

# Scene di contenzioso del lavoro e certificazione dei contratti

Il ruolo della certificazione dei contratti di lavoro in materia di qualificazione del rapporto, di cambio di appalto, di licenziamenti e di contrattazione collettiva

Di **Giovanni Calvellini**

Pubblicato il 17 febbraio 2021

*Il presente testo riproduce le relazioni del Convegno "Scene di contenzioso del lavoro e certificazione dei contratti" tenutosi in data 20 gennaio 2021 e organizzato dalla Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università degli Studi di Siena in collaborazione con l'Ordine degli Avvocati di Siena.*

## **Sommario:**

**Subordinazione o autonomia? Il rapporto di lavoro tra incertezze qualificatorie e certificazione dei contratti**

**Cambio di appalto e trasferimento d'azienda: l'intervento della Commissione di certificazione su due fattispecie dal confine ancora incerto**

**Licenziamento individuale e (in)certezza del diritto: alla ricerca di punti fermi su causali e tutela**

**Parametri di riferimento per l'autonomia negoziale nel prisma della contrattazione collettiva**

## **1. Subordinazione o autonomia? Il rapporto di lavoro tra incertezze qualificatorie e certificazione dei contratti[1]**

Gli operatori del diritto, in special modo gli avvocati, nel ricercare i tratti della subordinazione nei casi concreti fanno, da tempo, pieno affidamento su una massima giurisprudenziale che ha avuto molto successo, secondo la quale l'elemento decisivo che contraddistingue il lavoro subordinato rispetto all'autonomo "è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro ed il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale. Costituiscono poi indici sintomatici della subordinazione, valutabili dal giudice del merito sia singolarmente che complessivamente, l'assenza del rischio di impresa, la continuità della prestazione, l'obbligo di osservare un orario di lavoro, la cadenza e la forma della retribuzione, l'utilizzazione di strumenti di lavoro e lo svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore di lavoro" (Cass. 16.5.2016, n. 10004; in senso conforme v. ex plurimis **Cass., sez. II, 31.10.2013, n. 24561**). In altre parole, l'impostazione che si trova comunemente nei tribunali è quella degli "indici" della subordinazione: si prende il caso concreto e se ne misura la maggiore o minore corrispondenza rispetto a quegli elementi. Questo modo di ragionare nasce dall'esigenza di stabilire dei punti fermi nel lavoro subordinato, il quale è circondato da diversi decenni da una notevole incertezza qualificatoria. Tale incertezza si è acuita con l'introduzione, nel 1973, delle collaborazioni coordinate e continuative ma è da ricondurre anche alla crisi dell'eterodirezione barassiana come elemento distintivo del lavoro subordinato. E ciò non solo rispetto a figure nelle quali il potere direttivo esiste solo potenzialmente ed è "attenuato", in quanto esercitato all'inizio della prestazione e seguito da un controllo a valle del risultato, ma anche a causa dell'adozione massificata di figure di decentramento produttivo, tradizionali (come il lavoro a domicilio) o più moderne (come il lavoro agile).

Il legislatore è negli ultimi anni intervenuto sul tema della natura del rapporto di lavoro allo scopo di mettervi ordine ma producendo, invero, il risultato opposto. L'art. 2 **D.lgs. n. 81/2015**, in particolare, ha introdotto la figura delle collaborazioni organizzate dal committente: dal 1° gennaio 2016, quando le modalità di esecuzione di una collaborazione autonoma di carattere esclusivamente personale e continuativo sono organizzate dal committente, anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro, si applica la disciplina della subordinazione. A lungo la dottrina si è confrontata sul significato di tale disposizione, se modificativa dell'art. 2094, se codificante il criterio giurisprudenziale dell'eterorganizzazione quale elemento distintivo della subordinazione o se, ancora, introduttiva di un tertium genus tra subordinazione e autonomia. Il legislatore, in ragione di tali dubbi e, nello specifico, al fine di chiarire quando vi è "coordinamento" e quando "eterorganizzazione", con l'art. 15 **L. n. 81/2017** ha modificato l'art. 409 n. 3 c.p.c. Si ha quindi coordinamento "quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa". E allora si avrà eterorganizzazione quando le modalità di esecuzione della collaborazione sono organizzate unilateralmente dal committente, che si pone, quindi, su un piano diverso rispetto al collaboratore.

