senso sostanzialmente conforme cfr. D. Ruiz Cameron, *All over but the shouting?...,*cit., pp. 289 e 290, second cui anche gli Usa sono tenuti al rispetto delle convenzioni 87 e 98 in material di libertà sindacale e di contrattazione collettiva sulla scrota dei principi generali del diritto internazionale.

[562] Cfr. C. Enrico, *Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva,* in *DRI*,1/ 2008, p. 272.

[563] Cfr. M. Magali, *Le droit du travail americain, un droit de l'entreprise,* Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2002, pp. 47 e 49.

[564] Cfr. R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Basic text on Labor Law. Unionization and collective bargaining,* Thomson West, 2004, p. 503; L. Mariucci, *Uno sguardo alle relazioni industriali negli Usa,* cit., p. 77, per cui l'architettura del NLRA riproduce la "*regola aurea della costituzione politica americana, cioè della massima <o tutto o niente>/<vinci o perdi> tipica del meccanismo della rappresentanza politica"*, e p. 83.

[565] Cfr. *Allentown Mack Sales and Service Inc. v NLRB,* 522 U.S. 359 (1998).

sindacato, a meno che non abbia un dubbio ragionevole e sia pur sempre in buona fede.

Altro comportamento vietato al datore di lavoro nelle more del procedimento di *exclusive representation* è riconoscere il diritto ad essere la sua controparte o a presentarsi alle elezioni ad un determinato sindacato, qualora sia già stata avanzata una richiesta in tal senso (*properly filed petition*)da un'altra organizzazione dei lavoratori, la c.d. *Midwest Pipin doctrine* dalla vicenda giudiziaria che originò il *dictum* del N.L.R.B.[566]

Il datore di lavoro deve dunque astenersi dal creare autonomamente organismi sindacali in azienda, che nel linguaggio europeo sono chiamati sindacati di comodo: il parossismo delle tattiche *antiunion* è stato raggiunto negli anni '90 col caso *Electromation Inc.*[567], in cui il datore di lavoro, che non aveva riconosciuto alcun sindacato in azienda, aveva creato cinque "*action committees"* composti da sei dipendenti ed uno o due rappresentanti dell'azienda; i predetti comitati dovevano discutere varie problematiche, tra cui *bonus,* progressioni retributive, divieti di fumo assenteismo e così via, mentre un sindacato aveva iniziato una campagna di riconoscimento ed allegava pertanto una violazione della *section 8(2).*

Il Board rilevò come le commissioni paritetiche create costituivano delle organizzazioni sindacali, in quanto le discussioni tra i gruppi ed il *management* avevano carattere propositivo, ed erano inoltre dominate dal datore di lavoro (*unlawfully dominated labor organizations)*: di fatto l'agire dei comitati era sussumibile nel sintagma "*dealing with"* di cui alla *section 2(5)*, non essendo necessaria l'apertura di un procedimento formale di contrattazione collettiva.

In ogni caso, una volta che il sindacato sia stato riconosciuto democraticamente dai lavoratori della *unit* interessata quale loro esclusivo rappresentante, il datore di lavoro non potrà contrattare la disciplina del rapporto di lavoro coi singoli dipendenti, o con altre organizzazioni sindacali.

---

[566] Cfr. *Midwest Piping And Supply Co.,* 63 N.L.R.B. 1060 (1945); *Bruckner Nursing Home,* 262 N.L.R.B. 955 (1982); in senso conforme cfr. *Rca Del Caribe, Inc,* 262 N.L.R.B. 963 (1982).

[567] Cfr. 309 N.l.r.b. 990 (1992) *enf'd* 35 F.3d 1148 (7th Cir. 1994). In dottrina cfr. T. C. Kohler, *The American Situation and Its Significance in Comparative Perspective,* cit., pp. 112 e 115.

Sul punto sin dagli albori del Wagner Act la Corte Suprema è stata irremovibile: in *A.L.A. Schechter Poultry Corp.*[568], una delle prime sentenze in materia, il massimo organo giurisdizionale federale affermava che si sarebbe eventualmente configurata una *unfair labor practice* se il datore di lavoro si fosse rifiutato di sedersi al tavolo delle trattative con il sindacato designato dai lavoratori, in quanto "*I rappresentanti designati o scelti ai fini della contrattazione collettiva dalla maggioranza dei lavoratori in una specifica unità di riferimento a tal fine, saranno gli unici agenti contrattuali di tutti i lavoratori nella predetta unità in relazione all'ammontare della retribuzione, dell'orario di lavoro, e delle altre condizioni del rapporto di lavoro…".*

Il datore di lavoro non può mai rifiutarsi di avviare una trattativa sulle materie per cui vi è l'obbligo di una previa contrattazione collettiva, adducendo ad esempio difficoltà di tipo finanziario o contingenze imposte dal ciclo economico negativo, confrontandosi individualmente con ogni lavoratore, fenomeno ricorrente nella storia del sindacalismo stautinitense.

A titolo meramente esemplificativo, in *Wonder State Mfg. Co.*[569] l'azienda cercava di scongiurare il transito in massa della propria forza lavoro presso un'impresa concorrente, attraverso una contrattazione individuale in materia di retribuzione, clausole di non concorrenza e divieto di non divulgare segreti commerciali dell'azienda: nell'opinione del *NLRB*, anche volendo giustificare la contrattazione su base individuale per la peculiarità della situazione economica, vi sarebbe stato un *vulnus* alla *section8 (a)(5)*, visto che "*una violazione dell'Act non può mai essere giustificata sulla base di uno svantaggio individuale o di esigenze economico-affaristiche".*

Il datore di lavoro non può tantomeno rifiutarsi di contrattare col sindacato uscito vittorioso dalle elezioni, sulla scorta del presupposto che l'organizzazione dei lavoratori abbia perso la qualità di agente rappresentativo poco dopo averne ottenuto la certificazione dal *NLRB*: in *Brooks v. NLRB*[570] la compagnia Brook's

[568] Cfr. 295 U.S. 495, 55 S. Ct. 837, 79 L. Ed. 1570 (1935). In senso conforme cfr. *Medo Photo Supply Corp. v. NLRB*, 321 U.S. 678, 64 S. CT. 830, 88 l. ED. 1007 (1944): la violazione dell'*exclusive representation* veniva rinvenuta nel fatto che il rappresentate del sindacato maggioritario chiedeva di incontrare il datore di lavoro, che aveva organizzato un *meeting* con altri lavoratori, e l'accesso gli veniva negato.

[569] Cfr. *Wonder State Mfg. Co.,* 151 N.LR.B. 904 (1965).

[570] Cfr. 348 U.S 96 (1954)

Chrysler-Plymouth aveva alle dipendenze 13 macchinisti; il sindacato vinceva le elezioni tramite 8 voti a suo favore, ma una settimana dopo aver ottenuto la certificazione del *NLRB*, Brooks riceveva una lettera di 9 dei 13 dipendenti in cui gli stessi dichiaravano espressamente di non volere più essere rappresentati dal sindacato, e si rifiutava conseguentemente di sedersi al tavolo delle trattative.

Tanto il *NLRB,* quanto la *Court of Appeal* che la Corte Suprema ritenevano che il datore di lavoro avesse posto in essere una *unfair labor practice* in violazione della *section 8* del *NLRA*.

Infatti, il carattere di *exclusive bargaining representative* non viene perso dall'organizzazione dei lavoratori per un "ragionevole periodo di tempo" (*reasonable period*), in concreto individuato in almeno un anno dall'avvenuta certificazione, per una pluralità di ragioni: tanto la revoca quanto la concessione della qualità di *exclusive representative agent* devono avvenire in modo solenne, di certo non identificabile in una lettera o in un incontro; inoltre, il ruolo del sindacato verrebbe minimizzato se fosse soggetto all' "*azzardo di revoche informali ed immediate*".

Conseguentemente, il *NLRB* stabilì che solo dopo un anno di tempo dal termine dell'avvenuta certificazione, sia il datore di lavoro sia i lavoratori possono presentare una richiesta al *Board* perché venga indetta una nuova consultazione tra il personale.

Altro comportamento che non giustifica il venir meno della qualifica di sindacato unico è la circostanza che, proclamato uno sciopero dal sindacato riconosciuto in azienda, taluni lavoratori non vi aderiscano: più in particolare, in *NLRB v. Curtin Matheson Scientific, Inc.*[571] l'organizzazione *Teamsters Local 968* diveniva sindacato unico aziendale dal NLRB dopo regolari elezioni presso l'impresa *Curtin*, ed una volta scaduto il contratto collettivo, indiceva uno sciopero economico.

In risposta, l'azienda assumeva a tempo determinato 29 lavoratori per sostituire i prestatori in sciopero: cinque di questi ultimi oltrepassavano la linea di picchettaggio organizzata dai colleghi scioperanti, e da quel momento in poi il

[571] Cfr. 494 U.S. 775 (1990).

datore di lavoro si rifiutava di negoziare col sindacato, sollevando il dubbio che quest'ultimo avesse perso il sostegno nella *bargaining unit*, tenuto conto di quanto venuto a sapere da uno dei 29 lavoratori.

Secondo sia il NLRB sia la Corte Suprema, che si richiamarono al caso *Brooks* precedentemente analizzato, la mancata adesione ad uno sciopero ha un così "*little empirical support"* da giustificare la massima che il datore di lavoro in simili casi non può addurre una *anti-union presumption*[572].

4.1Sindacato unico aziendale e difesa dei diritti civili.

Secondo l'orientamento della Corte Suprema il potere del sindacato, uscito vittorioso dalle elezioni, di rappresentare tutta la comunità del personale si estende a qualsiasi aspetto del rapporto di lavoro, ancorchè relativo a problematiche disciplinate in fonti normative diverse dal *NLRA*.

Il caso si pose in modo emblematico negli anni '70, periodo di progressiva espansione della lotta per i diritti civili negli Usa, dopo che nel 1964 venne emanato il *Civil Rights Act*, che si prefiggeva di eliminare qualsiasi forma di discriminazione, ivi comprese quelle razziali nei luoghi di lavoro: in *Emporium Capwell Co. v Western Addition Community Organization*[573] la problematica in esame era se alcuni impiegati potessero contrattare direttamente col datore di lavoro le misure antidiscriminatorie da adottarsi in azienda, scavalcando il sindacato.

Più in particolare, un gruppo di dipendenti afroamericani del supermercato *Emporium Capwell Co.* si lamentava del fatto che il datore di lavoro avesse posto in essere un comportamento discriminatorio nei loro confronti in materia di promozioni ed attribuzione delle mansioni; pertanto, i lavoratori in questione chiedevano un incontro alla controparte datoriale, ed al rifiuto di quest'ultima effettuavano un picchettaggio di fronte lo *store* sollecitando un boicottaggio da parte dei consumatori: a quel punto venivano licenziati, ed una associazione locale in difesa dei diritti civili presentava ricorso innanzi al *NLRB* per violazione del titolo VII del *Civil Rights Act* da parte dell'impresa.

[572] Cfr. *Labor Law. Casenote legal brief,* Aspen Publishers, New York, 2007, p. 45.
[573] Cfr. 420 U.S. 50 (1975).

Il rifiuto del datore di lavoro di incontrarli e concertare eventuali misure antidiscriminatorie trovava il suo fondamento nell'accordo collettivo applicato in azienda, che vietava espressamente ogni misura in tal senso, e devolveva ad arbitrato la *cognitio causae* di qualsiasi controversia avente ad oggetto l'*antidiscrimination clause*.

Tanto il *NLRB* quanto la Corte Suprema concludevano per la piena legittimità sia del licenziamento sia del rifiuto del datore di lavoro di incontrare i dipendenti scioperanti: diversamente, vi sarebbe stata una violazione dei principi di *exclusive representation* e *majority rule* di cui alla *section 9*; sul punto, secondo la Corte Suprema il Congresso emanò il *Wagner Act* "*nella piena consapevolezza che la tutela di taluni gruppi o individui possa essere subordinata all'interesse della maggioranza"*, senza che per questo le prerogative della minoranza vengano compromesse, posto che la legge impone comunque al sindacato di rappresentare tutti i lavoratori secondo buona fede.

In un'ottica di bilanciamento tra beni giuridici di eguale rango costituzionale, secondo la Corte il diritto di essere liberi dalle discriminazioni razziali "*non può essere perseguito alle spese dell'ordinario processo di contrattazione collettiva come contemplato nel NLRA*", posto che "*la politica di autogoverno delle relazioni industriali come codificata nella section 7 non esige alcuna frammentazione della bargaining unit per ragioni razziali o d'altro tipo per potere coesistere con la politica federale in materia di discriminazioni sul lavoro"*.

L'argomento decisivo per suffragare una tale massima, e dunque le ragioni del datore di lavoro, riposava nella circostanza che l'accordo aziendale applicato nello *store* prevedeva specificamente clausole arbitrali in materia di comportamenti discriminatori del datore di lavoro, ed il sindacato aveva espresso al *management* la volontà di ricorrere alla procedura conciliativa.

La decisione del caso *Emporium Capwell* non è isolata, in quanto già negli anni '40- nel bilanciamento tra diritto alla contrattazione collettiva e misure antidiscriminatorie, è il primo a prevalere: in *Steele v. Louisville And Nashville R.*

Co.[574](questione tuttavia relativa all'interpretazione del *Railway Labor Act* ed anteriore all'adozione del *Civil Rights Act*) il sindacato unico dei fuochisti nel settore ferroviario venne riconosciuto colpevole di avere violato il dovere di rappresentare secondo buona fede gli addetti alla categoria di riferimento, in quanto aveva stipulato un contratto collettivo che prevedeva il graduale licenziamento di tutti i dipendenti di origine afroamericana[575].

5.The duty to bargain in good faith (duty of fair representation).

Con la riforma del 1947 il Congresso definì l'oggetto dell'obbligo di "*bargain collectively"* tra il datore di lavoro ed il sindacato: ai sensi della *section 8(d)* la contrattazione collettiva "*è l'obbligazione di tipo mutualistico del datore di lavoro e del rappresentante dei lavoratori di incontrarsi in momenti ragionevoli e confrontarsi secondo buona fede in relazione alle retribuzioni, orario di lavoro, ed altri termini e condizioni di lavoro, o la contrattazione di un accordo collettivo, o ogni problema che dallo stesso scaturisca, e l'esecuzione di un contratto per iscritto che al suo interno incorpori qualsiasi pattuizione raggiunta se richiesta da ambedue le parti, ma la predetta obbligazione non implica che ciascuna delle parti debba aderire alla proprosta o chiedere che venga fatta alcuna concessione*".

Pertanto, in assenza di qualsiasi prescrizione contenustica puntuale, la legge impone alle parti di avere soltanto un comportamento secondo buona fede nella dinamica negoziale: la previsione normativa è una conseguenza del fatto che il sindacato, se uscito vittorioso dalle elezioni, rappresenterà tutti i prestatori di lavoro, onde scongiurare una dittatura della maggioranza[576].

Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto che il sindacato debba improntare la propria azione ad un vago ed impreciso *wide range of reasonableness*[577], da apprezzare ad opera del *Board* nel caso concreto[578]: la casistica sul punto è sconfinata, e

---

574 Cfr. 323 U.S. 192 (1944).

575 In senso conforme cfr. *Railroad Tainmen v. Howard,* 343 U.S. 768 (1952), in cui la Corte Suprema ritenne che "*the federal act…prohibits bargaining agents it authorizes from using their position and power to destroy colered workers' job in order to bestow them on white workers".*

576 Cfr. *Vaca v. Sipes,*386 U.S. 171 (1967); J. R. Grodin, *Etats-Unis,* cit., p. 338.

577 Cfr. *Air Line Pilots Association v. O' Neill,* 499 U.S. (1991).

578 S. Néron, *La négociation collective aux Etats-unis: instrument de gestion et de paix sociale,* in *LSJS,* 25 janvier 2011, n. 4, p. 1021.

pertanto saranno esaminati solo gli esempi più significativi, volti a dimostrare le difficoltà che spesso affronta il sindacato nelle aziende nella dinamica negoziale, anche dopo essere stato riconosciuto dall'imprenditore.

In *NLRB v. A-1 King Size Sandwiches, Inc.*[579], la Corte Suprema statuì che un'impresa contravviene all'obbligo di negoziare secondo buona fede se pone in essere proposte così "*aspre, con intenti punitivi od irragionevoli che non sono ragionevolmente accettabili"*, venendosi a configurare una contrattazione "di facciata" (*surface bargaining)*: nel caso di specie i giudici dovettero vagliare la legittimità della *management right clause*, con cui la ditta *A-1 King Size Sandwiches* chiedeva al sindacato di inserire nel contratto collettivo la clausola per cui il datore di lavoro aveva il diritto esclusivo di determinare retribuzioni, aumento dei permessi, licenziamenti e assunzioni, ed il pieno controllo dell'orario e delle condizioni di lavoro, in ultima analisi una delega in bianco.

Per la Corte Suprema una simile proposta contrattuale era una negazione di fatto della clausola generale di buona fede, visto che il "*mantenimento di un così fondamentale potere di controllo su simili ambiti della contrattazione collettiva…è un mero attacco facciale al rispetto delle previsioni legislative senza abbandonare il controllo sulle predette materie"*; la Corte, nel prosieguo dell'argomentazione che condannava la ditta di *sandwich,* riteneva che tutte le pratiche di *surface bargaining* fossero illegali, poiché di fatto dimostravano l'intenzione della parte di non recedere di un millimetro dalle proprie posizioni (*take it or leave it)*, e un tale comportamento solo impediva il processo negoziale e lo spreco delle "*bargaining energies"*.

La Corte ha inoltre registrato una violazione dell'obbligo di buona fede da parte dell'imprenditore, qualora questi insista nella necessità di inserire senza se e senza ma nell'accordo collettivo la totalità delle prassi aziendali consolidate e prodromiche al processo di sindacalizzazione[580].

[579] Cfr. 732 F.2d 872 (11th Cir), cert. den. 469 U.S. 1035 (1984).

[580] Cfr. *Radisson Plaza Minneapolis,* 307 N.L.R.B. 94 (1992), *enf'd*, 987 F.2d 1376 (8th Cir. 1993).

