

Approfondimenti

Contrattazione collettiva

Scelta del contratto da applicare al rapporto di lavoro: criticità

Alessandro Paone - LabLaw studio legale Failla Rotondi & Partners

La facoltà di scelta del contratto collettivo da applicare al rapporto di lavoro è oramai avvertita come un diritto insopprimibile: ed infatti tale operazione è percepita, nella pratica, alla stregua di una prerogativa esclusiva del datore di lavoro in grado di lasciare ben pochi spazi ai dubbi nella sua fase applicativa; dubbi che pure dovrebbero accompagnare un passaggio delicato per la corretta instaurazione del rapporto lavorativo.

Si perché la scelta di quale impianto di regole applicare al rapporto con il dipendente non è cosa semplice, sotto tutti i punti di vista.

Dalla scelta di applicare un dato contratto derivano diritti in capo al personale dipendente di percepire certi importi ma non altri; vedersi riconosciuti taluni trattamenti al posto di altri; in taluni contratti è stabilito un orario di lavoro, mentre in altri uno diverso, e così via.

Ed è così perché ciascun contratto collettivo ha una sua personalissima storia; una sua genia che ha le radici nel settore produttivo di riferimento e che viene tradotta in norme contrattuali dagli attori che più di tutti dovrebbero conoscerne nell'intimo i meccanismi di funzionamento, di tal modo da essere in grado di offrire regole "vestite su misura" della categoria all'indefinito ed indistinto panorama di lavoratori che, in un dato tempo, saranno impiegati in certe attività.

Ecco perché la scelta di un contratto piuttosto che un altro, sulla base di un mero ragionamento di carattere economico, scollegato da qualunque valutazione afferente l'attività e il business, rischia di dare respiro al portafogli nel breve ma di strozzare l'impresa nel lungo periodo, poiché

gli imprevisti in fase applicativa sono molteplici, imprevedibili e talvolta afferenti questioni di carattere retributivo e contributivo, obbligando il datore di lavoro e il dipendente a confrontarsi fra loro, l'uno contro l'altro, oppure insieme contro un soggetto terzo in grado di far valere una sua posizione giuridica perfetta: l'Inps (1).

Una doverosa premessa metodologica

Per comprendere appieno il perché di simili complicazioni appare conveniente domandarsi da dove discendano i problemi e quali ne siano le cause.

A monte v'è da considerare un dato di fondo: il nostro ordinamento sindacale si è evoluto sulle basi di un sistema corporativo di matrice fascista, nel quale non si è mai posto il tema dell'applicabilità di un dato contratto collettivo o di un altro, e ciò dal momento che la relazione tra contrattazione e settore merceologico era biunivoca: per una determinata categoria vi era una data rappresentanza, e questa rappresentanza era dotata per legge di personalità giuridica, sì che, sempre per legge, il contratto da essa stipulato aveva efficacia *erga omnes*, a prescindere dal numero di iscritti al sindacato ed anche, quindi, in assenza di questi.

La Costituzione è intervenuta a scardinare i principali pilastri sui cui tale sistema legislativo si teneva, tanto è vero che con l'art. 39 si è voluto rispondere alla preoccupazione del legislatore costituente di difendere la libertà dei sindacati dallo Stato e disincentivare qualunque possibilità di in-

(1) Si pensi ai casi, tante volte sottoposti alla magistratura, del dipendente che rivendica incrementi salariali dall'applicazione di un contratto collettivo maggiormente aderente alla natura della prestazione resa in favore del datore che non fa

espressa applicazione di alcun contratto collettivo nazionale; oppure dei casi, anch'essi molteplici, in cui l'Inps ha formulato alle imprese analoghe richieste ai fini del versamento di maggiori contributi previdenziali.

terferenze esterne: motivo per cui taluno ha efficacemente affermato che la libertà sindacale è anzitutto libertà “dallo” Stato “nello” Stato (2), ragione che è altresì alla base del rifiuto sindacale di “misurarsi”, da un lato, e della perpetua connivenza dello Stato stesso nel non imprimere alcuna azione legislativa tesa a dare efficacia reale agli ultimi tre commi dell’art. 39.