Eppure, i dubbi sono rimasti. Ciò non solo perché con l. n. 128/2019 l'art. 2 **D.lgs. n. 81/2015** è stato nuovamente modificato attraverso l'eliminazione di ogni riferimento ai "tempi e luoghi" di lavoro e il passaggio dall'avverbio "esclusivamente" all'avverbio "prevalentemente", che comporta una ulteriore estensione della disciplina della subordinazione a discapito delle collaborazioni coordinate e continuative, ma anche a causa della già esistente disciplina di cui alla **L. n. 81/2017**. Essa, infatti, se da un lato conferisce protezioni minime al lavoro autonomo non imprenditoriale (e ciò dovrebbe far riflettere in un diritto del lavoro che a lungo ha escluso dal proprio ambito di riflessione l'autonomia), dall'altro lato, agli artt. 18-23, regola il lavoro agile, una modalità di esecuzione del lavoro subordinato in cui i poteri datoriali sono oggetto di contrattazione individuale tra le parti del rapporto di lavoro.

In questo labirinto di fattispecie, la Cassazione ha tentato da ultimo di fornire alcuni punti cardinali. Nel qualificare i ciclofattorini di Foodora come collaboratori eterorganizzati, gli Ermellini hanno "tagliato la testa al toro", statuendo come non abbia molto senso interrogarsi sull'appartenenza di queste collaborazioni all'ambito dell'autonomia o della subordinazione poiché l'unica cosa che conta è che il legislatore, con una norma anti-elusiva e secondo un approccio rimediabile, abbia voluto estendere l'applicazione delle protezioni della subordinazione a un manipolo di individui particolarmente vulnerabili sotto il profilo economico e sociale nel mondo del lavoro odierno. Si tratta di una prospettiva indubbiamente innovativa e creativa, ispirata alla giurisprudenza statunitense e tesa, a quanto pare, a superare il concetto di fattispecie, operazione che, però, richiede un profondo ripensamento dei principi del nostro ordinamento, attuabile solo per via legislativa, e una rivoluzione del modo di pensare degli operatori del diritto.

Il quadro della qualificazione del rapporto di lavoro in Italia è quindi assai complesso e caotico, privo di certezze e non semplice da applicare ai casi reali. In particolare, difficile è comprendere quando in concreto vi sia subordinazione, quando autonomia, quando eterorganizzazione e quando coordinamento. L'onere della prova a carico del lavoratore, poi, alimenta possibili ingiustizie, essendo verosimile che dove un giudice veda la subordinazione un altro scorga l'autonomia.

Alla luce di ciò, l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro può essere di importanza cruciale nell'attestare la genuinità di contratti di lavoro già sottoscritti o da sottoscrivere. Del resto, l'art. 2, comma 3, **D.lgs. 81/2015** suggerisce alle parti di rivolgersi alle Commissioni di certificazione per vedersi certificare l'assenza dei requisiti dell'eterorganizzazione e, quindi, la genuinità della collaborazione coordinata e continuativa. In questo contesto la volontà assistita, dando maggiore certezza alle parti in ordine alla natura del rapporto, non andrà solamente a loro beneficio ma avrà riflessi positivi anche sull'attività degli ITL e dei Tribunali, deflazionando i procedimenti ispettivi e giudiziari. E ciò anche in forza dell'art. 80, comma 4, **D.lgs. n. 276/2003**, il quale impone alla parte che voglia promuovere un giudizio per veder "riqualificare" il contratto certificato di esperire previamente tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Commissione di certificazione che ha adottato l'atto certificatorio, a pena di improcedibilità della domanda, stante il recente orientamento delle Sezioni Unite sulle conciliazioni in materia di telecomunicazione, applicabile per analogia al caso che ci occupa (Cass. S.U. 28.4.2020, n. 8241. Diversamente, i pochi casi di merito che si

sono occupati in passato della violazione dell'art. 80, comma 4, D.lgs. n. 276/2003 hanno optato per l'improponibilità. V. Trib. Firenze 11.10.2017 e Trib. Roma 4.7.2017, n. 6489).