6.Mandatory subjects: wages, hours and others conditions.

Il *NLRA* non enumera o definisce analiticamente gli ambiti materiali riservati alla disciplina della contrattazione collettiva aziendale, sulla scorta del presupposto di fondo del sistema nord-americano di relazioni industriali per cui sono le parti sociali ad adattare l'accordo collettivo alla realtà imprenditoriale ed al conseguente bilanciamento tra esigenze economiche contrapposte[581]: è stata dunque la giurisprudenza a distinguere tre nuclei tematici di contrattazione in ragione della laconica disposizione di cui alla *section 8(d)*, che qualifica come ambiti di confronto obbligatori "*rates of pay, wages, hours of employment, and other terms and conditions of employment*".

Partendo proprio dall'esegesi della norma succitata, il Nlrb e le corti federali hanno distinto tra: *mandatory subjects*, *voluntary or permissive subjects* ed *illegal subjects*[582].

6.1Mandatory subjects.

1.L'osservanza del *duty to bargain in good faith* è relativa ai soli ambiti obbligatori di contrattazione, che come detto precedentemente sono la retribuzione, l'orario di lavoro, ed "*other terms and conditions of employment*": in materia retributiva, secondo il più recente indirizzo interpreativo i *bonus,* ed in generale tutti gli emolumenti non ricompresi nella struttura salariale di base rientrano nella categoria "*wages"* se corrisposti regolarmente in relazione al *quando* ed al *quantum*[583]; speculari ai *wages*, sempre per via interpretativa, sono i piani di prepensionamento delle singole aziende[584], posto che in ogni caso l'*Age Discrimination Act* vieta sì un'età minima per il pensionamento obbligatorio, ma non proibisce di negoziare i presupposti del prepensionamento ed il conseguente trattamento economico.

In relazione alle "*hours"* un costante indirizzo interpretativo ha sostenuto che la disciplina dell'orario di lavoro[585], intervalli, pausa pranzo[586], e pulizia nell'ambito

[581] Cfr. R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Basic text on labor law,* cit., p. 715.

[582] Cfr. M. Finkin, *United States,* cit., p. 33c-50; Xavier Blanc-Jouvan, *La négociation collective d'entreprise: l'éxperience des Etats- Unis,* cit., p. 641.

[583] Cfr *Phelps Dodge Mining Co. v. NLRB,* 22 F. 3d 1493 (10th Cir. 1994).

[584] Cfr. *Inland Steel Co. v NLRB,* 170 F.2d 247 (7th Cir. 1948).

[585] Cfr. *Local 189, meat Cutters v. Jewel Tea Co.,* 381 U.S. 676, 85 S.Ct. 1596, 14 L. Ed. 2d 640 (1965): "*we think that the particular hours of the day and the particular days of the week during which employees shall be required to work are subjects well within the realm of "wages, hours and other terms and conditions of employment" about wich employers and unions must bargain".*

dei lavori manuali può essere modificata unilateralmente dal datore di lavoro soltanto previa consultazione del sindacato, in quanto ricomprese nel concetto di "*hours",* anche se riguardante un'unità contrattuale di esigue dimensioni[587].

Senza dubbio l'espressione "*altri termini e condizioni di lavoro"* è quella che ha sollevato maggiori dubbi interpretativi: al riguardo secondo la dottrina e la giurisprudenza costituiscono *mandatory subject* le *union security clause*, quelle in materia di arbitrato, di durata del contratto collettivo[588], di licenziamenti[589], di promozioni e trasferimenti, e di misure antidiscriminatorie[590].

Inoltre, rientrano nel novero dei *mandatory subject*, sempre per via giurisprudenziale, il sistema di classificazione del personale[591], gli *standard* del processo produttivo (ricorso al fordismo o al *World class manufacturing* ad esempio), le assenze per malattia o per lutto[592], i periodi di tempo in cui non si sia lavorato per ferie o comunque per assenza dal posto di lavoro[593].

Particolare attenzione è stata dedicata alla tutela della salute e della sicurezza dei prestatori di lavoro in un'ottica di compartecipazione tra sindacato e datore di lavoro, partendo dal concetto di "*working environement"* costantemente richiamato in varie decisioni[594]: in *W-I Forest Prods. Co.*[595]il Board decise che l'incremento dei divieti di fumo nell'ambiente di lavoro deve essere previamente negoziato col sindacato; in *Johson-Bateman Co.*[596] sempre il Board statuì che i test antidroga dovevano essere preliminarmente negoziati col sindacato, posto che si trattava di

---

[586] In *Xidex Corp., 297* N.L.R.B. 110 (1989), *enf'd,* 924 F.2d 245 (D. Circ. 1991) si stabilì che in "*hours"* rientrano le riduzioni della pausa pranzo da trenta (senza retribuzione) a quindici minuti (retribuiti).

[587] Cfr. *Van Dorn Plastic Mach. Co.,* 286 N.L.R.B. 1233 (1987), *enf'd,* 8881 F.2d 302 (6th Cir. 1989).

[588] Cfr. *Steelworkers Local 2140 (United States Pipe)*, 129 NLRB 357, 360, 46 LRRM (BNA) 1542 (1960); in ogni caso il contratto collettivo ha una durata media di tre anni.

[589] Cfr. *National Licorice Co. v NLRB,* 309 U.S. 350, 60 S.Ct. 569, 84 L. Ed. 799 (1940): secondo la Corte Suprema il licenziamento e le sanzioni disciplinari di tipo conservativo rientrano nel novero dei *mandatory subject*, ivi compresi i motivi dell'infrazione disciplinare, la proporzionalità della sanzione, e le procedure attraverso le quali le sanzioni sono irrogate dal datore di lavoro ed eventualmente impugnate dal sindacato.

[590] Cfr. M. Finkin, *United States*, cit., pp. 33c-50 e 33c-51. Cfr. *Houston Chapter, Assoc. Gen. Contractors,* 143 N.L.R.B. 409 (1963), *ENF'D*, 349 f. 2D 449 (5TH Cir. 1965).

[591] Cfr. *Raven Services Corp. v NLRB,* 315 F. 3d 499 (5th Cir. 2002).

[592] Cfr. 304 N.L.R.B. 957 (1991).

[593] Cfr. NLRB v. Sharon Hats, Inc., 127 N.L.R.B. 947 (1960), *enf'd*, 289 F.2d 628 (5th Cir. 1961).

[594] Cfr. R. Gorman, M. W. Finkin, *Basic text on labor law,* cit., pp. 674 ss.

[595] 304 N.L.R.B. 957 (1991).

[596] 295 N.L.R.B. 180 (1989).

misure eventualmente prodromiche al licenziamento in caso di esito positivo, materia ricompresa nell'ambito dei *mandatory subjects*.

2.Il problema interpretativo di fondo è stato se nel novero dei *mandatory subject*, e segnatamente nel sintagma "*other terms and conditions of employment"* sia ricompreso o meno quello che la dottrina ha definito il "*right of management to manage"*, ovvero l'esercizio dei poteri di gestione economico-finanziaria dell'azienda, e segnatamente il ricorso alla subfornitura, la chiusura o il trasferimento di un determinato settore di attività, ed il ridimensionamento della pianta organica[597].

Il *leading case* al riguardo è stato *Fibreboard Paper Products Corp. v Nlrb*[598]*:* a fronte della richiesta del sindacato di avviare le trattative per un nuovo accordo aziendale del personale adetto alla manutenzione prima della scadenza, il datore di lavoro comunicava *tout court* la propria intenzione di licenziare il personale, e di ricorrere ad un'impresa subfornitrice per i servizi di riparazione poiché meno dispendioso.

Tanto il Board quanto la Corte Suprema ritennero che il datore di lavoro avesse violato la *section 8*, posto che la decisione di ricorrere alla fornitura esterna di manodopera era dettata da ragioni economiche e non da un disfavore verso il sindacato; il punto decisivo del ragionamento della Corte era che il datore di lavoro era spinto alla pratica del *subcontract* per contenere il costo del lavoro, attraverso la contrazione della pianta organica e l'eliminazione del pagamento delle ore di straordinario.

In progresso di tempo la giurisprudenza del caso *Fibreboard*, applicata ininterrottamente negli anni '60 e '70, venne capovolta all'inizio degli anni' 80: la temperie politico-culturale è quella dell'avvento di Reagan alla Casa Bianca, e di una Corte Suprema e di un NLRB a maggioranza repubblicana, in un contesto economico di riferimento di crisi dell'industria americana, in cui il sindacato è costretto a misurarsi coi processi di rilocalizzazione e chiusura di varie imprese.

[597] Cfr. X. Blanc-Jouvan, *La négociation collective d'entreprise,* cit., p. 641.
[598] Cfr. 379 U.S. 203 (1964).

Il *leading case* è *First National Maintenance Corp. v Nlrb*[599]in cui la *First National Maintenance*, ditta di servizi di manutenzione e pulizia, licenziava 35 dei propri dipendenti a seguito del dimezzamento dei compensi che riceveva dalla casa di cura *Green Park Care Center* , dove i predetti lavoratori eseguivano i servizi di riparazione.

La Corte Suprema, nel ribaltare la decisione sia del Board che della corte federale, ritenne che il recesso datoriale collettivo rientrava nel novero dei *permissive subject* e pertanto non violava la *section 8(a)(5)*: infatti l'espressione "*other terms and conditions of employment"*- pur essendo vaga- non implicava che "*il sindacato eletto sarebbe divenuto un partner di pari livello nell'esercizio dell'impresa*"; inoltre, sempre secondo la Corte, vero è che la decisione del datore di lavoro aveva delle ripercussioni sull'occupazione, ma era dettata da ragioni di tipo affaristico, e segnatamente dalla permanenza sul mercato, che in nessun caso erano riconducibili alle condizioni di lavoro o a un intento *antiunion*[600].

La Corte in conclusione offrì a futura memoria il c.d. *balancing test*, formula oscura[601] da adoperare in caso di conflitto tra la tutela dell'occupazione e la libertà di iniziativa economica privata attuata tramite licenziamenti: "*La contrattazione collettiva sulle decisioni della direzione aziendale circa il mantenimento dei posti di lavoro dovrebbe essere obbligatoria solo se i vantaggi, per la dialettica sindacato-dirigenza e le dinamiche della contrattazione collettiva, sono maggiori rispetto all'andamento degli affari"*[602].

Il *balancing test* nel prosieguo degli anni è stato applicato esclusivamente in favore dell'imprenditore, dispensanto dunque da qualsiasi obbligo informativo e di trattativa in caso di processi di ristrutturazione aziendale: in *Furniture Rentors of America, Inc. v. NLRB*[603] il datore di lavoro- impresa di affitto e di trasporto

[599] 452 U.S. 666, 101 S. Ct. 2573, 69 L. Ed. 2d 318 (1981).

[600] Secondo la Corte Suprema le decisioni di tipo affaristico sono escluse dall'ambito contrattual-collettivo in quanto "*they have only an indirect and attenuated impact on the employment relationship"*, in relazione al comportamento antisindacale del datore di lavoro, questo andrà provato dal sindacato: "*If the partial closure is motivated by anti-union animus, and the union can prove as much, the Board will find an unfair labor practice*".

[601] Cfr. R. Gorman, M. W. Finkin, *Basic text on labor law,* cit., p. 688.

[602] I giudici Brennan e Marshall, nella *dissenting opinion* sottolinearono come il *balancing test* non era in grado di tutelare adeguatamente gli interessi dei lavoratori, vistane soprattutto l'astrattezza; in relazione al caso di specie i due giudici ritenevano che il ricorso alla contrattazione collettiva "poteva essere in grado di offrire concessioni, informazioni ed alternative che avrebbero potuto ovviare o prevenire la chiusura".

[603] 36 f.3d 1240 (3d Cir. 1994).

mobili- licenziava i dipendenti addetti alla consegna per avvalersi di una ditta esterna, sulla scorta di ragioni di tipo economico e comportamentali: i lavoratori erano poco produttivi (cinque consegne giornaliere al posto delle cinque attese), si erano resi colpevoli di furti di beni del patrimonio aziendale, e i loro comportamenti avevano causato varie doglianze della clientela e conseguente perdita di quote di mercato.

La corte federale nel caso di specie riteneva pienamente legittima la mancata consultazione del sindacato da parte del datore di lavoro prima di intimare i licenziamenti, posto che quelli che a suo dire erano comportamenti del lavoratore ("*employee work habit and conduct")* solo attraverso una forzatura interpretativa potevano rientrare nella categoria costo del lavoro ("*wages"*).

Il picco della tendenza giurisprudenziale a considerare come *non bargainable* le decisioni economiche della compagine imprenditoriale si è registrato con *Textile Workers Union v. Darlington Mfg Co.*[604], in cui la Corte Suprema ha statuito che un imprenditore non è in alcun modo obbligato a confrontarsi col sindacato in ordine alla decisione di cessare totalmente la propria attività.

3.In tempi recenti, il *NLRB* si è distinto per un'intepretazione estensiva della frase "*other terms and conditions of employment*", soprattutto in materia di assistenza sanitaria: in *Virginia Mason Hospital*[605] è stato ritenuto che il datore di lavoro, una società operante nella sanità privata, viola il *duty to bargain* nel momento in cui istituisce unilateralmente una campagna di prevenzione dell'influenza tra i propri dipendenti, tenuto conto che le misure di profilassi rientrano tra le condizioni di lavoro in quanto "*core purpose"* di una struttura sanitaria.

Stando così le cose, il contratto collettivo aziendale ha la facoltà di disciplinare la stragrande maggioranza degli istituti del rapporto individuale di lavoro, poiché la legislazione federale sul punto è molto limitata, ed interviene in via suppletiva solo

[604] Cfr. 380 U.S., 1965.
[605] Cfr. NLRB n. 176 (2010).

in assenza di disciplina da parte del contratto collettivo, fissando dei minimi inderogabili[606].

6.2.Voluntary or permissive subjects.

A contrario, nel novero dei soggetti facoltativi di contrattazione collettiva rientrano tutte quelle materie non considerate come obbligatorie, cioè non ricomprese nel sintagma "*wages, hours and other conditions of employment*": in tal caso il rifiuto della controparte di sedersi al tavolo delle trattative non configura una violazione del *duty to bargain in good faith*.

Esempi di ambiti facoltativi di contrattazione collettiva sono le clausole arbitrali, oppure le richieste di modificazione della *bargaining unit* ai fini del riconoscimento o della certificazione; ed ancora la scelta delle parti dell'accordo collettivo (es., il passaggio da un contratto aziendale, *company plant agreement* ad uno di categoria, o *multi-employer bargainig unit*), la creazione di fondi di investimento, l'applicazione del contratto collettivo ai quadri o impiegati esercenti funzioni direttive (c.d. *supervisor*), la trascrizione del processo verbale di contrattazione[607], ed anche del procedimento arbitrale[608].

In relazione ai *representation issues*, è stato ritenuto che il riconoscimento del sindacato quale esclusivo agente contrattuale tramite *card-check* rientri sempre nel novero dei *permissive subject*, posto che fa parte di quelle modalità e condizioni di lavoro che "*vitally affects"* l'unità contrattuale di riferimento[609].

6.3.Illegal subjects.

Casi paradigmatici delle poche materie non negoziabili in quanto illegali, perchè proibite dalle leggi federali o contrarie all'ordine pubblico (la cui nozione è comunque più ristretta che in ambito europeo)[610], sono le clausole di *"closed*

[606] Al riguardo, come detto in precedenza le leggi federali più significative sono: il *Fair Labor Standards Act* in materia di retribuzione minima, pagamento del lavoro straordinario e lavoro minorile; l'*Employment Retirement Income and Security Act* in materia di pensioni e misure assistenziali; il *Family and Medical Leave Act*; l'*Occupational Safety and Health Act* in materia di regolamentazione della salute sul luogo di lavoro; inoltre, molti Stati della federazione hanno adottato leggi che fissano un salario minimo ed in generale condizioni di lavoro più favorevoli rispetto a quelle previste dalla legge federale. Cfr. R. Blanpain, *The United States,* cit., pp. 167-168.

[607] Cfr. M W. Finkin, *United States,* cit., p. 33c-51.

[608] Cfr. *Pennysilvania Tel. Guild,* 277 N.L.R.B. (1985), *enf'd,* 799 F.2d 84 (3d Cir. 1986); in senso conforme cfr. *Hutchinson Fruit Co.,* 277 N.L.R.B. 497 (1985).

[609] Cfr. *Pall. Corp. v. N.l.r.b.,* 275 F. 3d 116 (D.C. Cir. 2002), che ribalta la decisione resa dal N.L.R.B 1674 (2000).

[610] Cfr. J. R. Grodin, *Etats Unis,* cit., p. 338.

shop"[611] (o altre pattuizioni che comunque vogliano illegittimamente attribuire una posizione di preferenza ad un determinato sindacato) e quelle di "*hot cargo"*: queste ultime, che ricorrono quando un imprenditore si impegna a non commerciare con altre aziende in cui il sindacato sta cercando di introdursi, o a entrare in affari solo con imprese sindacalizzate, sono espressamente proibite dalla *section 8(e).*

Al riguardo viene applicato tanto dal Board quanto dalle corti un test, secondo cui il criterio discretivo per stabilire se si tratti di una clausola di *hot cargo* o meno è verificare se la pattuizione voglia giovare in generale a tutti gli iscritti al sindacato (e dunque illegale), oppure solo ai membri del sindacato della *bargaining unit* di riferimento (e quindi lecita)[612].

Le predette pattuizioni, in quanto illegali, non godono di esecutività neppure se ambedue le parti concordano per la loro inclusione nel testo dell'accordo[613].

7.Fiat-Chrysler: un'unica azienda globale e due diritti sindacali?

1.Il migliore esempio per illustrare la peculiarità della contrattazione collettiva statunitense e le influenze in senso decentralizzante sulle dinamiche europee delle relazioni industriali, e segnatamente in Italia, è una breve disamina degli ultimi accordi siglati nel gruppo Chrsyler, e la loro comparazione con quelli Fiat.