L’assenza di strumenti eteronomi (N.d.r. norme di legge) in grado di incidere sul funzionamento del sindacato, ha consentito al principio costituzionale di libertà sindacale di realizzarsi seguendo percorsi liquidi e flessibili, molto grazie ai margini di adattamento concessi ad un sindacato privo di una legge sindacale che gli dicesse cosa fare e come farlo, come privo di regolamentazione è rimasto anche il contratto collettivo.

Del resto è questa situazione che ha fatto sì che il diritto sindacale fosse per anni definito diritto senza norme, eppur nonostante “senza lacune” (3) grazie all’incessante lavoro della dottrina e della giurisprudenza: specialmente quest’ultima ha enucleato talmente tali e tanti principi, così assiduamente osservati nell’esercizio pratico delle relazioni industriali da creare un vero e proprio *corpus* di regole avente efficacia simil-normativa.

Eppur tuttavia resta il fatto che le norme di legge sono mancate e mancano tutt’ora: in sintesi estrema, dalla mancata traduzione in legge dell’art. 39 Cost. è discesa l’affermazione del principio di autonomia sindacale quale autonomia privata, giacché il sindacato può realizzare i propri interessi nell’ambito di tale autonomia. In particolare, atto di autonomia privata è il contratto collettivo che assume la denominazione di “contratto collettivo di diritto comune” (4), in grado di impegnare solo le parti che lo hanno negoziato e firmato, o quelle vi hanno aderito o, ancora, che hanno scelto di applicarlo alle proprie relazioni.

Se il contratto collettivo è un atto di autonomia privata è agevole comprendere, allora, quali difficoltà sollevi il tema della sua efficacia, dal momento che trattandosi di espressione di una scelta

di normazione volontaria esso ha efficacia *inter voluntes*.

Laddove manchi la scelta di una contrattazione - perché il datore di lavoro non è associato ad alcuna associazione datoriale (circostanza sempre più frequente visti gli insegnamenti della Fiat), e quindi non è obbligato a dare applicazione a un dato contratto da questa negoziato -, non è cosa facile la corretta individuazione di quale contratto debba (o convenga) applicarsi in un dato contesto produttivo.

Nell’assetto codicistico (la cui matrice corporativa è cosa nota), il tema era presto risolto dall’art. 2070 c.c. facendo riferimento al concetto di categoria professionale, a mente del quale si ricorda “L’appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell’applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l’attività effettivamente esercitata dall’imprenditore” (comma 1), e “Se l’imprenditore esercita distinte attività aventi carattere autonomo, si applicano ai rispettivi rapporti di lavoro le norme dei contratti collettivi corrispondenti alle singole attività” (comma 2).

L’individuazione della contrattazione collettiva, nel codice civile, è quindi previsto avvenga nel rispetto di un principio naturalistico tale per cui a una certa categoria professionale, in quanto espressione di una data attività, deve corrispondere il suo contratto collettivo; e così nel caso di esercizio da parte del medesimo imprenditore di attività diverse, a ciascuna di esse deve applicarsi il contratto suo proprio.

Sistema tanto semplice quanto efficace. Il tema è che l’affermazione della libertà sindacale ha fatto sì che siano le stesse parti stipulanti ad autodefinire liberamente l’area entro la quale il contratto deve esplicare la sua efficacia, determinando la categoria professionale secondo criteri puramente volontaristici: la categoria assume così veste “contrattuale” e si configura non già come presupposto, ma come il risultato stesso della contrattazione collettiva (5), impattando direttamente la struttura dell’art. 2070 e facendo venire meno qualunque criterio di certezza.