## **2. Cambio di appalto e trasferimento d'azienda: l'intervento della Commissione di certificazione su due fattispecie dal confine ancora incerto[2]**

In merito all'appalto e al trasferimento d'azienda – definiti rispettivamente all'art. 1655 c.c. come quell'organizzazione di mezzi necessari con gestione a proprio rischio per compiere una determinata opera/servizio dietro corrispettivo economico e all'art. 2112 c.c. come qualunque operazione che determini il mutamento di titolarità dell'azienda o di un suo ramo (es. cessioni, fusioni) – è possibile osservare una "zona grigia" al confine tra le due fattispecie.

Il punto di contatto, e di contrasto, tra questi due istituti apparentemente disgiunti risiede in particolare nel caso del cambio di appalto, ovvero il momento in cui si assiste a un "avvicendamento" tra l'appaltatore uscente e quello entrante. Possono infatti sorgere possibili dubbi interpretativi qualora il soggetto subentrante si ritrovi, in forza di clausole sociali a finalità di tutela dell'occupazione, a riassumere in parte o totalmente i lavoratori precedentemente impiegati dall'impresa uscente. L'affinità che ne deriva con l'istituto del trasferimento d'azienda genera inevitabilmente incertezza circa la genuinità della successione, soprattutto quando il nuovo appaltatore finisce per entrare in possesso sia del personale già impiegato dal suo predecessore, sia di alcune strutture e mezzi per lo svolgimento dell'attività economica.

La necessità di distinguere in modo più chiaro i due istituti, nonché di risolvere il problema dell'iniziale incompatibilità tra l'impostazione originaria dell'art. 29 del D.lgs. n. 276/2003 e il dettato comunitario, ha portato il legislatore con la **L. n. 122/2016** a rivedere tale distinzione in senso non assoluto e a precisare che: «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda». Non si configurerà pertanto un trasferimento di azienda, bensì una genuina acquisizione di personale a seguito di subentro di nuovo appaltatore, nel caso in cui il soggetto entrante sia dotato di una propria struttura organizzativa e operativa e possa, di conseguenza, vantare elementi di discontinuità che ne determinano una specifica identità d'impresa.

Tuttavia, nella pratica non sempre risulta immediato determinare a priori quali siano gli elementi di discontinuità, cosa che rende necessario affidarsi caso per caso alla valutazione del giudice per capire se si tratti di cambio di appalto o trasferimento d'azienda. Tale problema appare particolarmente sentito negli appalti labour intensive, in cui ai fini della decisione si è soliti dare maggiore attenzione al concetto di know how, inteso come insieme delle capacità e competenze funzionali al perseguimento di un determinato risultato produttivo. In tali circostanze, ciò che determina la differenza tra il trasferimento d'azienda e il subentro di appalto è anche la professionalità dai lavoratori e non solo il numero dei soggetti riassunti.

Prendendo ad esempio come caso di zona grigia l'ambito degli appalti nei servizi di ristorazione, appare interessante rilevare come il subentro nei servizi di mensa da parte di un nuovo appaltatore che si avvale della complessiva entità economica in precedenza impiegata dall'imprenditore uscente (es. personale, strutture, macchinari) venga ricondotto al trasferimento d'azienda; ciò avviene perché non ci si limita ad un regolare subentro nell'esercizio della mera attività d'impresa svolta in precedenza (Trib. Trento 5 febbraio 2019, n. 29; App. Trento 5 agosto 2019, n. 75). Si andrà dunque a configurare più frequentemente la disciplina dell'art. 2112 c.c. nel caso in cui la successione implichi anche un subentro nella gestione dei locali e della strumentazione di proprietà dell'appaltante che veniva utilizzata dal precedente appaltatore.

È doveroso sottolineare come in tali circostanze sia spesso l'entità dei beni economici ricevuti ad orientare il giudice verso il trasferimento d'azienda, soprattutto nel caso in cui la società subentrante, oltre all'acquisizione del personale precedentemente impiegato e di un complesso di beni di "ingente valore economico" (es. attrezzature, beni immobili, arredi), non dimostri un'adeguata autonomia organizzativa e

funzionale (Cass. 31 gennaio 2020, n. 2315). Infatti, pur non costituendo la componente materiale automaticamente un criterio assoluto per determinare la fattispecie del trasferimento – dal momento che può anche risultare di modesta entità o comunque necessario per svolgere l'attività appaltata –, è l'assenza di una specifica identità rispetto a quella svolta dell'impresa uscente sotto il profilo operativo e organizzativo a ricondurre inevitabilmente al trasferimento d'azienda.