La scelta non è casuale, tenuto conto della circostanza che proprio Fiat, primo gruppo industriale italiano e tra le prime sei multinazionali nel mercato automobilistico globale[614], ne è l'azionista di maggioranza dopo avere rilevato l'azienda di Detroit nel 2009- già decotta- grazie ad un prestito del governo federale di Washington; l'epilogo della vicenda si è registrato nel gennaio 2014

[611] Le clausole di *closed shop* sono quelle pattuizioni collettive che obbligano l'imprenditore ad assumere solo lavoratori iscritti al sindacato: cfr. G. Giugni, *Diritto sindacale,* cit., p. 36.

[612] Secondo la casistica del *NLRB* vi sono talune clausole che sono lecite, per quanto *prima facie* considerabili come *hot cargo*, come ad esempio quelle che sanciscono *tout court* un divieto di ricorso alla subfornitura, o il ricorso alla stessa solo nei confronti dei datori di lavoro che corrispondono retribuzioni e benefit negoziati col sindacato, o le clausole di "*work allocation"*, con cui si prevede un divieto di ricorso alla manodopera esterna per riconquistare lavoro prima svolto da impiegati della *unit:* cfr. M. W. Finkin, *The United States,* cit., p. 33c-71.

[613] Cfr. M. W. Finkin, *United States,* cit., p. 33c-52. Sull'obbligo di registrazione del processo verbale di contrattazione cfr. *Bartlett-Collins Co.,* 237 N.L.RB. 770 (1978), *enf'd, 639 F.2d 652 (10th Cir).*

[614] Nel 2010, con 3.671.000 auto prodotte il gruppo Fiat-Chsyler è risultato il sesto gruppo automobilistico mondiale dopo Toyota, General Motors, Volkswagen, Ford e Nissan: cfr. P. Griseri, *Detroit Italia l'altra faccia dell'America,* in *La Repubblica,* 22 luglio 2011.

con la nascita di "*Fiat Chrysler Automobiles"* (FCA), nuova compagine societaria nata dalla fusione tra la casa torinese e quella di Detroit, come da decisione dei rispettivi *board*[615].

Il contesto di riferimento è quello della crisi su scala globale dell'industria automobilistica, in cui per affrontare il rischio di fallimenti ed innumerevoli perdite di posti di lavoro si procede alla fusione tra varie società o a delle *partnership*: la migliore dimostrazione- per limitarci alla presente trattazione- è che Sergio Marchionne sia tanto amministratore delegato della Fiat quanto *chief executive officer* della Chrysler.

7.1.Il versante americano.

Il "salvataggio" dell'azienda di Detroit è avvenuto attraverso un ruolo attivo tanto dei pubblici poteri quanto del sindacato, in una logica del tutto differente rispetto a quella europea: infatti nel vecchio continente si assiste sia ad una chiusura costante di stabilimenti automobilistici in assenza di una politica economica industriale nazionale ed europea(si pensi alle fabbriche francesi di Aulnay-sous bois e Vilvorde e a quella italiana di Termini Imerese) quanto a divisioni tra le forze sindacali (Pomigliano d'Arco *docet*).

Innanzi tutto, il 29 aprile del 2009[616] veniva stipulato un accordo commerciale tra Chrysler, Fiat e Uaw, con l'ausilio del dicastero federale competente, il *U.S Department of Treasury* conformemente alla legislazione federale in materia di bancarotta e fallimento[617]: una volta dichiarata decotta la vecchia Chrysler[618] veniva creata una nuova società (*new co.*), in cui il fondo di previdenza ed

[615] La sede legale del gruppo sarà in Olanda, la residenza ai fini fiscali nel Regno Unito, e la quotazione a New York e a Milano dovrebbe avvenire entro fine anno: cfr. P. Griseri, *Fiat Chrysler Automobiles: sede in Olanda, fisco inglese e quotazione a New York*, in www.repubblica.it .

[616] Sulla genesi della "nuova" Chrysler dopo il crack del 2008 cfr. M. Faioli, *Detroit non è Pomiglliano. Il diritto sindacale nordamericano e il caso Chrysler-Fiat,* in *RDL*, 3/2010, pp. 387-421; J. Jacobson, *The Chrysler bankruptcy and reorganization with Fiat: a United States, rules-based regulation should control future labor disputes between the U.S. labor divisions,* in *Wisconsin International Law Journal,* 8.1.11, pp. 521-546; G. Berta, *Fiat Chrysler e la deriva dell'Italia industriale,* Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 44-48.

[617] La legislazione federale in materia di bancarotta è costituita dal *Bankruptcy Act* del 1898 e dal *Baktrupcy Reform Act* del 1978, che insieme costituiscono il *Banktrupcy Code*: ai sensi del titolo 11 dello stesso è possibile che un'azienda dichiarata fallita possa continuare a funzionare, qualora ci siano concrete possibilità di continuazione dell'operato nel mercato per soddisfare i propri creditori e migliorare le sorti dell'economia nel suo complesso.

[618] I vecchi azionisti Chrysler, *Cerberus Capital Mangement L.p.* per l'80%, e *Daimler Ag* per il restante 20%, si trovavano di fronte ad una ingente situazione debitoria, tanto che la società venne sottoposta a procedura di insolvenza.

assistenza privata gestito dal sindacato Uaw (*Veba)* controllava il 55% del capitale sociale, col potere però di designare soltanto uno dei nove membri del consiglio di amministrazione; il *Veba (Voluntary Employees Beneficiary Association*) è un fondo di previdenza ed assistenza privata che eroga delle prestazioni di tipo sanitario (c.d. *benefit*) soprattutto in caso di malattia ed incidenti sul lavoro sia ai lavoratori sia ai pensionati, ed inoltre alle persone dei loro nuclei familiari o dagli stessi designati[619].

Gli altri azionisti della *new-co* erano: Fiat, col 20% del capitale sociale, che si impegnava ad investire in tecnologie e a garantire una rete di vendita dei prodotti Chrysler in tutta Europa[620], col diritto di nominare tre amministratori; il Dipartimento del Tesoro con la facoltà di designare tre amministratori; ed infine i governi di Canada ed Ontario col 2% del capitale sociale col diritto di nominare un solo amministratore.

Il processo di salvataggio di Chrysler era dunque reso possibile non soltanto grazie ad una politica concertativa, ma anche tramite un massiccio intervento publico nell'economia, poiché il Tesoro erogava un finanziamento pubblico di ben 4 miliardi di dollari a titolo di prestito affinchè Fiat potesse rilevare la Chrysler.

L'intervento governativo è stato senza precedenti nella storia economica americana, poiché in passato le uniche misure di sostegno all'industria automobilistica erano state di tipo indiretto, attraverso detassazioni e forme di sussidio alla disoccupazione[621]; nell'accordo si prevedeva altresì che Fiat non

[619] Nell'esperienza giuridica europea un omologo del Veba potrebbe essere rinvenuto nelle società di mutuo soccorso sorte nella seconda metà del diciannovesimo secolo per erogare prestazioni previdenziali ad i lavoratori iscritti e ai loro familiari. In ogni caso il fondo Veba altro non è che un sistema di previdenza complementare, disciplinato dall'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974: sulla previdenza complementare negli Usa cfr. G. Mautone, *Appunti in tema di previdenza complementare negli Stati Uniti,* in *DRI*, 4/2000, pp. 467-483; F. M. Putaturo Donati, *Il sistema statunitense privato di assicurazione previdenziale,* in *DRI*, 4/2000, pp. 485-499.

[620] In *ustreas.gov* si può leggere che "*After extensive consultation with financial and industry experts, the Administration has reluctantly concluded that Chrysler is not viable as a stand-alone company. However, Chrysler has reached an understanding with Fiat that could be the basis of a path to viability. Fiat is prepared to transfer valuable technology to Chrysler and, after extensive consultation with the Administration, has committed to building new fuel efficient cars and engines in U.S. factories".*

[621] Cfr. J. Jacobson, *The Chrysler bankruptcy and reorganization with Fiat: a United States, rules-based regulation should control future labor disputes between the U.S. labor divisions,* cit., p. 526: l'unica eccezione si registrò nel 1980 sotto l'amminstrazione Carter per salvare sempre la Chrysler dal fallimento; A. Lettieri, *Fiat nella Spoon River dell'indistria italiana,* in *www.eguaglianzaeliberta.it*, 4 gennaio 2014.

sarebbe potuta divenire azionista di maggioranza della *New Chrysler* se prima non avesse restituito integralmente il prestito ottenuto.

La logica cooperativa del sindacato è ben evidente nel caso di specie: Veba era infatti creditore, ancorchè non chirografario, della Chrysler, e tramite l'accordo del 2009 accettava la conversione dei propri crediti verso l'azienda in azioni (*swap*), per facilitare la politica di investimento che altrimenti sarebbe stata preclusa, soprattutto nel settore delle tecnologie *green*.

Inoltre, implicitamente il fondo del sindacato rinunciava anche ad un certo potere decisionale nel controllo dell'azienda, nella misura in cui aveva diritto alla nomina di un solo consigliere di amministrazione, nei fatti un uomo molto vicino all'*establishment*: nel 2009 i *trustee* del Veba designavano James Blanchard, già membro del Congresso, governatore del Michigan ed ambasciatore in Canada.

L'epilogo della vicenda si è verificato il 1^0 gennaio 2013: la Fiat è infatti divenuta unico azionista di Chrysler acquisendo il restante 41% delle quote, detenute dal fondo Veba, pagando 3,6 miliardi di dollari, di cui 1,75 in contanti e 1,9 sotto forma di dividendo straordinario da parte di Chrysler, posto che l'azienda torinese ha rinunciato agli 1,1 miliardi di dividendo mentre i restanti 800 spettano a Veba in quanto secondo socio della casa di Detroit[622].

2.In merito ai contenuti e agli effetti dell'accordo, va rammentato che questo- essendo stato sottoscritto dalla Uaw, *exclusive workers representative agent* ai sensi della *section 9* del *Wagner Act,* vincola tanto i lavoratori quanto i pensionati Chrysler: a far data dal 2007 i dipendenti in servizio sono stati soggetti ad una ingente decurtazione della busta paga ed al rispetto di più stringenti clausole di tregua sindacale; in materia di rapporto individuale di lavoro, l'accordo del 2009 confermava la previsione di quello del 2007 che riduceva del 50% la retribuzione minima dei neo-assunti (da 28 a 14 dollari l'ora), riconosceva le maggiorazioni per lo straordinario solo dopo la quarantesima ora, la rinuncia per il 2010 ed il 2011

[622] Cfr. P. Griseri, *Fiat, raggiunto l'accordo con Veba: gli Agnelli proprietari di tutta la Chrysler,* in www.repubblica.it, 1 gennaio 2014; B. Snavely, *Fiat reaches §4.35-billion deal to acquire remaining Chrysler shares,* in *www.freep.com,* january 1, 2014. E' importante sottolineare come Fiat abbia acquisito l'intero pacchetto azionario della terza casa automobilistica americana per quasi quattro miliardi di dollari, appena il 10% di quanto sborsato dai tedeschi della Daimler nel 1998.

alla festività successiva al giorno di Pasqua, la riduzione dei minuti di pausa da 46 a 40, la sospensione per il biennio 2009-2010 del pagamento dei premi di produzione e di quelli natalizi, ed infine il ricorso a quindici giorni di ferie nei casi di periodi di chiusura decisi dall'azienda, e la riduzione del numero dei rappresentanti designati dai lavoratori.

In relazione al trattamento pensionistico veniva prevista una diminuzione del montante contributivo, ed una aleatorietà del *quantum* delle prestazioni, poichè subordinata alla stabilità finanziaria della Chrysler sui mercati: infatti il *Veba* era sino a dicembre 2013 azionista della Chrysler, e qualora le azioni avessero subito un deprezzamento in borsa, le prestazioni previdenziali avrebbero potuto o non essere erogate, oppure essere notevolmente ridotte.

Sul punto è stato sottolineato che attraverso la sottoscrizione degli accordi del 2009- e soprattutto con le clausole di decurtazione dei salari e di riduzione drastica delle coperture assicurative e pensionistiche per una quota maggioritaria della nuova Chrysler- il sindacato Uaw abbia sancito la fine di una storia di almeno un settantennio inaugurata all'indomani del *New Deal*: la Uaw, il più potente sindacato americano, avrebbe inaugurato una nuova stagione sindacale non più imperniata sul conflitto e sul miglioramento costante delle condizioni contrattuali, diametralmente opposta ai tempi in cui era presieduta da Walther Reuther (1947-1970)[623].

Al contrario, oggi il sindacato si farebbe portatore di una nuova cultura "partecipativa" delle relazioni industriali inaugurata dal nuovo segretario Bob King nell'estate del 2010 nel suo celebre discorso di insediamento, in cui affermava che: "*La Uaw del ventesimo secolo aveva sviluppato una modalità di rapporto col datore di lavoro in base alla quale le parti si consideravano come avversarie piuttosto che come*

[623] Cfr. G. Berta, *Fiat Chrysler e la deriva dell'Italia industriale,* cit., p. 67; M. Parker, *Industrial relations myth and shop fllor reality,* cit., p. 252, che ricorda il ruolo attivo della Uaw nelle proteste contro la guerra in Vietnam, e gli scioperi di massa presso gli stabilimenti Gm a Lordstown in Ohio nei primi anni '70, e le celebri denunce di Walter Reuther nel 1964 di contratti capestro spesso siglati nell'industria automobilistica; J. B. Atleson, *Values and assumptions in American Labor Law,* cit., p. 148. In senso contrario cfr. J. G. Getman, *Restoring the power of unions,* cit., p. 21, secondo cui tra gli anni '60 e '70 il sindacato perde l'*appeal* di cui aveva goduto dagli anni '30 a livello mediatico per la crescente attenzione al movimento dei diritti civili e soprattutto per l'appoggio del sindacato all'intervento militare in Vietnam, dietro la promessa dell'amministrazione Johson di costruire un movimento democratico nel paese asiatico.

partner (…)La Uaw del ventunesimo secolo accoglie un partenariato aperto, collaborativo e creativo, volto alla soluzione di problemi, partenariato che abbiamo contribuito a costruire insieme a Chrysler, Gm e Ford"; King arrivava persino ad affermare che la Uaw "*non considera più le direzioni delle imprese quali propri avversari e nemici, quanto piuttosto come partner nell'innovazione e nella qualità. Questo nostro nuovo rapporto col datore di lavoro si costruisce sulle fondamenta del rispetto, degli obiettivi condivisi e di una missione in comune"*[624].

Il discorso di King va letto come l'abbandono definitivo del c.d. "ordine di Detroit", inaugurato coi contratti collettivi alla Ford (1941)ed alla General Motors (1937), che aveva portato alla creazione nel 1950 della *Jobs Bank*, che garantiva al prestatore di lavoro sino al 95% del salario in caso di sospensione dell'attività produttiva, sorta di cassa integrazione guadagni, però tramite contratto collettivo aziendale e non legge; del *Sub-pay* o *Supplemental Employment Benefit*, che erogava l'85% della retribuzione in caso di perdita del lavoro; e della clausola pensionistica detta *Thirty and Out*, in virtù della quale i fondi pensione assicuravano il trattamento previdenziale dopo trenta anni di servizio[625].

I prodromi di questo cambiamento epocale nella strategia del sindacato nei settori *union* si erano registrati verso metà degli anni ottanta, quando l'industria automobilistica statunitense conobbe la prima grande crisi, e si stipularono alcuni contratti aziendali improntati ad una filosofia cooperativa, per quanto a livello embrionale di singoli stabilimenti di una determinata società: il primo fu senza dubbio il *Saturn Agreement* del 28 giugno 1985 tra *Uaw* e General Motors, in cui le parti – per fronteggiare la concorrenza giapponese nel settore delle *small car*- crearono lo stabilimento di *Spring Hill*, all'insegna di una totale autogestione dei gruppi di lavoro (parr. 10, 17, 26,27), una cogestione paritetica delle assunzioni, una flessibilità molto spinta nell'organizzazione del lavoro (par. 23), e di un marcato collegamento tra flessibilità ed organizzazione del lavoro (par. 22

[624] Cfr. B. King, *Auto Usa, il sindacato Uaw del ventunesimo secolo,* in *www.conquistesul lavoro.it/cdl/it/Archivio_notizie/2010/Settembre/info/*458028602 .

[625] Cfr. G. Berta, *I nuovi criteri dell'azione sindacale secondo la Uaw,* in *DLRI,* 1/2011, p. 97; Id., *Fiat Chrysler e la deriva dell'Italia industriale,* cit., pp. 73 e 74.

accordo[626]): il quadro delineato andava ben al di là del *concession bargaining,* essendo l'espressione di una nuova cultura delle relazioni industriali improntata alla compartecipazione, che nella prassi si sviluppavava con la creazione di *joint committee* (sorta di organismi paritetici) tra sindacato e direzione aziendale per definire anche attivamente le scelte strategiche delle imprese[627].

Il mutamento di strategia è stato dovuto essenzialmente a due fattori, ovvero la progressiva crisi dell'industria automobilistica, e la crescente desindacalizzazione delle grandi aziende: è stato stimato che oramai soltanto il 7% della forza lavoro privata statunitense sia iscritta ad un sindacato, a testimonianza forse del superamento del modello di relazioni collettive configurato dal *Wagner Act*[628]; la stessa UAW, che nel 1970 contava ben un milione e mezzo di iscritti, adesso ne ha all'incirca soltanto mezzo milione: nell'ultimo trentennio il sistema nord-americano di relazioni industriali ha registrato una graduale evoluzione dalla dimensione *union* a quella *non union*, all'insegna di un sempre più crescente ridimensionamento dei diritti sindacali[629].