(2) P. Bellocchi, *La libertà sindacale*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto M. Persiani e F. Carinci, Vol. II *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, G. Proia (a cura di).

(3) M. Dell’Olio, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Dir. rel. ind.*, 2202, pag. 518.

(4) F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, sesta

ed., 1952, pag. 35, si veda anche, per una ricostruzione critica e più approfondita del tema, G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1967, pag. 50.

(5) F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enc. giur. Tereccani*, 1988, Vol. VI, pag. 1 ss.

Approfondimenti

Si può davvero scegliere il contratto collettivo da applicare e con quali conseguenze?

Come ogni libera scelta, essa se è perseguibile comporta che le conseguenze siano valutate da chi la scelta decide di assumerla.

Infatti, in proposito, ancora a gennaio 2017 il Tribunale di Roma ricordava che quando un'attività può essere disciplinata da più contratti collettivi "nulla impedisce la libera scelta del datore di lavoro di aderire all'uno piuttosto che all'altro in ragione della sua convenienza" (6).

Quindi un datore di lavoro può scegliere quale contratto applicare, qualunque ne sia l'oggetto ed anche se totalmente incoerente con l'attività imprenditoriale tipica (problema suo stabilire, poi, come "armonizzare" il testo all'organizzazione, in quale livello inquadrare il personale, ecc.); all'opposto, un lavoratore non può pretendere che sia applicato un diverso contratto assumendo che l'attività prestata non abbia alcuna relazione con quello cui il datore ha scelto di dare applicazione, e dovrà percepire un compenso inferiore se tale è il minimo salariale ivi stabilito, lavorare qualche ora in più, percepire se del caso un diverso e meno favorevole trattamento di trasferta, e così via.

A ciò si è arrivati grazie alle Sezioni Unite della Cassazione (7), che hanno risolto ormai vent'anni fa un contrasto di giurisprudenza circa la questione afferente lo stabilire se l'applicabilità ad un rapporto individuale di lavoro di un certo contratto collettivo debba dipendere dall'oggetto dell'attività economica dell'impresa, oppure se la configurazione dell'oggetto del rapporto sia rimessa all'autonomia negoziale delle parti.

Le Sezioni Unite muovono dal presupposto che dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo i contratti collettivi sono sottoposti alle regole civilistiche dell'autonomia privata e, quindi, la loro efficacia non è estesa alla generalità ma è anzi limitata a quanti, con l'iscrizione alle associazioni sindacali, hanno a queste conferito la rappresentanza dei propri interessi nella stipula-

zione dei contratti collettivi: sono poi questi che stabiliscono il trattamento a cui debbono adeguarsi i singoli contratti individuali di lavoro.

Per anni una parte della giurisprudenza ha ritenuto l'art. 2070 c.c. rispondente a finalità pubblicistiche, con la conseguenza che alle parti non sarebbe consentito di sottoporre il rapporto alla disciplina di un contratto collettivo diverso da quello proprio della categoria professionale di appartenenza (8), assumendo una nozione di categoria perfettamente corrispondente all'attività economica "effettivamente esercitata" dall'imprenditore.

All'opposto vi era la giurisprudenza che, invece, riteneva il contratto collettivo postcorporativo applicabile esclusivamente ai datori di lavoro iscritti all'associazione sindacale stipulante o, in difetto di iscrizione, a quelli che avessero esplicitamente o implicitamente aderito al contratto; in tale quadro, le categorie professionali assumevano rilevanza giuridica non in base a classificazioni autoritative, bensì in base alla spontanea organizzazione sindacale ed alle scelte dell'autonomia privata (9).

Le Sezioni Unite hanno aderito a questo secondo orientamento (e con esse tutta la giurisprudenza che vi ha fatto seguito fino ad oggi), affermando che dal principio della libertà sindacale deriva "l'impossibilità di applicare un contratto collettivo di diritto privato, vale a dire non imposto erga omnes, a persone che non vi abbiano direttamente o indirettamente aderito e che vi sarebbero assoggettate in base a definizioni o delimitazioni autoritative delle categorie professionali. Nessuna norma impone oggi la categoria professionale quel strumento coattivo di organizzazione dei datori e dei prestatori di lavoro".