Al contrario, è ravvisabile un subentro di appalto nel caso in cui il passaggio di personale e beni di modesta entità sia accompagnato da una chiara autonomia operativa e funzionale dell'impresa entrante, come riscontrato in un caso inerente ad un appalto del servizio regionale emergenziale 118 (Cass. 22 agosto 2019, n. 21615). Nel caso in cui la società subentrante provveda infatti a modificare nettamente l'assetto organizzativo rispetto alla precedente e acquisire nuova strumentazione (es. contratto autonomo di leasing per l'acquisto di autoambulanze) si dimostra una netta discontinuità.

Ne deriva pertanto che risulta difficile determinare con precisione quali siano gli elementi di discontinuità che permettono di escludere l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, nonostante siano stati definiti alcuni indicatori tipici dai giudici: 1) distinzione tra insieme generico di lavoratori e gruppo di dipendenti organizzato in modo funzionalmente autonomo; 2) modelli operativi, organizzativi e di gestione del lavoro utilizzati; 3) autonomia strutturale e funzionale nel perseguimento degli obiettivi. Risulta infatti spesso necessario affidarsi caso per caso alla puntuale valutazione del giudice per decidere se si tratti di cambio di appalto o trasferimento d'azienda, soprattutto alla luce del continuo cambiamento delle dinamiche produttive ed organizzative del lavoro che rende complicato tipizzare le casistiche appartenenti alla zona grigia tra subentro di appalto e trasferimento d'azienda.

È dunque in tali circostanze che le Commissioni di certificazione possono acquisire un ruolo determinante, andando ad affiancare il lavoro dei giudici e apportando un effetto deflattivo del contenzioso. Del resto, essendo tali Commissioni in grado di determinare con altrettanta chiarezza il corretto istituto di appartenenza, un maggiore ricorso al lavoro di certificazione andrebbe a contribuire al corretto riconoscimento dei diritti in capo ai lavoratori, aspetto di particolare rilevanza soprattutto alla luce delle notevoli differenze sul piano retributivo e previdenziale che sussistono tra trasferimento d'azienda e successione dell'appalto.

### **3. Licenziamento individuale e (in)certezza del diritto: alla ricerca di punti fermi su causali e tutela[3]**

Quando si parla di contenzioso in materia di licenziamenti individuali, uno dei problemi più sentiti sul piano applicativo è quello dell'incertezza del diritto, che affligge, da sempre, il giudizio avente ad oggetto la legittimità del provvedimento espulsivo e, a partire dalle riforme del 2012 e 2015, anche la valutazione circa la tutela applicabile.

È fuori discussione che le ragioni di ciò stiano nella difficile intelligibilità del dettato normativo e nella complessa traducibilità applicativa della disciplina in materia, dalle quali discende, come conseguenza inevitabile, un'ampia discrezionalità interpretativa in capo al giudice. Incapace di intervenire a monte del problema (cioè a livello di disciplina normativa), il legislatore ha cercato in più di un'occasione di agire a valle dello stesso, ovvero di condizionare l'esercizio della funzione giurisdizionale in materia di licenziamenti incidendo sull'attività esegetica del giudice. In particolare, si vuole richiamare l'attenzione sul ruolo che, in quest'ultima operazione, è stato assegnato alla Commissione di certificazione.

Con l'art. 30, comma 3, **L. n. 183/2010** (c.d. Collegato lavoro) si è infatti tentato di vincolare il giudice alle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento previste dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e dai contratti individuali stipulati con l'assistenza delle Commissioni di certificazione. La portata innovativa della disposizione va però correttamente pesata. Quello introdotto nel 2010 non può essere considerato un vincolo in senso stretto, perché al giudice è prescritto di «tenere conto» delle tipizzazioni contrattuali e non di attenersi. In relazione alle ipotesi di giusta causa individuate dal contratto collettivo, peraltro, un'impostazione analoga era già predicata in giurisprudenza

(prima del Collegato lavoro, ex plurimis, Cass. 14.2.2005, n. 2906; tra le più recenti, invece, Cass. n. 23.5.2019, n. 14063). È utile, allora, richiamare quest'orientamento, che parte da una considerazione: la giusta causa di licenziamento integra una clausola generale, che richiede di essere concretizzata dall'interprete tramite valorizzazione dei fattori esterni relativi alla coscienza generale e dei principi tacitamente richiamati dalla norma.