Direttamente proporzionale alla desindacalizzazione del lavoro privato è stato il proliferare di industrie automobilistiche nel Sud del paese, aree conservatrici restie alla tutela collettiva dei lavoratori rispetto ai ben più *liberal* Michigan, Illinois e Wisconsin, con una duplice "aggravante": l'avere a volte la sede legale in Europa

---

[626] In materia retributiva, viene dato largo spazio alla retribuzione variabile o di produttività: a seguito di un periodo di avvio di massimo un anno in cui la retribuzione sarà commisurata a quella media dei lavoratori di analogo livello professionale del gruppo General Motors, è previsto che a regime la retribuzione base oraria sia pari all'80% delle retribuzioni medie nel settore dell'auto, e che alla stessa si accompagnino premi collettivi e individuali in relazione a fattori quali: il conseguimento degli obiettivi predeterminati a livello di impresa; il raggiungimento di livelli predeterminati di produttività dello stabilimento; una modalità di partecipazione agli utili in eccedenza un dato livello di remunerazione minima del capitale; ed un premio di qualità basato su di una formula specifica. Infine, il par. 22, per sottolineare il carattere variabile della retribuzione, si concludeva con la pattuizione: "*Detto sistema di premi sarà elaborato in modo che, al raggiungimento di determinati obiettivi realistici, corrisponda una retribuzione equivalente a quella conseguita da un dipendente della General Motors di pari livello professionale. Al rendimento superiore o inferiore rispetto a detti obiettivi corrisponderanno invece retribuzioni rispettivamente superiori o inferiori*".

[627] Sul *Saturn Agreement* cfr. L. Mariucci, *Le relazioni industriali negli Usa,* cit., pp. 89 e 89; P. Ichino, *A cosa serve il sindacato?,* Mondadori, 2005, pp. 89-102. In generale, sulla nuova cultura partecipativa nelle relazioni industriali nell'industria automobilistica Usa, cfr. M. Parker, *Industrial relations myth and shop-floor reality: the "team concept" in the auto industry,* in *Industrial democracy in America,* cit., pp. 249-274.

[628] Cfr. J. Cutcher-Gershenfeld, *Prospettive della contrattazione collettiva statunitense,* in *LD,* 2/2010, pp. 298 e 299; T. Kohler, *The American Situation and Its Significance in Comparative Perspective,* cit., p. 121; A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, cit., p. 199; R. Milkman, *Back to the future?Us Labour in the New Gilded Age,* in *BJIR,* 7/2013, p. 648, che evidenzia come si sia passati da un tasso di sindacalizzazione nel lavoro privato del 24,2% del 1973 ad uno attuale del 6,6%. Per informazioni più aggiornate sul tasso di sindacalizzazione cfr. il sito del *Bureau of Labor Statistics,* www.bls.gov/cps/.

[629] Cfr. S. Negrelli, *Le relazioni industriali da Ford a Marchionne,* cit., pp. 537 e 538.

o in Giappone, e lo sviluppo di pratiche atte a scoraggiare l'ingresso del sindacato in frabbrica, il c.d. *union busting*[630], in cambio di investimenti produttivi[631]: una tale situazione è senza dubbio uno svantaggio mediatico alla crescita del movimento sindacale, poiché nuovi posti di lavoro ed investimenti produttivi vengono assicurati anche in assenza delle organizzazioni dei lavoratori in fabbrica.

Inoltre, sin dagli anni ottanta, e soprattutto in ragione della pressione competitiva delle industrie automobilistiche asiatiche, le industrie di auto statunitensi hanno calato di gran lunga il loro livello di produzione: nel triennio 2002-2004, ancor prima della crisi dell'autunno del 2008, l'industria automobilistica perse ben 2,7 milioni di posti di lavoro, e nel settembre 2001 le "*Big Three"* diminuivano del 3,3% il fatturato rispetto all'anno precedente, con un livello complessivo inferiore al 60% delle vendite totali[632]; nel 2008, a titolo meramente esemplificativo, la Chrysler registrava perdite per complessivi otto miliardi di dollari, e la Ford per quindici miliardi di dollari[633]; sui lavoratori le ripercussioni sono state notevoli: nel solo 2009 in Usa nel settore dell'auto si perdettero ben 200 mila posti di lavoro, e gli operai registravano una decurtazione annua del reddito ricompresa tra i 7mila ed i 30mila dollari l'anno[634].

In ultima analisi, il sindacato si è trovato di fronte ad un mondo del lavoro di gran lunga diverso dal modello Detroit del 1950, ed ha elaborato una strategia finalizzata alla sopravvivenza dell'industria automobilistica e di sé stesso nelle fabbriche: il ricorso ai fondi Veba ed in genere alle forme di *shareholder activism by labor unions*, quale proiezione materiale del discorso di King del 2010, è stato finalizzato non tanto ad ottenere una migliore retribuzione o protezioni di vario

---

[630] Il *union busting* è una pratica diffusa sin dagli anni settanta negli Usa, secondo cui le imprese si avvalgono di consulenti che predispongono un piano volto a vanificare il procedimento elettorale di cui al Nlra: cfr. A. Mecozzi, *L' "union busting" della Fiat in Italia: importare il peggio del sistema di relazioni industriali degli Stati Uniti,* in *www.micromega.it*, 11 gennaio 2011.

[631] Si pensi allo stabilimento Volkswagen a Chattanooga nel Tennessee, dove si produce la nuova Passat, con 1500 addetti a seguito dell'investimento di ben un miliardo di dollari; in generale, le case automobilistiche straniere operanti negli Usa, quali Nissan, Bmw, Mercedes, Hyundai, Subaru, Kia e Honda, hanno degli stabilimenti (i c.d. *transplant*)totalmente non sindacalizzati: cfr. J. Grossfeld, *Un nuovo patto sindacale,* in *EL*, anno XVLI, pp. 161 e 162.

[632] Cfr. G. Pellicano, *Le aziende automobilistiche americane e il sindacato: una partnership alla prova della sfida competitiva,* in *DRI*, 1/2004, p. 125.

[633] Cfr. J. Jacobson, *The Chrysler bankruptcy and reorganization with Fiat: a United States, rules-based regulation should control future labor disputes between the U.S. labor divisions* cit, p. 526.

[634] Cfr. G. Berta, *I nuovi criteri dell'azione sindacale secondo la Uaw,* cit., p. 99.

genere; piuttosto, il sindacato ha agito accettando la situazione così come si presentava, per non perdere credibilità nel contesto che ne ha visto la nascita (Detroit) e la chiusura dei battenti dell'industria pesante: la forma partecipativa o cooperativa attraverso i rappresentanti nei consigli di ammnistrazione è del tutto transitoria, per scongiurare soprattutto il fallimento delle aziende e preservare posti di lavoro e trattamenti pensionistici, in un'insolita ipotesi di cogestione estranea all'originaria ideologia del sindacalismo americano; quest'ultimo per quanto non classista mirava pur sempre ad un costante miglioramento del trattamento economico e normativo dei lavoratori rappresentati[635].

***

In relazione al governo delle relazioni industriali e alla disciplina del rapporto di lavoro, nel settembre 2011 vennero sottoscritti i nuovi accordi del gruppo Chrysler, in vigore sino al settembre 2015[636]: poiché, come segnalato in precedenza negli Usa è assente un contratto di livello nazionale per tutti gli appartenenti alla categoria di riferimento (*industry-wide agreement, accord de branche, convenio de sector,* contratto collettivo nazionale di categoria), le parti, ovvero Chrysler Group e la Uaw, hanno stipulato un contratto da applicare a tutti gli stabilimenti del gruppo, che vengono minuziosamente indicati in apertura (*index of units*).

Il contratto è pur sempre di livello aziendale, in quanto è efficace solo ed esclusivamente nei confronti dei dipendenti del gruppo: corrisponde –*mutatis mutandis*- all'accordo di primo livello stipulato da Fiat nel dicembre 2010 per tutti i lavoratori degli stabilimenti italiani, dopo l'uscita da Confindustria e la conseguente non applicazione del ccnl metalmeccanici.

L'accordo, vista anche la scarsa legislazione federale in ambito lavoristico, disciplina compiutamente il rapporto di lavoro, e consta di tre grandi sezioni: la

[635] Cfr. M. Faioli, *Detroit non è Pomigliano,* cit., p. 419; G. Berta, *Fiat Chrysler e la deriva dell'Italia industriale,*cit., p. 82; J. Grossfeld, *Un nuovo patto sindacale,* cit., p. 163,secondo cui dietro il discorso di King si celerebbe la volontà di trapiantare un modello di cogestione di tipo tedesco. In senso contrario cfr. G. Pellicano, *Le aziende automobilistiche americane*…,cit., p. 128, secondo cui la strategia non conflittuale sarebbe propria della cultura di relazioni industriali Usa, in quanto già introdotta nel 1984 col c.d. metodo Saturno, pratiche di cogestione riguardanti l'intero processo produttivo, dalla progettazione sino alla vendita.

[636] Il testo dell'accordo è reperibile in www.uaw.org.

prima dedicata ai profili retributivo, produttivo e della sicurezza e salute sul lavoro (*salary*), la seconda in materia di previdenza complementare (*pensions*) ed il terzo relativo a produzione continua, manutenzione e divisione del lavoro (*hourly production, maintenance and parts workers).*

Dal punto di vista dei soggetti negoziali, l'accordo è stato sottoscritto solo ed esclusivamente dalla UAW conformemente alla Section 9 del Wagner Act, che attribuisce la qualifica di *exclusive representation agent* di tutti i lavoratori al sindacato che abbia ottenuto la maggioranza dei consensi dei prestatori in seno alla *bargaining unit*.

Per di più, per il futuro la Chrysler prevede il ricorso al sistema del *card-check* qualora il personale dovesse sollecitare nuove consultazioni per designare l'unico sindacato rappresentativo, onde facilitare l'*iter* procedurale e considerato soprattutto il rapporto cooperativo instaurato con la controparte: al riguardo viene prevista la *neutrality* di Chrysler Group ll. c. qualora venga effettuata una campagna di sindacalizzazione nell'impresa; inoltre, il riconoscimento tramite *card-check* verrà *conducted by a third party*, quale vero e proprio impegno unilaterale dell'azienda inserito nell'accordo collettivo[637].

L'approccio cooperativo è ben visibile: l'azienda si impegna a dare accesso a rappresentanti sindacali in locali esterni all'azienda durante un periodo non lavorativo, ed a fornire al sindacato- previa richiesta- di una lista di "*such employees, their home ardesse and job classifications"*[638].

7.2.La regolamentazione a Torino: l'altro versante della *joint venture.*

Non è casuale che il gruppo industriale torinese si sia preoccupato di disciplinare *ex novo* la contrattualistica e le relazioni sindacali dopo la progressiva acquisizione di Chrysler iniziata nel 2009: trattandosi oramai di una multinazionale dell'auto, la

[637] Cfr. p. 145 dell'accordo in materia di *salary*.

[638] Al riguardo l'accordo contempla un fac-simile di lettera che ogni *plant manager* dovrà inviare ai lavoratori dello stabilimento cui è addetto, in cui si afferma che "*(Company) recognized that employees have the right to support union representation. The Company full respect this right. We also recognize that it is in our mutual interest for (Company) to respect a decision by our employees who wish to seek union representation. For these reasons, we have agreed that, if a majority of our employees sign authorization cards indicating a desire for union representation, as determined by a neutral third party, we will immediately recognize the union choosen by our employees. We will also immediately undertake efforts to build a constructive relationship with that representative. I can assure you that there will be no negative consequences for employees who exercise their rights to support union representation".*

Fiat si prefigge di adottare in modo tendenziale lo stesso approccio nel governo delle proprie fabbriche, indipendentemente dalla sponda dell'atlantico in cui queste siano ubicate.

Il criterio prescelto è stato tuttavia quello di tipo nord-americano, di stampo marcatamente aziendalista e produttivista, e non quello garantista di matrice europea: la predetta considerazione- che sembrerebbe a primo acchito di tipo ideologico-politico - è evidente se si ha riguardo a quattro profili: l'approccio prescelto nella dialettica aziendale col sindacato, la struttura contrattuale, i modi di produzione, e la disciplina dell'applicazione del contratto e le modalità di soluzione di eventuali disaccordi tra le parti.

1.L'ideologia di fondo è l'approccio di tipo cooperativo speculare agli accordi di Detroit, come esplicitato nella premessa al "*contratto collettivo di lavoro specifico di primo livello"* del 29 dicembre 2010[639], in cui le parti "*si riconoscono interlocutori stabili in un corretto sistema di relazioni industriali teso a valorizzare le risorse umane, ampliare i momenti di dialogo e a ridurre le occasioni conflittuali, al fine di affrontare i problemi di comune interesse in modo costruttivo"*, per poi corroborare la dichiarazione di intenti affermando che "*individuano il momento partecipativo quale strumento efficace per trovare soluzioni coerenti con gli obiettivi condivisi di tutela e di coinvolgimento dei lavoratori, miglioramento delle loro condizioni e tutela della competitività dell'azienda"*.

In relazione alla struttura contrattuale, Fiat non è più parte di Confindustria dal settembre del 2011, dopo la lettera di recesso firmata dall'amministratore delegato di Fiat Sergio Marchionne; conseguentemente dal 1^0 gennaio 2012 il gruppo torinese non è più soggetto all'applicazione del contratto nazionale dei metalmeccanici, oltre che agli accordi territoriali ed aziendali vigenti[640]: tutti i suoi stabilimenti sono governati da un accordo cosiddetto di primo livello[641], cui si

[639] Il contratto definitivo è stato sottoscritto il 31 dicembre 2011 tra Fiat Industrial S.p.a., Fiat S.p.a., Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Ugl Metalmeccanici e l'Associazione Quadri e Capi Fiat, senza la firma della Fiom-Cgil.

[640] Cfr. la lettera di recesso del 21 novembre 2011 siglata dal direttore delle risorse umane e relazioni industriali, ed indirizzata alle organizzazioni sindacali nazionali e a quelle aziendali, in cui si afferma che la lettera medesima "*vale anche come espressa disdetta-nonché ogni altro impegno derivante da prassi collettive in atto"*.

[641] Secondo il titolo IV dell'accordo di primo livello, rubricato "*Norma di chiusura"* prevede che "*Le Parti convengono sulla natura del presente contratto quale Contratto collettivo specifico di lavoro, in quanto del tutto idoneo a fornire un'esaustiva disciplina normativa e economica di primo livello, anche sostituendo, per le Società che intendano aderirvi, il CCNL della categoria di*

accompagnano eventualmente degli accordi aziendali applicati ad ogni singolo stabilimento, che disciplineranno aspetti che il contratto di primo livello o non regolamenta (*ne bis in idem*) o di cui fissa le linee generali[642]: si pensi a titolo esemplificativo allo stabilimento di Grugliasco, il cui funzionamento è regolamentato in tutto e per tutto da quello di primo livello[643], o a quello di Melfi in materia di pasto aziendale, o ai vari accordi sul monte ore dei permessi sindacali, differenti da stabilimento a stabilimento[644].

Mutatis mutandis, è evidente che la struttura contrattuale è quella di matrice nord-americana, in cui è assente, per quanto in linea teorica possibile, un contratto di categoria (*industry-wide agreement)*, e dove vengono applicati soltanto degli accordi di livello aziendale, all'insegna di un marcato decentramento delle relazioni industriali[645].

2.In materia di processo produttivo, Fiat introduce-come visto nell'analisi del contratto di Pomigliano D'Arco- un sistema basato sul *World Class manufacturing* (per l'Italia viene introdotto un peculiare codice ergonomico d'appoggio, l'Ergo-Uas), sì di origine nipponica, ma applicato nelle fabbriche Usa da ben un ventennio proprio per fronteggiare la concorrenza giapponese: tanto in Italia che in America si dovranno osservare i medesimi *standard* produttivi, in modo tale che l'efficienza nella fabbricazione dei veicoli venga misurata sulla scorta di parametri comuni, pur nei differenti contesti giuridico-nazionali in cui hanno sede i diversi stabilimenti del gruppo Fiat-Chrysler.

---

provenienza, sia per l'estensione del campo normativo sia per il livello dei trattamenti previsti, complessivamente e individualmente equivalenti o migliorativi".

642 Cfr. Art. 8 del contratto, "*Contrattazione di secondo livello".*

643 Nell'accordo di Grugliasco del 4 maggio 2011 le parti prevedono che "*con decorrenza dal 1^0 gennaio 2012 ai lavoratori delle Fga officine automobilistiche di Grugliasco s.pa. sarà applicato il Contratto Collettivo di Lavoro Specifico di primo livello… in quanto del tutto idoneo a sostituire il contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici, sia per l'estensione del campo normativo sia per il livello dei trattamenti previsti, complessivamente e individualmente equivalenti o migliorativi".*

644 Nell'accordo del 24 febbraio 2012 tra Sata S.p.a. e tutte le associazioni sindacali ad eccezione della Fiom si prevede che "*ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall'art. 18- Ristorazione aziendale, Titolo Terzo, del Contratto Collettivo Specifico di Lavoro (CCSL), che nella società Sata S.p.a il prezzo del pasto a carico del lavoratore per il periodo dal 1 gennaio 2012 al 31 gennaio 2013 è fissato nella misura di euro 1,41 per il pasto intero e di 1,12 euro per il pasto ridotto".* In materia di permessi sindacali, il monte orario complessivo differisce da stabilimento a stabilimento, nel rispetto della previsione comune di cui all'art. 12-Titolo primo del contratto di primo livello.