Da ciò consegue che in ipotesi di contratto di lavoro regolato da un contratto collettivo di diritto comune di un settore che non corrisponde a quello dell'attività svolta dall'imprenditore "il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale";

(6) Tribunale di Roma, sez. lav., sent. n. 370 del 18 gennaio 2017, est. Dott.ssa Casari.

(7) Cass., S.U., sent. n. 2665 del 26 marzo 1997, con nota di M. Marazza, *Le Sezioni Unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Giur. it.*, 1998, pag. 915.

(8) *Ex multis*: Cass. 21 luglio 1984, n. 3877; 23 novembre

1984, n. 6063; 10 novembre 1987, n. 8289; 1° giugno 1988, n. 3712; 8 luglio 1988, n. 4528; 7 novembre 1991, n. 11867; 6 novembre 1995, n. 11554.

(9) *Ex multis*: Cass. 22 gennaio 1992, n. 695; 30 gennaio 1992, n. 976; 26 gennaio 1993, n. 928; 9 giugno, 1993, n. 6412.

ciò non vuol dire che a tale dipendente possa essere riconosciuta una retribuzione indiscriminatamente bassa per il tipo di attività prestata, poiché in ogni caso l'applicazione del contratto collettivo voluto dalle parti non può legittimare il riconoscimento di un compenso non proporzionato alla quantità e qualità della prestazione lavorativa e in contrasto con l'art. 36, primo comma, Cost. In questo caso, l'art. 2070 c.c. recupera la sua validità e viene in soccorso ai fini dell'individuazione del contratto collettivo applicabile in base alla categoria professionale ed all'attività lavorativa svolta dall'impresa in maniera prevalente, così che in forza dell'art. 36 Cost. viene adeguata la retribuzione salariale mediante la sostituzione del minimo salariale del diverso contratto scelto dalle parti con quello di categoria.

All'atto pratico ciò non vuol nemmeno dire che il raffronto tra i due contratti sia effettuato solo per quel che concerne la voce della retribuzione base, ben potendo estendersi, al fine di identificare in concreto quale sia la "proporzionata" e giusta retribuzione, agli istituti retributivi tipicamente legati all'autonomia contrattuale (quali ad esempio la quattordicesima mensilità, i compensi aggiuntivi ed integrativi dei minimi salariali, ecc.): ciò però non può avvenire in automatico, ma dipende da un accertamento di merito volto a verificare la concreta determinazione della "giusta retribuzione" ai sensi della norma costituzionale, sia nell'interesse del lavoratore che dell'Inps (10).

L'esperienza induce quindi a valutare con attenzione quale contratto collettivo applicare, avendo a mente: il settore produttivo, l'organizzazione attuale e quella attesa in azienda, le voci di costo del personale e quelle eventualmente praticate dalle società *competitor*, onde evitare di vedersi sottrarre personale a fronte della semplice offerta di condizioni migliorative nonché avviare un potenziale contenzioso con l'Inps sull'entità della "giusta" retribuzione da sottoporre ad assoggettamento.

Tanto più che le vicissitudini afferenti la scelta del contratto collettivo paiono impattare anche sulle disposizioni riguardanti l'istituzione dei fondi di solidarietà ai sensi del D.Lgs. n. 148/2015,

ed in particolar modo di quelli di solidarietà e di solidarietà alternativi di cui agli articoli 26 e 27 del predetto Decreto legislativo.