Tale valutazione – sostiene da tempo la giurisprudenza – rientra nell'attività sussuntiva del giudice e non è vincolata dalle previsioni contenute nel codice disciplinare del contratto collettivo. Anche quando la condotta sia astrattamente corrispondente alla fattispecie tipizzata contrattualmente, infatti, occorre pur sempre che essa sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, attraverso un accertamento in concreto della proporzionalità tra sanzione ed infrazione, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo.

Secondo questo stesso indirizzo, però, la tipizzazione del contratto collettivo non resta priva di rilievo. Dalle valutazioni del codice disciplinare il giudice non può in ogni caso prescindere. Ciò in quanto con la predisposizione del codice disciplinare l'autonomia collettiva individua il limite di tollerabilità e la soglia di gravità delle violazioni degli artt. 2104 e 2105 c.c., in quel determinato momento storico ed in quel settore produttivo o contesto aziendale. Ne consegue coerentemente che, pur non essendo vincolante la tipizzazione delle fattispecie previste dal contratto collettivo nell'individuazione delle condotte costituenti giusta causa di recesso, la scala valoriale ivi recepita deve costituire uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c.

Questo approdo giurisprudenziale, estensibile mutatis mutandis al giustificato motivo di licenziamento, è dunque positivizzato dall'art. 30, comma 3, Collegato lavoro, che lo riferisce – e qui sta forse l'unico profilo d'innovazione della disposizione rispetto al diritto vivente – anche alle tipizzazioni contenute in clausole del contratto individuale sottoscritte con l'assistenza delle Commissioni di certificazione. Sulla base di quanto detto, allora, non è escluso che tali clausole siano disattese dal giudice, cioè che questi ritenga che un fatto al quale esse ricollegano il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo non integri in base alla legge una causale legittimante il provvedimento espulsivo.

Tuttavia, è evidente la convenienza in termini di maggiore certezza del diritto di una siffatta tipizzazione. Quest'ultima, infatti, può essere disattesa dal giudice solamente motivando specificamente e congruamente lo scostamento dalle determinazioni dell'autonomia individuale assistita dalla Commissione di certificazione. Le parti infatti ben potranno sottoporre il risultato della valutazione cui è pervenuto il giudice all'esame del giudice dell'impugnazione sotto il profilo della violazione del parametro integrativo della clausola generale (giusta causa o giustificato motivo) costituito dalle previsioni del contratto individuale stipulato con l'assistenza della Commissione di certificazione. Non va dimenticato, per di più, che quest'ultima, in ragione delle proprie specifiche competenze tecnico-professionali, è in grado di fornire una consulenza giuridica per la redazione delle clausole di tipizzazione che tenga conto degli orientamenti giurisprudenziali in materia.

Oltre che per questi aspetti, l'utilità dell'esercizio della facoltà di tipizzazione assistita prevista dall'art. 30, comma 3, può apprezzarsi sotto un altro profilo, e cioè quello della possibilità di dettagliare, per quella via, le previsioni del codice disciplinare del contratto collettivo; e questo, sia perché spesso accade che quest'ultime hanno carattere generale o meramente esemplificativo, sia perché le parti individuali possono ritenere utile definire puntualmente le possibili infrazioni disciplinari cui riconnettere la sanzione del licenziamento in relazione alla specificità delle mansioni assegnate al lavoratore.

È doveroso precisare, comunque, che questa attività di specificazione non può spingersi fino al punto di qualificare in termini di giusta causa o giustificato motivo ipotesi per le quali il contratto collettivo prevede espressamente una sanzione conservativa. La giurisprudenza maggioritaria (Cass. 30.3.2016, n. 6165, Cass. 5.5.2017, n. 11027, Cass. 9.5.2019, n. 12365; Cass. 16.7.2019, n. 19023) infatti ha affermato che la regola generale secondo la quale il giudice non è vincolato alle previsioni contenute nel codice disciplinare del contratto collettivo subisce un'eccezione ove la previsione negoziale ricollegli ad un determinato

comportamento solamente una sanzione conservativa: in tal caso il giudice è vincolato dal contratto collettivo, trattandosi di una condizione di maggior favore fatta espressamente salva dal legislatore con l'art. 12 l. n. 604/1966. Neanche l'autonomia individuale assistita potrà, di conseguenza, derogare in peius all'esplicita previsione del contratto collettivo riqualificando quel comportamento in termini di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento.