645 Cfr. I. Senatori, *Multinational and National Indsutrial Relations in Times of crisis: The Case Of Fiat,* in *TIJ*, 4/2012, p. 482, second cui l'accordo del 2011 rappresenta "*the shift from the traditional sectoral or industry benchmarks to the company-level, thus overturning the common bargaining framework for collective interests".*

I pilastri del sistema sono rappresentati dall'uso intensivo delle catene di montaggio, che dovranno arrivare sino alla saturazione in tempi rapidi (c.d. *just in time)*, la contestuale minimizzazione delle interruzioni del processo produttivo dovute ai comportamenti del lavoratore (tra cui spiccano la malattia, l'assenteismo e gli scioperi), e infine- aspetto più interessante dal punto di vista giuslavoristico- il coinvolgimento dei lavoratori attraverso il lavoro di squadra (in *team* o *team concept)*[646]. La predetta metodologia, inaugurata nel 1987 presso la General Motors, costituisce un'accentuazione del processo fordista-taylorista, ed inoltre un cambiamento di prospettiva in relazione alla *communis opinio* per cui lavoratori e *management* hanno differenti interessi nel luogo di lavoro[647]: a livello generale viene previsto un "*gruppo di studio propositività a livello societario"*, che opererà "*all'insegna di una logica partecipativa"* per realizzare un fattivo coinvolgimento dei lavoratori sui fattori di competitività aziendale "*anche in un'ottica di sistema WCM".*

Da un punto di vista pratico, il carattere cooperativo delle nuove relazioni industriali è in primo luogo dimostrato dagli organismi di rappresentanza paritetica per la sicurezza, che sono proprio conseguenza del sistema del *World Class Manifacturing*[648], posto che per garantire la massima efficienza produttiva i lavoratori sono coinvolti nella gestione dell'ambiente di lavoro: gli organismi contrassegnati da una forte contiguità in tal senso sono la *Commissione Prevenzione e Sicurezza sul lavoro* italiana, il *Local Joint Health and Safety Committee* canadese ed il *Local Joint Committee on Health and Safety* Usa.

Il funzionamento dei predetti organismi si regge su tre pilastri: la garanzia di una relazione non conflittuale tra le parti; un chiaro ed analitico distinguo di responsabilità tra direzione aziendale e rappresentanza; e la previsione di continui

---

[646] Cfr. I. Senatori, *Multinational and National Indsutrial Relations in Times of crisis: The Case Of Fiat,* cit., p. 473; L. Miranda, *Gli accordi del gruppo Fiat-Chrysler: un modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?,*in *DLM,* 1/2012, pp. 97 ss.: la centralità del *WCM* consiste in sette livelli di miglioramento delle condizioni di lavoro che si realizzano tramite il coinvolgimento dei lavoratori, attraverso l'adeguamento completo dell'ambiente di lavoro ai requisiti prescritti dalla legge per giungere all'eliminazione possibile dei rischi lavorativi e dell'autonomia organizzativa della sicurezza aziendale.

[647] Cfr. M. Parker, *Industrial relations myth and shop-floor reality: the "the team concept" in the auto industry,* in *Industrial democracy in America,* cit., p. 250.

[648] Cfr. L. Miranda, *Gli accordi del gruppo Fiat-Chrysler: verso un modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?,* cit., pp. 102 ss.

processi di informazione, formazione ed addestramento nelle singole realtà aziendali.

Il carattere non conflittuale risiede proprio nella natura bilaterale delle commissioni: in Usa e Canada siederà il *management* aziendale, mentre in Italia il responsabile del personale e del servizio di prevenzione e protezione; dal lato dei lavoratori, ne faranno parte i responsabili lavoro e sicurezza italiani di cui al d. lgs. 81/2008 e i *union health and safety representative* canadesi e statunitensi.

In relazione alle funzioni, gli accordi conferiscono alle commissioni un duplice compito: il contribuire alla protezione della salute psico-fisica dei lavoratori ed al miglioramento delle condizioni di lavoro, ed il vigilare sulle misure di sicurezza aziendali e sulle precauzioni da rispettare a fronte dei rischi connessi all'attività lavorativa.

In concreto, le commissioni contribuiscono a migliorare ed a tutelare l'ambiente di lavoro tramite la disponbilità diretta della documentazione aziendale circa i rischi generali e specifici, e dei dati statistici sugli infortuni sul lavoro verificatisi negli stabilimenti: al riguardo l'art. V.B.b. nella parte concernente il *Memorandum of under standing health and safety (M-3)* del *Production, Maintenance and Parts Agreement* del 2011 tra Chryler e Uaw recita che "*The local joint union committee shall: make weekly systematic inspection of the plant, as provided hereinafter, to assure that there is a safe, healthful and sanitary working environment in each plant"*, mentre l'art. 3.a del *Production Agreement 2008* tra Chrysler Canada Inc. ed il Caw stabilisce che "*The Union Health and Safety Representative in carrying out his/her duties will follow the direction of the Local Union Officers and the Plant Chairperson and shall: make weekly systematic inspections of the plant, to ensure that there is a safe, healthy and sanitary working environement in each plant"*.

I comitati canadesi e statunitensi hanno poteri di verifica e vigilanza molto ristretti in materia di condizioni di lavoro, anche tramite il dovere di accesso e valutazione (*inspection)* settimanale dell'ambiente di lavoro, come previsto rispettivamente dagli artt. V.B.b del *Memorandum of understanding health and safety (M-3)* nel *Production, Maintenance and Parts Agreement* 2011 tra Chrysler e Uaw, e 3.a del capitolo *Health and Safety* nel *Production Agreement* 2008 tra Chrysler Canada Inc. e Uaw.

L'assenza di analoghe previsioni negli accordi italiani è da ravvisare nella circostanza che l'art. 50 del d. lgs. 81/2008 conferisce simili competenze alle rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza.

In relazione all'Italia, premessa l'omogeneità di competenze degli organismi rispetto agli stabilimenti nord-americani, i profili di criticità sono da rinvenire nella composizione della commissione paritetica nazionale, alla luce del fatto che Fiat riconosce solo ed esclusivamente le rsa come organismi di rappresentanza dei lavoratori: il contratto collettivo di primo livello del 13 dicembre 2011 elimina il previgente sistema elettivo aziendale dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, all'interno dei quali i dipendenti dovevano esprimere- su schede distinte da quelle delle rsu-il proprio voto nei confronti di chi ritenuto più idoneo alla tutela della sicurezza in ambito aziendale.

Inoltre, l'eliminazione del predetto sistema fa sì che la carica di rappresentante per la sicurezza avvenga su designazione diretta delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo tra i componenti delle rappresentanze sindacali aziendali, in aperta contrasto col dettato normativo[649].

Indipendentemente da eventuali violazioni della normativa europea, da non approfondire in questa sede, già le modalità di composizione delle commissioni dimostrano che il sistema di relazioni industriali Fiat conosca un avvicinamento tendenziale al modello statunitense: potranno partecipare al processo cooperativo o di cogestione che dir si voglia solo le organizzazioni firmatarie dell'accordo.

La Commissione Prevenzione e Sicurezza sul lavoro non è l'unico organismo paritetico: infatti il contratto di primo livello ne istituisce altre a livello di singolo stabilimento o unità produttiva, in modo analogo a quanto previsto dagli accordi Chrylser del 2011; il compito precipuo è quello della gestione dei tempi e dei processi produttivi in relazione al *WCM,* integrando le funzioni della Commissione Prevenzione e Sicurezza sul lavoro.

[649] Ai sensi dell'art. 47, co. 4, d. lgs. 81/2008 "*Nelle aziende o unità produttive con più di 15 lavoratori il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza è eletto o designato dai lavoratori nell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda*".

Sono al riguardo previste una "*Commissione Organizzazione e Sistemi di Produzione*" ed una "*Commissione Verifica assenteismo*": il primo organo collegiale deve ottimizzare il posto di lavoro attraverso una razionalizzazione dell'attività lavorativa, l'identificazione delle procedure suscettibili di miglioramento, e l'incremento dell'efficienza dei macchinari in materia di guasti, inattività e velocità di trasformazione.

Circa le competenze, la commissione dovrà esaminare le problematiche connesse all'avvio di nuovi prodotti, di fabbisogno in organico e riassegnazione a mansioni dei lavoratori, e soprattutto il "*monitoraggio dell'applicazione di WCM"* e sarà il luogo deputato ad "*esaminare le controversie eventualmente insorte, e non risolte, tra il lavoratore e l'azienda riguardanti l'applicazione dei tempi base e/o del tempo standard totale della postazione di lavoro"* sulla scorta di quanto previsto dall'allegato al contratto relativo a "*Descrizione del sistema Ergo-Uas".*

La "*Commissione Organizzazione e Sistemi di Produzione*" è speculare al "*Local World Class Partnership Council"* istituito presso ogni stabilimento Chrysler, quale mezzo per "*facilitare e promuovere il miglioramento del WCM e la partecipazione dei lavoratori attraverso la quale il WCM si realizza con successo".*

In relazione alla "*Commissione Verifica Assenteismo*", quest'ultima è competente a monitorare l'andamento del tasso di assenteismo per malattia, e ad esaminare le situazioni cui non si applica quanto previsto in materia di trattamento economico a carico dell'azienda dal contratto collettivo.

Il più grande punto di divergenza tra le relazioni industriali in Fiat ed in Chrysler è quello della legittimazione e del ruolo del sindacato in azienda, non colmabile interamente in ragione del differente contesto istituzionale in cui hanno sede le rispettive società: se la costituzione repubblicana riconosce la libertà di organizzazione sindacale, negli Usa non vi è una simile disposizione; conseguentemente, se in Chrysler vi è un unico sindacato, conformemente al principio dell'*exclusive representative agent* di cui al *Wagner Act*, al contrario in Fiat, anche alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 231/2013, vi

sono più organizzazioni dei lavoratori che godono delle prerogative e diritti di cui alla l. 300/1970, anche se non tutte firmatarie dell'accordo.

L'assetto contrattuale italiano al riguardo ha tentato di introdurre degli elementi propri della cultura nord-americana di relazioni industriali, come la stringente limitazione del diritto di sciopero, e una sorta di sistema sindacale *closed-shop*.

Per ciò che attiene il sistema di *closed-shop*, il contratto di primo livello prevede che l'accesso di altri soggetti all'accordo è subordinata all'approvazione delle parti originariamente firmatarie, con l'effetto paradossale di escludere dal contratto la Fiom-Cgil, organizzazione maggiormente rappresentativa nel settore metalmeccanico.

Forse è proprio in virtù della diversità insuperabile delle presivisioni giuridico-costituzionali in materia di relazioni industriali tra le due sponde dell'atlantico che il *management* non ha mai istituito degli organismi di consultazione transnazionali tra le forze sindacali: un primo tentativo si era registrato in occasione del *Fiat-Chrysler Network meeting* del 21-22 giugno 2011, in cui si era dato vita al *network* globale di tutti i sindacati europei e americani del gruppo, in cui sedevano Bob King per la UAW, Maurizio Landini per la Fiom, Bruno Vitali per la Fim ed Eros Panicali per la Uilm; la prima iniziativa avrebbe dovuto essere la richiesta di riconoscimento di un consiglio mondiale dei lavoratori ed un accordo quadro internazionale, di cui tuttavia non resta alcuna traccia[650].

[650] Cfr. V. Parola, *Fiat e Chrysler, lettera a Marchionne dal sindacato mondiale,* in *La Repubblica,* 22 giugno 2011.

Conclusioni

Giunti al termine della presente trattazione, l'analisi dei quattro sistemi nazionali di relazioni industriali potrebbe apparire a primo acchito come una mera giustapposizione di modelli ed elenco di nozioni, pur nella comunanza dell'oggetto della ricerca, costituito dal contratto collettivo aziendale: il lettore potrebbe essere disorientato dopo aver appreso di *descuelgue,* accordo decentrato in materia di impianti audiovisivi, *accord de forfait-jours,* o di strategie con cui il sindacato statunitense cerca di fronteggiare la resistenza dell'imprenditore al suo ingresso nelle fabbriche: insomma, un *pot-pourri* di vari diritti sindacali senza alcun filo conduttore.

Tuttavia l'ambizione del lavoro è stata quella di verificare, attraverso la comparazione, se nell'attuale momento storico si possa registrare una qualche linea comune o convergenza da parte di paesi come Italia, Francia e Spagna verso un nuovo assetto regolatore delle relazioni industriali

Questo scritto non ha voluto fornire degli spunti per nuove soluzioni operative *de jure condendo*, ma fare il punto sulla direzione presa dalle esperienze giuridiche analizzate.

Le recenti riforme hanno dimostrato una primo dato comune, quanto al punto di partenza: il tendenziale abbandono della legge e del contratto collettivo nazionale di categoria (*convenio de sector, accord de branche)* come baricentri del sistema, attorno ai quali dal secondo dopoguerra si era costruito il rapporto individuale di lavoro nei suoi aspetti fondamentali (retribuzione, orario, sistema di sanzioni disciplinari, classificazione professionale…).

Alle classiche fonti "eteronome" si sono sostituite quelle "autonome" attraverso il potenziamento delle prerogative del contratto collettivo aziendale, strumento più vicino al contesto economico da governare: quest'ultimo, che nelle realtà italiana, iberica e transalpina sino ad un ventennio or sono si limitava ad incrementare le tutele create dall' "alto" o a derogare a specifici aspetti del rapporto di lavoro in virtù di un puntuale rinvio legislativo, è adesso il nuovo baricentro del sistema.

In linea tendenziale il cambiamento non è avvenuto né improvvisamente né in modo spontaneo: nell'ultimo trentennio la legge ha accresciuto in modo considerevole la *potestas* derogatoria del contratto di impresa all'interno di un contesto di decentramento-devoluzione delle fonti normative; si pensi alle *lois Auroux* del 1982 che nell'istituzionalizzare il dialogo sociale in azienda aprirono la strada alla prassi degli accordi derogatori siglati dagli organismi sindacali nell'impresa[651]; alla riforma spagnola del *descuelgue* nel 1994 con cui si permetteva di modificare le condizioni di lavoro pattuite nel contratto collettivo corrispondente[652]; o in Italia ai contratti di solidarietà difensivi, *do ut des* tra riduzione di orario di lavoro e retribuzione per scongiurare riduzioni di personale[653].

Il nuovo contratto aziendale è stato poi plasmato in tutto e per tutto dalla legge, poiché sono intervenute in Italia l'art. 8 l. 148/2011, in Spagna i *real-decreto ley* 7/2011 e 3/2012, ed in Francia ben tre leggi in meno di un decennio (2004, 2008, 2013); vero è che in tutti e tre i sistemi oggetto di indagine la legge era stata preceduta da accordi interconfederali che incrementavano le prerogative del contratto decentrato, tuttavia i parlamenti nazionali sono andati al di là dell'intenzione delle parti sociali, che auspicavano sì un potenziamento delle funzioni dell'accordo aziendale ma comunque controllato dal contratto di categoria o interconfederale.

La grande capacità regolatoria del contratto aziendale è in altri termini funzione del nuovo ruolo della legge in diritto del lavoro: non più norma inderogabile o di *ordre publique social* o *norma inderogable* che dir si voglia, ovvero fonte di diritti inalienabili del lavoratore, ma strumento di autorizzazione a deroghe operato col rinvio all'accordo decentrato.

Infatti la legge è andata ben al di là degli intenti degli attori collettivi, pur con i dovuti distinguo da paese a paese: senza dubbio l'Italia con l'art. 8 l. 148/2011 ha

[651] C. Howell, R. Kolins Givan, *Rethinking Institutions and Institutional Change in European Industrial Relations,* in *BJIR*, June 2011, vol. 49, n. 2, p. 243.
[652] Cfr. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* cit., p. 39
[653] Cfr. M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* cit., p. 199.

enfatizzato maggiormente il ruolo del contratto di impresa, che potrà disciplinare la totalità del rapporto individuale di lavoro –ad eccezione dei profili discriminatorio e della tutela della salute nei luoghi di lavoro- in deroga alla legge ed al contratto di categoria; l'unico limite è costituito dal rispetto dei generici limiti di cui alla costituzione e alle fonti europee ed internazionali, la cui eventuale violazione potrà essere accertata solo dal giudice nel caso di specie.

Anche la Spagna si caratterizza per un capovolgimento dell'assetto regolatorio: come in Italia il contratto aziendale può derogare alla disciplina contenuta negli accordi di categoria (*convenio de sector*)senza che questi ultimi o quelli interconfeferali possano prevedere una clausola in contrario; tuttavia la portata destrutturante del *convenio de empresa* è minore che in Italia: le materie diversamente disciplinabili sono più circoscritte in quanto la legge statale continua a mantenere il suo carattere inderogabile di fronte sia al contratto individuale sia all'accordo collettivo statale[654].

In relazione alla Francia, pure oltralpe la legge ridisegna la struttura della contrattazione collettiva all'insegna di una forte decentralizzazione: sul punto i tratti discretivi rispetto a Spagna ed Italia consistono nel mancato ricorso alla decretazione d'urgenza optandosi per il procedimento legislativo ordinario[655], e nella disciplina analitica contenuta nel *code du travail* delle materie, dei soggetti stipulanti e dei requisiti di validità dell'accordo aziendale, per fugare il più possibile ogni dubbio interpretativo ed in omaggio alla plurisecolare tradizione francese "*legicentrica*".

***

La seconda tendenza comune, sulla base dell'analisi delle leggi intervenute negli ultimi anni, è la convergenza dei sistemi di contrattazione italiano, francese e spagnolo verso quello nord-americano, la cui matrice identitaria è nettamente aziendale e decentrata per come configurata dal *Wagner Act* dal 1935 ad oggi.

[654] Cfr. J. Cruz Villalón, *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia,* cit., pp. 6,7.

[655] La legge 148/2011, in cui è contenuto l'art. 8 ha convertito in legge il d.l. 138/2011; tanto il rdl 7/2011 quanto il rdl 3/2012 sono stati convertiti in legge.

I punti di contatto con la realtà statunitense sono in ogni caso mitigati dal diverso contesto storico-giuridico di riferimento, che preclude una convergenza totale: in Usa il diritto di contrattazione collettiva e la libertà sindacale sono riconosciuti solo dalla legge ordinaria, e per di più alla luce di una ragione di tipo mercantilista quale l'*interstate clause commerce* di cui alla costituzione federale, in assenza di qualsiasi previsione costituzionale a tutela dei diritti sociali.

Tuttavia è proprio dall'altro lato dell'atlantico che si può rinvenire il *leit-motiv* delle leggi europee oggetto di indagine: il *Wagner Act,* nel prevedere che per contrattare un sindacato debba ottenere i voti della maggioranza dei lavoratori di una *bargaining unit* , implicitamente costruisce un sistema di relazioni industriali il cui fulcro è l'accordo di impresa; sarebbe infatto arduo, di fronte alle strenue opposizioni degli imprenditori, sindacalizzare tutti i prestatori di lavoro di più aziende di tutta la federazione, che dovrebbero votare lo stesso giorno ed in favore del medesimo sindacato.