Nonostante quanto appena detto, i margini di manovra per le parti individuali restano ampiissimi, soprattutto se si guarda alla comune formulazione dei codici disciplinari. Nella materia in cui da sempre è più sentita la questione dell'incertezza del diritto, la Commissione di certificazione può offrire un contributo significativo per contenere l'impatto pratico del problema.

#### **4. Parametri di riferimento per l'autonomia negoziale nel prisma della contrattazione collettiva[4]**

L'istituto della certificazione dei contratti di lavoro, quale procedura negoziale che si svolge dinanzi e con l'assistenza di un organo esterno alle parti del contratto individuale, assolve diverse funzioni, tra cui, innanzitutto, quella di offrire una qualificazione rafforzata al negozio stipulato.

L'obiettivo è quello di blindare il più possibile il contratto di lavoro al fine di evitare il sorgere di eventuali controversie tra le parti del contratto stesso.

Il meccanismo di certificazione consente così di ottenere una presunzione di legittimità extra al contratto certificato; inoltre, l'attività di assistenza e consulenza che svolge la Commissione di certificazione adita, prevista dall'art. 81 del **D.lgs. n. 276/2003**, è finalizzata ad accrescere la consapevolezza delle parti sia relativamente alle scelte contrattuali che stanno per compiere o che hanno compiuto sia ai diritti e doveri che da esse derivano.

L'attività della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro può allora assumere un'importante funzione di supporto all'autonomia negoziale individuale delle parti, anche per l'individuazione, all'interno del sistema di contrattazione collettiva, del parametro di riferimento da applicare al singolo rapporto di lavoro. In particolare, la definizione del trattamento retributivo adeguato, quale aspetto centrale del contratto di lavoro, rappresenta oggi una questione dai confini fortemente labili, specialmente in ragione dei mutamenti intercorsi negli ultimi anni all'interno del sistema delle relazioni sindacali.

È infatti noto che nel nostro ordinamento la competenza in materia salariale è affidata alla contrattazione collettiva. In assenza di una legislazione sul salario minimo e per la mancanza di un procedimento legislativo attuativo della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione in grado di estendere l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi, il rimedio di derivazione giurisprudenziale, attraverso il meccanismo previsto dall'art. 2099 c.c., è stato quello di individuare quale parametro di adeguatezza rispondente ai criteri della giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. le tariffe salariali dei contratti collettivi di categoria di riferimento per quel settore o attività produttiva.

La parte economica dei ccnl ha rappresentato così il parametro oggettivo ed esterno, il perimetro di riferimento della retribuzione proporzionata e sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.

Tuttavia, negli anni, la tenuta di questo sistema si è affievolita.

Diversi fenomeni sono intervenuti negli ultimi decenni, incidendo profondamente sull'assetto delle relazioni sindacali e mettendo in crisi l'intero sistema di contrattazione collettiva. La frammentazione delle organizzazioni sindacali e datoriali, la moltiplicazione dei contratti collettivi nazionali per le stesse categorie, la deregolazione e aziendalizzazione della contrattazione, la diffusione di contratti pirata, siglati da organizzazioni sindacali prive di effettiva rappresentatività, da un lato hanno contribuito a corrodere la rilevanza stessa del contratto collettivo, dall'altro hanno aumentato l'incertezza delle regole e dei

riferimenti.

Per contrastare il fenomeno della proliferazione di contratti e di soggetti sindacali, che a sua volta ha dato vita a sistemi di dumping retributivo e normativo, il legislatore è ricorso alla nozione di «sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano nazionale». Individuando come riferimento i contratti collettivi siglati da organizzazioni comparativamente più rappresentative, si tenta così di selezionare, tra molteplici e alternativi contratti collettivi nazionali di categoria oggi esistenti, quelli che possano assumere configurazione di contratti leader e orientare nella fissazione di parametri minimi di tutela.