Il sistema nord-americano è l'idealtipo dei paesi dell'Europa mediterranea anche in relazione alla platea degli attori negoziali: le riforme spagnola, francese ed italiana consentono oramai soltanto ai sindacati che abbiano raggiunto nel singolo contesto aziendale una certa soglia di rappresentatività il potere di stipulare un accordo decentrato, con la conseguente esclusione delle altre forze impiantate in azienda, all'insegna di una logica maggioritaria; filosofia maggioritaria che è portata alle estreme conseguenze dal *Wagner Act*: perché il sindacato possa negoziare in azienda deve ottenre l'autorizzazione della maggioranza dei lavoratori, che altrimenti saranno privi di qualsiasi forma di rappresentanza, e saranno costretti a forme di contrattazione individuale.

L'ultima proiezione della convergenza è il fatto che la maggioranza delle materie di disciplina del rapporto di lavoro vengono negoziate in azienda, segnatamente i profili retributivi, dell'orario di lavoro, delle sanzioni disciplinari e via dicendo: senza dubbio l'ordinamento statunitense è ben più generico di quelli europei, nel distinguere tra *mandatory subject* (*"wages, hours and other terms and conditions of*

employment"), oggetto di trattativa obbligatoria in azienda, e *permissive subject*, il confronto in ordine ai quali è rimesso alla discrezionalità dell'imprenditore.

In Europa invece, per quanto all'osservartore con una lente "eurocentrica" le ultime leggi rappresentino un cambio epocale, la fonte generale ed astratta circoscrive pur sempre le materie disciplinabili dal contratto aziendale: comparata con le laconiche disposizioni del *Wagner Act* l'elencazione dell'art. 8 è pur sempre puntuale, al pari del rdl 3/2012, e delle leggi francesi del 2004 e del 2008.

***

Non è quindi casuale che si sia scelto di analizzare in dettaglio la vicenda Fiat, primo e più antico gruppo imprenditoriale italiano, le cui relazioni industriali hanno oramai una configurazione di tipo statunitense: in tal senso depongono l'uscita da Confindustria e la non applicazione del ccnl dei metalmeccanici, sostituito da un accordo aziendale – per quanto denominato di "*primo livello"* – vigente in tutti gli stabilimenti del gruppo.

Mutatis mutandis, pur in presenza di una diversa cornice istituzionale in materia di libertà sindacale e diritto alla contrattazione collettiva, il *management* torinese ha cercato di trapiantare il modello cooperativo e maggioritario di relazioni industriali del *Wagner Act*: al sindacato unico statunitense, riconosciuto dalla maggioranza dei lavoratori Chsyrler a seguito di una votazione, a Torino corrisponde la sottoscrizione separata dei nuovi accordi, ed approvata tramite *referendum* con la conseguente attribuzione della rappresentanza in fabbrica ai soli soggetti stipulanti[656].

***

E' senza dubbio presto per effettuare una valutazione empirica sulla reale portata applicativa delle leggi analizzate sul contratto aziendale, in quanto emanate di recente, e con una forte contrarietà dei sindacati nazionali: in Italia le parti sociali sembrano restie ad applicare l'art. 8 l. 148/2011, come si evince dalla postilla all'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, in Spagna Ccoo ed Ugt hanno

[656] Va ricordato tuttavia come di recente sia intervenuta la Corte Costituzionale con sent. 231/2013, riconoscendo il diritto a costituire rsa anche alla Fiom-Cgil.

presentato ricorso di incostituzionalità contro la l. 3/2012 in relazione all'art. 84 ET, ed infine in Francia l'Ani prodromico alla legge sui contratti collettivi non è statto sottoscritto dalla maggiore centrale sindacale, la CGT.

Qui ogni giudizio si deve fermare, nell'assenza di dati quantitativi di una certa consistenza, e nell'attesa che i sistemi nazionali di relazioni industriali si stabilizzino, dopo i recenti e repentini interventi legislativi posteriori alle turbolenze economico-finanziarie del biennio 2008-2009.

Relación de síntesis en castellano (con arreglo al Reglamento de la Escuela Ascarelli).

El presente trabajo tiene como objeto de investigación los sistemas de relaciones industriales de Italia, Francia, España y Estados Unidos en lo que se refiere a la negociación colectiva empresarial.

Al respecto, se han analizado en detalle las recientes reformas legislativas adoptadas en los países mediterráneos para luego compararlas entre sí, y también con la ley estadounidense. Se trata de las siguientes: en Italia el art. 8 de la ley 148/2011, en Francia las leyes de 2004, 2008 y 2013, en España los real-decretos leyes 7/2011 y 3/2012, y, en Estados Unidos el Wagner Act de 1935.

Los criterios de análisis han sido estrictamente jurídicos: se ha esbozado la evolución de la negociación colectiva empresarial en cada país, y han sido analizados los principios constitucionales, la legislación, la jurisprudencia, y unos convenios colectivos recién firmados desde una perspectiva teórico-práctica.

Las reformas, tramitadas en el clima político-cultural de la *flexiseguridad* y de la crisis económico-financiera han potenciado sin embargo el papel regulador de la relación de trabajo por parte del convenio colectivo de empresa, en detrimento de la ley y del convenio de sector: el principio de *favor*, que regía tradicionalmente las relaciones entre convenios y convenios y ley -por el que se aplica la norma más favorable a los intereses de los trabajadores- ha quedado apartado de forma casi definitiva de los ordenamientos sociales europeos objeto de investigación.

De todas formas, esta tendencia, ya evidente desde el principio de los años 80, ha conocido una fuerte progresión en el periodo posterior a 2008. El rasgo común es que la modificación de las prerrogativas del convenio empresarial se ha realizado a través de la la ley, sin que fuesen debidamente tenidas en cuentas las propuestas de las partes sociales contenidas en acuerdos marco e interconfederales.

En lo que se refiere a Italia, la tesis se ha centrado en el art. 8 de la ley 148/2011, tramitada por el último gobierno Berlusconi para hacer frente a las turbulencias financieras a las que Italia estaba sujeta.

El art. 8 ha sido objeto de fuertes críticas, ya que faculta al convenio de empresa para derogar lo previsto no sólo por el convenio colectivo de sector (opción ya pacíficamente prevista por la jurisprudencia), sino también a la ley. En resumidas cuentas, a través del art. 8 un convenio de empresa puede disciplinar de manera diferente (y también *in pejus*) los elementos esenciales de la relación individual de trabajo, exceptuadas las medidas antidiscriminatorias y la protección de la salud en el lugar de trabajo. *Hic rebus stantibus* un convenio de empresa podría derogar las consecuencias sancionadoras de un despido ilegítimo, o la disciplina de la solidaridad pasiva en las contratas de obras o de servicios, o las razones del recurso al trabajo temporal.

Los únicos límites a los que el convenio *ex* art. 8 está sujeto son el respeto de la normativa internacional (Convenciones y Recomendaciones de la OIT), comunitaria, y constitucional.

Siempre en relación al ordenamiento italiano y considerada su escasa tradición legislativa en derecho sindical, se han analizado los acuerdos interprofesionales de 2009 y de 2011. Estos incrementan también el papel de la negociación empresarial, pero sólo frente a lo delegado y a las materias previstas por el convenio de sector; y el acuerdo sobre la productividad de 2012, según el cuál los incrementos retributivos derivados del convenio de sector pueden diferenciarse en una cuota fija, y en otra que hay que destinar a la negociación de elementos retributivos que se conecten a incrementos de productividad y rentabilidad, definidos por la contratación de segundo nivel.

En relación a España, objeto de investigación han sido el real-decreto ley 7/2011 y el real-decreto ley 3/2012, que han modificado la arquitectura de la negociación

colectiva y las materias de competencia del convenio de empresa en relación con lo previsto por el Estatuto de los Trabajadores.

El rdl 3/2012, con el objetivo de frenar la destrucción de empleo y combatir la dualidad laboral mediante la reducción de costes laborales, ha otorgado prioridad aplicativa al convenio de sector en un conjunto de materias. Hay que decir que ya el rdl 7/2011 dio un paso muy significativo hacia la descentralización de las relaciones industriales, ya que atribuyó prioridad al convenio de empresa.Esa preeminencia quedaba en manos de los convenios de sector a nivel estatal o autonómico, que podían impedirla.

El rasgo más importante de la reforma de 2012 es que el art. 84.1 ET, en su nueva redacción, atribuye prioridad absoluta a los convenios de empresa y de grupo de empresas frente a todos los demás. Es decir estatal, autonómico o de ámbito inferior. La gran novedad en la materia con arreglo a la normativa anterior, es que la prioridad aplicativa de dichos convenios está garantizada, con independencia de la estructura de negociación de sector, que los actores sociales más representativos pueden considerar más adecuada en un determinado momento histórico.

En la experiencia jurídica española se han analizado también los *acuerdos de descuelgue*, herramienta alternativa al convenio de empresa para lograr flexibilidad y competitividad en un contexto dado. Con la reforma de 2012, se permite a un acuerdo de empresa -en presencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción- la inaplicación de lo pactado en un convenio de empresa, o bien de nivel superior en lo que se refiere a: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento.

En Francia, las reformas de 2004 y 2008 han operado a nivel legislativo una modificación de gran alcance en la jerarquía de los convenios y acuerdos colectivos. La reforma de 2004 autoriza al acuerdo de empresa una derogación general con la doble excepción de la prohibición expresa contenida en un

convenio o acuerdo sectorial, y con la exclusión de unas cuantas materias, en las que en ningún caso se admitirán disposiciones menos favorables (salarios mínimos, clasificación profesional, garantías colectivas complementarias respecto a las prestaciones sanitarias reembolsables, y mutualización de los fondos de formación profesional).

La amplitud de la negociación colectiva empresarial se acentúa en 2008, centrándose en determinadas cuestiones vinculadas con el tiempo de trabajo y su organización. Consiste en otorgar prioridad aplicativa absoluta al convenio de empresa frente al sectorial, no permitiendo ya que éste perjudique *les chances* derogatorias del anterior, como en el caso de las horas extraordinarias, de la ordenación del tiempo de trabajo y de la organización del tiempo del trabajo por el que se prevé un número específico anual de horas laborales, sin la predeterminación de su distribución diaria, semanal o mensual (sistema de "*convention individuelle de forfait"*).

La última ley francesa analizada es la de 2013, con la que se ha transformado en ley el Ani (Acuerdo nacional interprofesional), para fomentar la competitividad de las empresas en fuerte crisis.

Según la ley, las medidas que interesan al sistema de negociación colectiva empresarial son: el fortalecimiento de la obligación trienal de negociar; los *accords de maintien dans l'emploi*, convenios empresariales que permiten a las empresas en crisis coyuntural pactar con los sindicatos mayoritarios una adaptación de las condiciones salariales y de trabajo bajo el compromiso de no despedir; y los *accords de mobilité interne*, convenios de empresa que establecen la posibilidad de despedir por razón económica al trabajador que no acepta el traslado a una planta ubicada fuera de su zona geográfica.

En lo que atañe a Estados Unidos, se ha analizado el Wagner Act de 1935 -única ley federal reguladora de la negociación colectiva- y sus principios básicos.

El objetivo es demostrar que el sistema norte-americano de relaciones industriales ha sido siempre descentralizado a través de la ley. El sindicato no puede negociar en cualquier ámbito geográfico, sino dentro de la *appropriate bargaining unit* (conjunto de trabajadores aunados por los mismos intereses en un determinado contexto laboral). Además, cada *bargaining unit* puede ser representada sólo por un mismo sindicato, que haya sido reconocido exclusivo representante por la mayoría de los trabajadores afectados (*exclusive representation and majority rule*) tras un procedimiento electoral (*secret ballot),* o por el reconocimiento voluntario por la dirección de la empresa (*card-check*).

Las materias objeto de negociación obligatoria son las que se refieren al salario, horario de trabajo y el oscuro sintagma "otros términos y condiciones de empleo" (*wages, hours and other terms and conditions of employment*), dentro del cuál no caben -según la jurisprudencia- las decisiones económicas fundamentales de la empresa.

De todo esto se desprende que -al no lograrse un acuerdo- la relación de trabajo será reglamentada por acuerdo individual entre el trabajador y el empresario, considerando que en Estados Unidos sólo hay unas pocas leyes federales sobre salario mínimo y duración máxima de la jornada de trabajo (*Fair Labor Standards Act*).

A nivel práctico, se ha intentado demostrar la descentralización de las relaciones colectivas en USA con un breve análisis de los acuerdos Chrysler, firmados tras el rescate por Fiat. Los acuerdos Chrysler han sido brevemente comparados con los Fiat, como ejemplo práctico que ilustra la trayectoria descentralizada de las dinámicas colectivas hoy en día en Europa, cuya nueva "matriz identitaria" es el mundo norte-americano.

En resumidas cuentas, los países europeos elegidos se caracterizan hoy en día por un articulado sistema de negociación colectiva empresarial en clave derogatoria, y deberían representar una muestra fiable para deducir consideraciones de carácter

comparado-sistemático sobre el tema. Es decir, la evolución hacia el modelo norte-americano de relaciones industriales.

BIBLIOGRAFIA

Comparazione

Monografie

T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione,* Giuffré, Milano, 1952;

F. Carnelutti, *Metodologia del diritto,* Cedam, Padova, 1952;

Articoli

L. Baccaro, C. Howell, *A common neoliberal trajectory: the transformation of industrial relations in advanced capitalism*, in *Politics and society,* 2011, pp. 522-563;

R. Blanpain, *Analisi comparata del diritto del lavoro e delle relazioni industriali,* in R. Blanpain, T. Treu, F. Millard (a cura di) *Diritto del lavoro e relazioni industriali comparate,* Edizioni Lavoro, 1983, pp. 13-36;

R. Blanpain, *Comparativism in Labour Law and Industrial Relations,* in *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market,* Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 3-22;

M. Grandi, *Comparazione giuridica e diritto del lavoro,* in *ADL,* 3/1996, pp. 1-33;

M. Serio, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica,* in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica,* Giappichelli, Torino, 2011, pp. 12-27;

T. Treu, *Centralisation-Decentralization in collective bargaining,* in Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel. 41 1985, pp. 41-65;

Francia

Opere di carattere generale

J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail,* Dalloz, Paris, 2012;

E. Peskine, Cyril Wolmark, *Droit du travail,* Dalloz, Paris, 2012

Monografie

G. Bellier, H. J. Legrand, *La négociacion collective en entreprise,* Editions Liaisons, Wolters Kluwer France, 2011;

G. Kesztenbaum, S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise,* Delmas, Paris, 2009;

Articoli

D. Andolfatto, D. Labbé, *Entre mythe historique et réalitè sociale: syndicalisation et désyndicalisation en France,* in *Les forces syndicales françaises,* Presses Universitaires de France, Paris, 2010, pp. 325-334;

Paul-Henri Antonmattei, *Les critères de la reprèsentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008,* in *DS,* n. 7/8, Juillet-Août 2008, pp. 771-773;

Paul-Henri Antonmattei, *GPEC: le renforcement de l'obligation triennale de négocier,* en *DS,* 2013, pp. 791-792;

Paul-Henri Antonmattei, *L'accord de mobilité interne: il faut l'essayer!,* in *DS*, 2013, pp. 793-799;

G. Auzero, Jean-Marc Chonnier, *Les convention set accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement,* in *DS,* n. 1 Janvier 2011, pp. 52-58;

J. Barthélémy, *Modulation des horaires et contrat de travail,* in *DS,* n. 2 Février 2011, pp. 151-154;

G. Bélier, *Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales,* in *DS*, n. 11 –Novembre 1988, pp. 724-730;

G. Borenfreund, *La résistence du salarié à l'accord collectif: l'exemple des accords dérogatoires,* in *DS*, n. 7-8 – Juillet-Août 1990, pp. 626-637;

G. Borenfreund, *Représentativitié syndicale et négociation collective,* in *DS,* Avril 2013, n. 4, pp. 300-305

C. Boutin, *Du monopole à la liberté?: la crise de représentativité des syndicats,* in *Les forces syndicales françaises,* Presses Universitaires de France, Paris, 2010, pp. 334-348;

F. Canut, *Temps de travail: le nouveau ordonnement juridique*, in *DS,* n. 4 avril 2010, pp. 379-386;

Jean-François Cesaro, *La négociation collective dans les groups de societies,* in *DS*, n. 7/8, 2010, pp. 780-788;

F. Champeaux, *L'analyse du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi,* in *RDT,* mars 2013, p. 6;

A. Chouraqui, A. M. Gautier, *Les accords d'entreprise: de que niveau parle-t-on?,* in *DS*, n. 1-Janvier 1988, pp. 17-23;

G. Couturier, *Accords de maintien de l'emploi,* en *DS,* 2013, pp. 805-818;

M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel,* in *DS*, n. 1-Janvier 1988, pp. 8-16;

P. Durand, *La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail,* in *DS,* Janvier 1950, n. 1, pp. 155-162;

A. Lyon Caen, *L'AND d'une reforme,* in *RDT,* mars 2013, pp. 162-166;

A. Fabre, *Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation,* en *RDT,* mars 2013, pp. 184-191;

M. Faioli, *Oltre la continuità. La contrattazione collettiva decentrata nell'esperienza francese e tedesca,* in *RDL,* n. 3, luglio-settembre 2012, in *www.dejure.it* ;

M. Gadrat, *Le contenu des accords de groupe,* 6 Juin 2010, pp. 651-665;

F. Gaudu, *Le salaire et la hiérarchie des normes,* in *DS,* n. 1 Janvier 2011, pp. 24-31;

F. Gaudu, *Quelques conclusions,* in *DS,* n. 4 avril 2010, pp. 401-403;

J. Le Goff, *La loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective. Une révolution culturelle inaboutie,* in *Les lois Auroux 25 ans aprés (1982-2007),*Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 137-

H. Gosselin, *Le temps de travail,* in *DS,* n. 4 avril 2010, pp. 374-378;

H. Ysás Molinero, *La articulación de la negociación colectiva sectorial y de empresa en España: un modelo valido para España,* in *RL,* 3/2012, pp. 63-81;