Al riguardo, sono recentemente intervenute alcune circolari dell'INL (circolari n. 3 del 25.1.2018, n. 7 del 6.5.2019, n. 9 del 10.9.2019 e n. 2 del 28.7.2020) che esortano, nelle istruttorie territoriali, al controllo nei confronti delle aziende (qualora applichino contratti minoritari) del rispetto effettivo sia della parte retributiva prevista dai contratti leader sia delle clausole normative dei contratti collettivi maggioritari.

Talvolta, tuttavia, il problema non è neanche circoscrivibile soltanto all'applicazione di contratti pirata o firmati da sigle sindacali minori. Negli ultimi anni si sta infatti registrando un ulteriore fenomeno, nuovo e paradossale, della concorrenza tra contratti collettivi sottoscritti da sindacati comparativamente più rappresentativi. Si riscontra una proliferazione di ccnl conclusi nel medesimo ambito e talvolta dalle stesse confederazioni maggioritarie; tenuto conto, quindi, che tutti tali contratti collettivi sono astrattamente applicabili, l'impresa può scegliere quale adottare in base ad un mero criterio di convenienza economica.

Nella scelta del parametro di riferimento, la giurisprudenza incontra quindi problemi connessi alla sovrapposibilità e intersezione delle categorie contrattuali, che si registrano non solo tra Confederazioni maggioritarie, ma anche all'interno delle stesse.

Stanno emergendo casi in cui l'individuazione del parametro esterno di comparazione prescinde da una valutazione sulla rappresentatività delle parti. Di recente, la giurisprudenza di merito ha infatti chiarito come anche ccnl, nonostante siano firmati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, possano essere censurati rispetto all'art. 36 della Costituzione.

Il Tribunale di Milano (con sentenza n. 1977/2016, confermata poi in Appello con sentenza n. 1885/2017) ha esaminato il caso di un lavoratore che, in base ai diversi datori di lavoro di volta in volta subentrati all'appalto per la gestione del servizio di reception e di portineria, si era visto applicare, pur continuando a svolgere le stesse mansioni e lo stesso orario di lavoro, diversi ccnl negli anni, ciascuno riportante una retribuzione differente.

Il Tribunale ha quindi preso atto di un decremento salariale avvenuto nell'arco di pochi anni e ha in particolare accertato che la retribuzione corrisposta al lavoratore, sulla base dell'ultimo ccnl applicato, non fosse sufficiente a garantirgli di condurre un'esistenza libera e dignitosa. Ha quindi ritenuto necessario utilizzare come parametro esterno le previsioni sul salario di uno dei contratti collettivi precedentemente applicati, nonostante anche l'ultimo ccnl applicato fosse sottoscritto da sindacati comparativamente più rappresentativi.

Analogamente, la giudice del lavoro del Tribunale di Torino in una sentenza più recente (n. 1128/2019) ha disposto l'invalidità dell'ultimo ccnl applicato al dipendente ricorrente, seppur sottoscritto da sindacati maggioritari, in quanto riportante un trattamento retributivo inadeguato e inferiore rispetto a quello previsto dai ccnl precedentemente applicati allo stesso rapporto di lavoro.

Da un lato sembra quindi emergere, da parte della giurisprudenza, un tentativo di recupero e di valorizzazione della funzione sociale della retribuzione, secondo una lettura costituzionalmente orientata, come misura correttiva e di contrasto all'applicazione di retribuzioni sempre più a ribasso, che il nostro sistema astrattamente consente.

Dall'altro lato, tuttavia, è evidente la mancanza di riferimenti sicuri e conformi, in un sistema in cui i contratti collettivi nazionali sottoscritti da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative non garantiscono più l'automatica previsione di un trattamento retributivo ispirato a criteri di sufficienza e proporzionalità ai sensi dell'art. 36 Cost.

In questo scenario, la Commissione di certificazione può allora assolvere un'importante funzione nel supportare l'autonomia negoziale delle parti nella stipula di un contratto di lavoro, individuando e garantendo l'applicazione del trattamento retributivo adeguato e del corretto parametro di riferimento all'interno del sistema di contrattazione.

---

[1] Marco Tufo, Avvocato, Research fellow presso l'Università degli Studi di Siena, Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro.

[2] Carlo Valenti, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali presso l'Università degli Studi di Verona, Cultore della materia in Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Siena.

[3] Giovanni Calvellini, Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Siena, Dottore di ricerca in Scienze giuridiche.

[4] Francesca Coppola, Avvocata, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Siena.