Jean-Paul Hancy, *La négociation collective d'entreprise en Provence-Alpes-Côte d'Azur en 2008: forte progression du nombre d'accords,* in *Transformations des relations salariales et negociation collective (actes du colloque)*,*Cahiers de l'IRT* n. 18, 2010, pp. 105-116;

A.Jobert, *La négociation d'entrerprise dans la crise: innovations institutionnelles et sociales,* in *DS,* n. 4- Avril 2013, pp. 332-338;

Jean-Pierre Laborde, *Hiérarchie des normes et lieux de négociation,* in *Transformations des relations salariales et negociation collective (actes du colloque)*,*Cahiers de l'IRT* n. 18, 2010, pp. 51-62;

E. Lafuma, *Charge de travail et représentants du personnel,* in *DS,* n. 7/8 Jullet-Août 2011, pp. 758-763;

C. Lepagnot, *Entre sclerosité et refondation: le syndicalisme français vire-t-il au corporatisme,* in *Les forces syndicales françaises,* Presses Universitaires de France, Paris, 2010, pp. 457-462;

P. Lokiec, *L'Ani à l'épreuve du droit international et européen,* in *RDT,* mars 2013, pp. 202-204;

P. Lokiec, *Regards sur l'actualité du droit du travail en France,* in *RDL,* anno XXXI-2012, pp. 133-141;

A. Lyon Caen, *L'AND d'une réforme,* in *RDT*, mars 2013, pp. 162-167;

A. Lyon Caen, *Tendences,* in *RDT,* 2012, p. 185;

S. Michel, *Présentation succinte des critères de reprèsentativité syndicale après la loi du 20 août 2008,* in *DO,* décembre 2008 n. 725, pp. 604-606;

S. Mitterand, I. Odoul Asorey, *Décision de l'OIT sur la loi du 20 août 2008, quelles suites ?,* in *RDT, 2012,* p. 107*;*

J. Mouret, *Collective relations in France: a multilayered system in mutation,* in AAVV (editor R. Blanpain), *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labour Unions*

and Employee Representatives, Kluwer Law International, The Nettherlands, 2007, pp. 41-63;

S. Nadal, *Le destin de la négociation de branche,* in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 59-78;

E. Peskine, *Les accords de maintien dans l'emploi,* in *RDT,* mars 2013, pp. 168-170;

M. Poirier, *La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail,* in *DO*, Fevrier 2013, n. 775, pp. 78-90;

L. Pécaut-Rivolier, *La représentativité sondicale à la française n'est pas contraire aux teste européens,* in *DS,* n. 6 Juin 2010, pp. 647-650;

J. Emmanuel Ray, *Les curieux accords dit "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004,* in *DS,* n. 6 juin 2004, pp. 590-600;

G. de Raincourt, G. Duchange, *Egalité professionnelle entre les femmes et les homes: mise en oeuvre,* in *La semaine juridique. Social*, 20 décembre 2011, n.51-52, pp. 21-24;

P. Rodière, *Le dialogue social et la democratie sociale*, in *Sem. Soc. Lamy,* 13 octobre 2008, n. 137°, pp. 7-15;

F. Roussell Galle, S. Vernac, *Sites et établissements : maintenir plutôt que fermer ?,* in *RDT,* pp. 233-238;

P. Séguin, *Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations socials d'aujourd'hui,* in *DS,* n. 1-Janvier 1988, pp. 2-7;

M. A. Souriac, *L'articulation des niveaux de négociation,* in *DS,* Juin 2004, n. 6, pp. 579-589;

M. Souriac, M. Morand, *Accords de compétitivité: quels engagements sur l'emploi ?,* in *RDT*, 2012, pp. 194-200;

Marie-Armelle Souriac, *L'articulation des niveaux de négociation,* in *DS,* Juin 2014 n. 6, pp. 579-589;

Y. Struillou, *L'egalité en matière syndicale. Le concept politique-juridique de representativité: clef de voûte de l'èarmature de l'egalité en matière syndicale*, in *DO,* Février 2013, n. 775, pp. 91-101;

Pierre-Yves Verkindt, *Les conventions de forfeit,* in *DS,* n. 4 Avril 2010, pp. 387-394;

Pierre-Yves Verkindt, *Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière,* in *RDCTSS*, 2/2012, pp. 30-36;

M. Verpaux, *L'encadrement juridique et les fonctions socials des syndicats,* in *Les forces syndicales françaises,* Presses Universitaires de France, Paris, 2010, pp. 139-149;

Italia

Opere di carattere generale

G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro,* Giuffré, Milano, 2006;

C. M. Bianca, *Il contratto,* Giuffré, Milano, 2006;

R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2012;

F. Carinci, P. Tosi, R. De Luca Tamajo, T. Treu, *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale,* Utet, Torino, 2013;

F. Carinci (a cura di), *Diritto del Lavoro. Commentario.1. Le fonti. Il diritto sindacale (a cura di C. Zoli),*Utet, Torino, 2007;

G. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva,* Il Mulino, Bologna, 2009;

G. Giugni, *Diritto sindacale,* Cacucci Editore, Bari, 2004;

M. Grandi, G. Pera (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro,* Cedam, Padova, 2005;

M. Persiani, *Diritto sindacale,* Cedam, Padova, 2011;

M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea,* Cedam, Padova, 2007

Monografie

V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato,* Cacucci, Bari, 2012;

G. Bedani, *Politicis and ideology in the Italian Worker's Movement,* Berg Publishers, Oxford, 1995;

G. Berta, *Fiat Chrysler e la deriva dell'Italia industriale,* Il Mulino, Bologna, 2011;

G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritt. Casi e materiali*, Chimenti, Taranto, 2009;

M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso le nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 2013;

L. Cavallaro, *A cosa serve l'articolo 18,* Manifestolibri, Roma, 2012;

A. De Blasio, *La democrazia industriale in Europa,* Giuffré, Milano, 1986;

R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro,* Jovene, Napoli, 1976;

G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva,* Giuffré, Milano, 1977;

P. Ichino, *A che cosa serve il sindacato,* Mondadori, Milano, 2005;

P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana,* Giuffré, Milano, 2008;

P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro,* Mondadori, Milano, 2011;

A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* Giuffré, Milano, 2001;

M. Marinelli, *I licenziamenti per motivi economici,* Giappichelli, Torino, 2005;

L. Mariucci, *La contrattazione collettiva,* Il Mulino, Bologna, 1986;

G. Messina, *Scritti giuridici. IV. Scritti di diritto del lavoro,* Giuffré, Milano, 1948;

G. Novara, *Il contratto collettivo aziendale* , Giuffré, Milano, 1965;

F. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012;

U. Romagnoli, *Il contratto collettivo di impresa,* Giuffré, Milano, 1963;

M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* Utet, Torino, 2003;

R. Scognamiglio, *Scritti giuridici,* Cedam, Torino, 1996;

G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni Comunità, Milano, 1972;

G. Zagrebelski, *Fondata sul lavoro*, Einaudi, Torino, 2013.

Articoli e saggi

N. Acocella, R. Leoni, P. Pini, L. Tronti, *La chimera chiamata produttività,* in *La Repubblica, Affari e finanza,* 26 novembre 2012;

E. Ales, *Dal caso Fiat al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali,* in *DRI,* n. 4 ottobre-dicembre 2011, pp. 1-24, in *www.dejure.it* ;

A. Algostino, *L'era dei feudi aziendali. Commenti intorno all'accordo su democrazia e rappresentanza del 28 giugno 2011 e all'art. 8 della manovra finanziaria-bis,* in *www.dirittisocialiecittadinanza.org*;

I. Alvino, *L'introduzione di regole sulla rappresentatività e gli effetti sulla dinamica dei rapporti collettivi: esperienze a confronto,* in *DRI,* 1/2013, pp. 68-;

G. G. Balandi, *From corporatism to freedom of association: a note about Italy,* in *32 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 925 2010-2011,* pp. 925-932;

M. V. Ballestrero, *La négociation d'entreprise. L'expérience juridique italienne,* in *DS,* n. 7-8 –Juillet-Août 1990;

M. Barbieri, *L'accordo sulla produttività: i contenuti e le riserve,* in *www.dirittisocialiecittadinanza.org*;

M. Barbieri, *Un accordo senza respiro,* in *DLRI,* n. 138, anno XXXV, 2013, 2, pp. 273-284;

P. Bellocchi, *Le relazioni sindacali nell'impresa,* Atti del Congresso Aidlass, 24-25 giugno 2011;

G. Bianchi, *I patti sociali per la competitività: un confronto tra Italia e Spagna,* in *DRI,* n. 2/2013, pp. 478-482.

D. Boffi, *Contrattazione collettiva di prossimità in deroga alla legge e ai Ccnl,* in *Guida al lavoro*, n. 37, 23 settembre 2011;

V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'"archetipo" Fiat di Pomigliano*, in *QRS*, 3/2010, pp. 337-354;

V. Bavaro, *L'aziendalizzazione del sistema contrattuale italiano,* in *www.dirittisocialiecittadinanza.org* ;

A. Bellavista, *Le prospettive delle relazioni industriali,* in *DML,* 3/2011, pp. 455-459;

M. Biagi, *Cambiare le relazioni industriali*, in *Collana Adapt,* n. 5/2002;

A. Bollani, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 347-361;

L. Bordogna, *La regolazione del lavoro nel capitalismo che cambia: fosche prospettive?,* in *St. Merc.*, n. 94, aprile 2012, pp. 15-28;

M. Brollo, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 371-395;

G. Bronzini, *International Labour Organization,* in G. Finizio, L. Levi, N. Vallinoto (edited by) *First International Democracy Report 2011,* Center for studies on federalism, pp. 1-30;

A. Cantilena, E. Sessa, *La derogabilità delle <conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro> di cui all'art. 8 manovra bis e l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori: prime letture*, in F. M. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 295-307;

F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*IT* – 133/2011;

M. Carrieri, T. Treu, *Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare,* in M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 7-108;

L. Castelvetri, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale,* in *ADL,* 4-5/2010, pp. 847-869;

G. P. Cella, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane,* in *St. merc.,* n. 94, aprile 2012, pp. 29-54;

G. P. Cella, *Produttività e relazioni industriali,* in *DLRI,* n. 138, anno XXXV, 2013, 2, pp. 285-292;

C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro,* in Giornate di studio A.I.D.LA.S.S. "*Inderogabilità* delle *norme* e *disponibilità* dei *diritti*", Modena 18-19 aprile 2008, in *www.aidlass.it*;

C. Cester, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenza del recesso dal rapporto di lavoro,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 405-417;

P. Chieco, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 363-371;

M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. 138/2011conv. In l. n. 138/2011,* in *RDL*, n. 4 Ottobre - Dicembre 2011, pp.359-384;

A. Cova, *Impresa e lavoro a Milano nei primi del Novecento*, in *La nascita del diritto del lavoro (a cura di M. Napoli),* Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 25-45;

M. Covi, *La prima pronuncia della Corte Costituzionale sull'art. 8 l. n. 148/2011: la norma non invade la competenza regionale ma le "specifiche intese" non hanno un ambito illimitato*, in *RDL*, pp. 1-5, in *www.dejure.it* ;

C. Crouch, *Il declino delle relazioni industriali nell'odierno capitalismo,* in *St. merc.,* n. 94, aprile 2012, pp. 55-75;

M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo. Una crisi di identità?,* in *RGS,* anno XLIX -1998 –n. 2, pp. 311-331;

M. D'Antona, *Documento preliminare,* in *RGL,* 2/1998, pp. 388-390;

M. D'Antona, U. Romagnoli, *Per una legge sulla rappresentanza nei luoghi di lavoro e sulla rappresentatività sindacale verificata,* in *RGL,* 2/1998, pp. 391-397;

E. De Fusco, *La contrattazione di prossimità al vaglio delle prime applicazioni,* in *GL,* n. 37-23 settembre 2011;

R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011,* in *DRI*, n. 1/XXII-2012, pp. 11-15;

M. Del Conte, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro,* in *DRI*, n. 1/XXII-2012, pp. 24-40;

C. Dell'Aringa, *L'accordo sulla produttività: quali prospettive per competitività e salari?*, in *DLRI*, n. 138, 2013, 2, pp. 293-314;

R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD,*1/2012, pp. 31-52;

R. Del Punta, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla "sentenza Fiat",* in *RDL,* anno XXX-2011, pp. 1421-1433;

R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi,* in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana,* Giuffré, Milano, pp. 253-405;

R. Del Punta, *Note su Pomigliano,* in *DLM,* 2/2010, pp. 505-516;

M. Delfino, *Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee*, in *DLM,* 3/2012, pp. 465-479;

G. Favalli, *La contrattazione di prossimità nelle sue possibili soluzioni operative, con particolare riguardo al profilo delle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro,* in F. M. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 283-293;

M. Ferraresi, *L'art. 8, decreto legge n. 138/2011, supera il vaglio di costituzionalità ex articolo 117 della Costituzione in tema di riparto di competenza tra Stato e Regioni,* in *DRI,* n. 1, gennaio-marzo 2013, pp.1-8, in *www.dejure.it* ;

G. Ferraro, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht,* in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana,* Giuffré, Milano, pp. 163-252;

G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo,* in *RGS,* anno LXII-2011-n. 4, pp. 739-777;

G. Ferraro, *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 408-415;

L. Gallino, *La fine del contratto nazionale,* in *Il manifesto,*14 dicembre 2012;

L. Gallino, *La minaccia dell'art. 8,* in *La Repubblica,* 15 settembre 2011;

A. Garilli, *L'art. 8 della legge 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 139/2012*, pp. 1-15;

A. Garilli, *Profili evolutivi del diritto del lavoro italiano*, in *Jornadas hispano-italianas sobre reformas legislativas del derecho laboral en tiempo de crisis,* Lowcost books, Valencia, 2013, pp. 55-61;

E. Ghera, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RDL,* 2-2012, pp. 195-245;

E Ghera, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro-Passarelli al pluralismo ordinamentale,* in *LD*, 3/2009, pp. 351-371;

G. Z. Grandi, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 449-457;

C. Guglielmi, *Prime riflessioni sull'accordo interconfederale del 21 novembre 2012,* in *www.dirittisocialiecittadinanza.org*;

O. La Tegola, *Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano, Mirafiori e Melfi,* in *DLM*, 3/2012, pp. 517-542;

P. Lambertucci, *Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 361-370;

A. Lassandari, *Il giudice equilibrista e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*, in *RGS,* anno LXII-2012 –n. 1, pp. 3-18;

A. Lassandari, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l . n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità,* in *LD,* 1/2012, pp. 55-79;

V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale, DLRI,* n. 136, anno XXXIV, 2012,4, pp. 479-518;

S. Leonardi, *Gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali*, in *QRS*, 3/2010, pp. 355-369;

F. Liso, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge 148/2011*, in *DLRI,* n. 135, anno XXXIV, 2012,3, pp. 453-473;

F. Liso, *L'accordo interconfederale del 2011 e la legge sulla "contrattazione collettiva di prossimità",* in M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 293-345;

M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI,* n. 1/XXII-2012, pp. 5-14;

M. Magnani, *Problemi vecchi e nuovi del diritto sindacale italiano,* in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 467-474;

M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica,* in *DRI,* n. 1/XXII-2012, pp. 41-56;

A. Maresca, *Accordi collettivi separati tra libertà contrattuale e democrazia sindacale,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 475-496;

A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138,* in *DRI*, n. 1/XXII-2012, pp. 16-22;

L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?,* in *Studi in onore di Tiziano Treu,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 497-506;

M. G. Mattarolo, *Disciplina dell'orario di lavoro,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 397-403;

O. Mazzotta, *"Apocalittici" e "integrati" alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo,* in *LD,* 1/2012, pp. 19-28;

L. Menghini, *Contratti a termine,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 433-447;

G. Michelin, *Tutela in caso di licenziamento ingiustificato,* in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Ue- casi e materiali,* Chimenti, Taranto, 2009, pp. 363-369;

L. Monterossi, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011,* in *RGS,* anno LXIV- 2013-n- 1, pp. 211-221;

S. Negrelli, *Le relazioni industriali da Ford a Marchionne,* in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 537-552;

V. Papa, *Verso l'autarchia contrattuale?L'efficicacia collettiva del contratto collettivo specifico (e separato) al tempo della prossimità,* in *RDL,* 3/2012, p. 712;

R. Pedersini, *Le relazioni industriali a livello di impresa,* in C. Dell'Aringa, S. Negrelli (a cura di), *Le relazioni industriali dopo il 1993,* Aisri/Franco Angeli, pp.230-253;

G. Pera, *Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio?,* in *RDL*, anno XIX-2000, pp. 97-107;

M. Persiani, *Osservazioni estemporanee sull'Accordo Interconfederale del 2011,* in *ADL*, 3/2011, pp. 451-456;

A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*-132/2011, pp. 1-72;

R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità,* in *DRI*, n. 1/XXII-2012, pp. 57-66;

R. Pessi, *Indisponiblità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis,* in *RDL, n. 4, ottobre-dicembre 2011;*

R. Pessi, *La contrattazione in deroga: il "caso" Pomigliano,* in *ADL,* 6/2010, pp. 1119-1131;

A. Piccinini, *La democrazia nei luoghi di lavoro,* in *www.dirittisocialiecittadinanza.org* ;

C. Pisani, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *DRI*, n. 1/XXII-2012, pp. 67-77;

M. Regini, *Tre fasi, due modelli e una crisi generalizzata,* in *St. merc.,* n. 94, aprile 2012, pp. 77-89;

M. Roccella, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati serovono ancora?,* in *Micromega,* 8/2010, pp. 171-181;

U. Romagnoli, *Il neofeudalesimo del lavoro*, in *Il manifesto,* 24 agosto 2011;

U. Romagnoli, *La balcanizzazione delle relazioni industriali,* in *Il manifesto,* 30 agosto 2011;

U. Romagnoli, *L'ambiguo compromesso del 28 giugno,* in *www.eguaglianzaeliberta.it*;

U. Romagnoli, *Stanno privatizzando il diritto del lavoro,* in *Il manifesto,* 31 gennaio 2012;

C. Romeo, *La contrattazione collettiva tra categorie civilistiche e nuovi scenari del diritto sindacale: il caso degli accordi separati,* in *,* 3/201, pp. 461-497;

M. Rusciano, *La metamorfosi del contratto collettivo,* in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.,* marzo 2009, anno LXIII- n. 1, pp. 29-61;

M. Rusciano, *Livelli di contrattazione e trattamenti retributivi,* in *Studi in onore di Tizino Treu,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 571-588;

M. Rusciano, *L'articolo 8 è contro la Costituzione,* in *www.eguaglianzaeliberta.it;*

M. Rusciano, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *DLM,* 3/2009, pp. 553-567 ;

F. Santoni, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza,* in *RDL*, n. 1, gennaio-marzo 2013, pp. 1-18;

G. Santoro Passarelli, *Efficiacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio,* in *RDL,* anno XXIX-2010, PP. 487-522;

I. Senatori, *Multinationals and National Industrial Relations in times of crisis: The Case of Fiat,* in *TIJ,* 28, n. 4 (2012), pp. 469-488;

P. Sestito, *Alcuni commenti su tendenze generali e specificità italiane,* in *St. merc.,* n. 94, aprile 2012, pp. 91-102;

M. Tiraboschi, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali,* in *DRI*, n. 2/XXI, 2011, pp. 346-361;

M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi,* in *DRI*, n. 2/XXI, 2011, pp. 78-92;

P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale?*, in *ADL,* 6/2011, pp. 1212-1223;

P. Tosi, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione*, in *ADL*, 3/2013, pp. 506-549;

T. Treu, *Patto sulla produttività e ruolo della contrattazione,* in *Contratti e contrattazione collettiva,* n. 12-dicembre 2012, Il sole 24 ore, pp. 4-6

T. Treu, *Una nuova era per i sindacati,* in *Europa,* 30 giugno 2011;

L. Tronti, *Dopo l'ennesimo accordo inutile. Un nuovo scambio politico,* in *DLRI,* n. 138, anno XXXV, 2013, 2, pp. 303-314;

M. Tuttobene, *Decontribuzione dei salari di produttività 2012: perplessità circa i termini per il deposito dei contratti di secondo livello. Valutazioni giuridiche e gestionali*, in *DRI*, 3/2013, pp. 815-821;

G. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: verso un nuovo assetto delle relazioni industriali,* in *RDL,* n. 1, gennaio-marzo 2012, pp. 1-14, in *www.dejure.it*;

M. Vitaletti, *La retribuzione variabile all'esame della giurisprudenza di legittimità,* in *www.adapt.it ;*

R. Voza, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile,* in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga,* Ipsoa, 2012, pp. 419-432;

A. Zambelli, *Pomigliano d'Arco: un nuovo capitolo nelle relazioni tra le parti sociali,* in *GL,* n. 38 -30 settembre 2011, pp. 29-33;

G. Zilio Grandi, *La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro normativo di riferimento e impatto nell'accordo sui livelli retributivi,* in *DLM,* 1/2013, pp. 33-51;

L. Zoppoli, *Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012,* in *W.P.C.S.E.L.L. "Massimo D'Antona",* 99/2013, pp. 1-17.

Spagna

Monografie

AAVV, *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* Tecnos, Madrid, 2013;

AAVV, *Jornadas hispano-americanas sobre reformas legislativas del derecho laboral en tiempo de crisis,* Low Cost Books, 2013;

AAVV, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012,* Ediciones Cinca, Madrid, 2012;

AAVV, *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Vallalolid, 2011;

F. Cavas Martínez (coordinador), *La reforma laboral de 2012,* Ediciones Laborum, Murcia, 2012;

J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa,* Ces, Madrid, 1998;

J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012,*Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013;

J. R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013;

Articoli

AAVV, *La nueva reforma laboral,* in *Relaciones Laborales,* número 5, marzo 2012, pp. 1-38;

AAVV, *Las reformas de la reforma laboral de 2012 (la ley 3/2012 y el rdl 20/2012),* in *RL*, número 15-18, Agosto-Septiembre 2012, pp. 1-29;

C. L. Alfonso Mellado, *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios,* in *RL,* n. 3, marzo 2013;

I. M. Alonso, *I principali aspetti della riforma del lavoro spagnola,* in *MGL,* 8/9-2012, pp. 634-636;

M. Barrutia Urritikoetxea, *El preámbulo del Rdl 3/2012 o las retorica de la manipulación,* pp. 19-36, in *RDS,* 57 (2012), pp. 19-36;

A. Baylos Grau, *La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del impresario en la ley 3/2012*, in *RDS*,57/2012, pp. 9-19;

A. Baylos Grau, J. Cabeza Pereiro, *La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amaparo del art. 84.2 ET,* in *RDS*,59/2012, pp.9, in *www.editorialbomarzo.es*;

M. A. Castro Argüelles, *Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo*, in *Comentario a la Reforma Laboral de 2012,* por *A. Montoya Melgar, J. G. Murcia (directores),* Thomson Reuters, Civitas, 2012, pp. 371-404;

M. Correa Carrasco, *La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales,* in *RDS*, n. 59/2012, pp. 1-20;

J. Cruz Villalón, *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España y Italia,* in *RDS,* 56/2011, pp. 11-20;

J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012,* in *RDS,* 57/2012, pp. 231-247;

J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011*, in I. García Perrote Escartín, J. R. Mercader Uguina (Directores), *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Vallalolid, 2011, pp. 19-46;

J. Cruz Villalón, *Texto y contexto de las reformas de la negociaciòn colectiva 2011 y 2012,* in *Reformas estructurales y negociación colectiva. XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2012, pp. 18-76;

M. del Carmen López Aniorte, *La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales,* in F. Cavas Martínez (Coordinador), *La reforma laboral de 2012,* Ediciones Laborum, Murcia, 2012, pp. 149-178;

R. Escudero Rodríguez, *Presentación,* in R. Escudero Rodríguez (Coordinación), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012,* Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp. 11-55;

J. Gárate Castro, *La reforma de las reglas de legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos,* in *RL*, 23-24/2011, pp. 51-83;

G. García Gonzalez, *La prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2012,* in *RL*, 2/2013, pp.75-84;

G. García Viña, *Il sistema di relazioni industriali in Spagna dopo la riforma della contrattazione collettiva. L'impegno per il contratto di azienda,* in *DRI*, n. 1/XXII-2012, pp. 258-265;

F. J. Gómez Abelleira, *La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora,* in I. García-Perrote Escartín, J. R. Mercader Uguina, *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Vallalolid, 2011, pp. 129-156;

S. González Ortega, *La negociación colectiva en el real decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* in *TL-RATBS,* n. 115/2012, pp. 85-134;

F. A. González Díaz, *La regulación de las horas extraordinarias por la negociación colectiva,* in *RL,* número 10, mayo 2012, pp. 9-48;

J. Gorelli Hernández, *La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* Tecnos, Madrid, 2013, pp. 55-91;

J. Gorelli Hernández, *Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa,* in *RL*, 9/2013, pp. 35-65;

M. Gutiérrez Pérez, *La flexibilidad interna y externa negociada: el papel de los representantes de los trabajadores en materia de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial y despido colectivo,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* Tecnos, Madrid, 2013, pp. 221-246;

M. Llano Sánchez, *La negociación colectiva como fuente de regulación de condiciones de trabajo y de adopción de decisiones empresariales,* in *Comentario a la Reforma Laboral de 2012,* por *A. Montoya Melgar, J. G. Murcia (directores),* Thomson Reuters, Civitas, 2012, pp. 345-369;

I. Marín Alonso, *Legitimación y comisión negociadora,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* Tecnos, Madrid, 2013, pp. 93-120;

M. L. Martín Hernandez, *L'ultima fase dell'evoluzione del diritto del lavoro spagnolo: le riforme del biennio 2010-2012,* in *DRI,* n. 4, ottobre-dicembre 2012, pp. 1-13;

L. Mella Méndez, *La nueva estructura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor,* in *RGDTSS*,33/2013, pp. 1-19, in *www.iustel.com*;

J. R. Mercader Uguina, *El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultractividad,* in García Perrote, I., Mercader Uguina, R. (Dir.), *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la ley 3/2012 y de los Reales Decretos Leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Vallallolid, 2013, pp. 277-330;

J. R. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el real decreto-ley 7/2011,* in I. García-Perrote Escartín, J. R. Mercader Uguina, *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Vallalolid, 2011, pp. 69-102;

J. R. Mercader Uguina, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociaciòn colectiva: la reforma de la ley 3/2012,* in García-Perrote, I., Mercader Uguina, J. R., *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto Ley 20/2012*, Vallalolid, Lex Nova, 2012, pp. 419-455;

A. Merino Segovia, *Sentido y alcance de las reformas de 2012: nuevos (des)equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial,* in AAVV (obra coordinada por A. Baylos, *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012,* Bomarzo, 2012, pp. 377-404;

M. L. Molero Marañon, *El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la ley 35/2010 y el rdl 7/2011,* in , pp. 159-211;

P. Nieto Rojas, *Comisiones ad hoc y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores,* in R. Escudero Rodríguez (Coordinación), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012,* Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp. 57-86;

S. Perán Quesada, *La preferencia del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva,* in *RGDTSS*,33/2013, pp. 127-141;

Mª de los Reyes Martínez Barroso, *Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, in *RL,* número 23-24, diciembre 2012, pp. 85-119;

M. I. Ribes Moreno, J. J. Fernández Alles, *La necesidad de un marco normativo integrado de relaciones laborales: a propósito de la nueva regulaciòn de la negociación colectiva tras la ley 3/2012,* in *REDT* ,157/2013, pp. 165-200;

M. Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *La difícil coyuntura del derecho del trabajo,* in *RL,* número 20 – octubre 2011, pp. 1-9;

M. Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Las claves de la reforma laboral de 2012*, in *RL*, número 23-24, diciembre 2012, pp. 1-25;

M. Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Réforme espagnole de la négociation collective,* in *Revue de RDCTSS,* 2012/1, pp. 2-10;

M. Rodríguez-Piñero Royo, *La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale,* in *DLRI*, n. 137, 2013,1, pp. 91-106;

M. Rodríguez-Piñero Royo, *La reforma de la negociación colectiva: perspectiva general,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* Tecnos, Madrid, 2013, pp. 11-37;

E. Román Vaca, *Estructura de la negociación: novedades del artículo 83.2 ET tras las reformas de 2011 y 2012,* in J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso (Coordinadores), *El nuevo derecho de la negociación colectiva,* Tecnos, Madrid, 2013, pp. 39-53;

T. Sala Franco, *La reforma de la negociación colectiva,* in *Jornadas hispano-italianas sobre reformas legislativas del derecho laboral en tiempo de crisis,* Low Cost Books, Valencia, 2013, pp. 13-39;

D. Toscani Giménez, *La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012,* in *REDT,* n. 155, pp. 71-101;

F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et réforme du marché du travail: le cas espagnol,* in *R DCTSS*, 2/2012, pp. 18-28;

F. Valdés Dal-Ré, *La juridificaciòn del concepto de flexibilidad interna,* in *RL,* número 22, noviembre 2011, pp. 3-10;

F. Valdés Dal-Ré, *La reforma de la negociaciòn colectiva de 2012,* in *RL*, n. 23-24, diciembre 2012, pp. 221-257;

B. Valdés de la Vega, *El nuevo espacio de la flexiblidad interna funcional,* in *RDS,* n. 57/2012, pp. 1-10.

USA

Monografie

J. B. Atleson, *Values and assumptions in American Labor Law,* The University of Massachusets Press, 1983;

AAVV (edited by N. Lichtenstein and H. J. Harris), *Industrial democracy in America,* Woodrow Wilson Center Press and Cambridge University Press, 1996;

AAVV, *The global workplace,* Cambridge University Press, New York, 2007;

E. Courtois Champenois, *Le droit du travail américain, un travail de l'entreprise,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002;

Cox, D. Curtis Bok, R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Casenote Legal Briefs Labor Law,* Aspen Publisher, 2007;

Cox, D. Curtis Bok, R. A. Gorman, M. W. Finkin, *Labor Law,* Thomson Reuters, Foundation Press, 2011;

R. F. Koretz, *Statutory history of the United States. Labor organization,* Chelsea House Publishers, 1971;

H. A. Millis, E. C. Brown, *From the Wagner Act to Taft-Harley*, The University of Chicago Press, 1950;

S. Perlman, *Per una teoria dell'azione sindacale,* Edizioni Lavoro, Roma, 1980;

A. R. Schelsinger Jr., *L'età di Roosvelt. L'avvento del New Deal. 1933-1934*, Il Mulino, Bologna,1957.

Articoli tratti da riviste

R. J. Adams, *The Employee Free Choice Act: A skeptical view and alternative,* in *LSJ*, 4/2007, pp. 1-15;

R. J. Adams, *Collective bargaining: the Rodney Dangerfield of human rights,* in *LLJ,* 1999, pp. 204-209;

G. Berta, *I nuovi criteri dell'azione sindacale secondo la Uaw,* in *DLRI*, n. 129, anno XXXIII, 2011, 1, pp. 95-112;

J. E. Booth, J. W. Budd and K. M. Munday, *Never Say Never? Uncovering the Never-Unionized in the United States,* da *British Journal of Industrial Relations,* 48:1 March 2010, Blackwell Publishing Ltd/London School of Economics;

W. R. Corbett*, Waiting for the Labor Law of theTwenty-First Century: Everything Old Is New Again,* in *Berkeley J. Emp. & Lab. L. 259 2002,* pp. 259-306;

J. Cutcher, *Prospettive della contrattazione collettiva statunitense nell'economia della conoscenza globale e post-crisi*, in *LD*, 2/2010, pp. 293-310;

E. Dannin, *Nlra values, Labour values, American values,* in BJEL, 223, 2005, pp 223-274;

Renée-Claude Drouin, *Le pluralisme industriel: point de rencontre, point de rupture entre relations industrielles, droit du travail et management,* in *Sem. Soc. Lamy,* Supplement n. 1576, 18 mars 2013, pp. 13-21;

A. E. Eaton, J. Kriesky*, Nlrb elections versus card check campaigns: results of a worker survey,* in *ILRR,* Vol. 62, No. 2 (January 2009), pp. 157-172;

C. Enrico, *Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva,* in *DRI,*1/2008 pp. 271-277;

R. Fahlbeck, *The Demise of Collective Bargaining inthe USA: Reflections on theUn-American Character of American Labor Law,* in *Berkeley J. Emp. & Lab. L.,* 307 1994, pp. 307-334;

M. Faioli, *Detroit non è Pomigliano. Il diritto sindacale nordamericano e il caso Chrysler-Fiat*, in *RDL*, anno XXIX-2010, pp. 387-421;

G. Godard, *The exceptional decline of the American Labor Movement,* in *Industrial and Labor Relations Review,* Vol. 63, No. 1 (October 2009), pp. 82-108;

P. Griseri, *Fiat Chrysler Automobiles: sede in Olanda, fisco inglese e quotazione a New York*, in *www.repubblica.it*;

B. Kaufman, *The core principle and Fundamental Theorem of Industrial Relations*, da *T IJ,* Vol. 23 Issue I, 2007, Kluwer Law International;

B. Kaufman, *Wage Theory, New Deal Labor Policy, and the Great Depression: where government and unions to blame?,* in *ILRReview,* 65(3), July 2012, pp. 501-532;

B. King, *Auto Usa, il sindacato Uaw del ventunesimo secolo,* in *www.conquistesul lavoro.it/cdl/it/Archivio_notizie/2010/Settembre/info/*458028602;

T. C. Kohler, *Decentralizing Industrial Relations: The American Situation and its Significance in Comparative Perspective*, in AAVV (editor R. Blanpain), *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labour Unions and Employee Representatives,* Kluwer Law International, The Nettherlands, 2007;

T. C. Kohler, *Restatement- Technique and Tradition in the United States,* in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 24, issue 4, 2008, pp. 469-493;

A. Lettieri, *Fiat nella Spoon River dell'industria italiana,* in *www.eguaglianzaeliberta.it*, 4 gennaio 2014*;*

R. L. Lieberwitz, *Etats Unis,* in *RDTCSC,* 1/2013, pp. 109-110;

G. Mautone, *Appunti in tema di previdenza complementare negli Stati Uniti,* in *DRI*, 4/2000, pp. 467-483;

L. Mariucci, *Uno sguardo alle relazioni industriali negli Usa,* in *LD*, a. I, n. 1, gennaio 1987, pp. 69-93;

A. Mecozzi, *L' "union busting" della Fiat in Italia: importare il peggio del sistema di relazioni industriali degli Stati Uniti,* in *www.micromega.it*, 11 gennaio 2011;

L. Miranda, *Gli accordi del gruppo Fiat-Chrysler: verso un modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?,* in *DLM,* 1/2012, pp. 93-113;

R. Milkman, *Back to the future?Us Labour in the new Gilded Age,* in *BJIR,* 7/2013, pp. 645-665;

V. Parola, *Fiat e Chrysler, lettera a Marchionne dal sindacato mondiale,* in *La Repubblica,* 22 giugno 2011;

G. Pellicano, *Le aziende automobilistiche americane e il sindacato: una partnership alla prova della sfida competitiva*, in *DRI*, n. 1/XIV-2004, pp. 125-130;

F. M. Putaturo Donati, *Il sistema statunitense privato di assicurazione previdenziale,* in *DRI*, 4/2000, pp. 485-499;

K. V. W. Stone, *Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro,* in *RDL,* anno XXIV, 4/2005, pp. 395-425;

D. Zolo, *Libertà, proprietà, eguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico (a cura di E. Vitale),* Laterza, Bari, 2008, pp. 49-76.

Economia del lavoro

Borjas, *Labor Economics,* Mc Graw-Hill International Edition, 2010;

E. Tarantelli, *Economia politica del lavoro,* Utet, Torino, 1986.