Entrambe le disposizioni attribuiscono alla contrattazione collettiva nazionale la prerogativa di regolamentare l'istituzione e il funzionamento dei fondi di che trattasi, di talché ne consegue che è la sola adesione a un determinato contratto a consentire al datore di lavoro di accedere a un determinato fondo piuttosto che ad un altro, come pure di non accedervi affatto; in mancanza, la scelta di applicare un contratto collettivo per cui non è previsto alcun fondo ben potrebbe risolversi in un pregiudizio pratico di difficile risoluzione (si pensi alla scelta di applicare il contratto metalmeccanico all'interno di un'impresa che non ha i requisiti di accesso agli ammortizzatori sociali tipicamente spettanti alle imprese che hanno "natura" metalmeccanica).

Quale spazio applicativo per l'articolo 2070 c.c.

Tornando al discorso sulla libertà di scelta, a ben vedere nella stessa giurisprudenza sopra citata, all'art. 2070 c.c., viene riconosciuto ampio diritto di sopravvivenza, tanto che già le Sezioni Unite del 1997 (11) avevano rilevato come il primo comma della norma conservi "*una residua operatività*" nelle ipotesi in cui un imprenditore svolga diverse attività economiche e sia iscritto alle rispettive associazioni datoriali.

In tale occasione, ovvero quando un'impresa è associata a due o più associazioni datoriali (fenomeno costoso, ma piuttosto comune), ed applica diversi contratti al proprio personale, il problema pratico più frequente attiene alle possibili rivendicazioni dei dipendenti di vedersi applicare l'uno o l'altro contratto, a seconda di quale dei due garantisca condizioni migliori.

Tale problema è stato risolto dalla giurisprudenza proprio grazie al richiamo all'art. 2070 c.c.: in questa evenienza occorre accertare se le distinte attività svolte dal datore di lavoro siano tra loro autonome, sotto i profili tecnico e produttivo, o invece connesse, perché dirette al conseguimento dell'identica finalità produttiva di talché "*Nel primo caso, per ciascuna delle attività sarà ap-*

(10) Cass., sent. n. 18584 del 7 luglio 2008, in *Mass. giust. civ.* 2008, 7-8, 1100 e *Giust. civ.* 2009, 11, I, 2433. Nello stesso senso, *ex multis*: Cass. 12 dicembre 1998, n. 12528 e Cass. 12

dicembre 1998, n. 12528.

(11) Cass., S.U., sent. n. 2665/1997, cit.

Approfondimenti

plicabile, nei confronti dei singoli lavoratori alla stessa addetti, la regolamentazione contrattuale per essa prevista, mentre, solo nel secondo, dovrà ricevere applicazione la disciplina relativa alla attività principale, rispetto alla quale le altre si pongono in rapporto di complementarità e accessorietà rispetto a un unico fine” (12).

Detto ragionamento vale anche nei confronti dell’Ente previdenziale: a meno che non si verta in materia di minimo salariale (di cui si dirà a breve), è certo che laddove l’Inps pretenda il pagamento di contributi relativi a voci di retribuzione erogate in forza di un diverso contratto collettivo che la stessa assume essere quello “corretto”, il datore di lavoro non è tenuto a nessun obbligo, giacché dalla libertà di scelta discende che ad essere assoggettate a prelievo siano le sole voci di retribuzione erogate in forza del predetto contratto.

Ciò è tanto più vero se si consideri che l’inquadramento ai fini previdenziali e la scelta datoriale di versare i contributi prendendo quale riferimento - in via puramente convenzionale - il più elevato minimo salariale di un certo contratto collettivo, diverso da quello applicato in azienda, non vale a rendere quel contratto applicabile nei confronti del personale dipendente, che resta legato alla scelta del proprio datore (13).

La libertà di scelta provoca davvero un risparmio contributivo in senso assoluto?

Non si direbbe. La libertà di scegliersi il contratto collettivo in forza di maggiori convenienze economiche pare comporti solo l’illusione di un pieno ed assoluto risparmio contributivo.

Ciò perché il legislatore, all’art. 1, D.L. n. 338/1989 ha stabilito che *“La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all’importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo”*.

La disposizione è stata autenticamente interpretata dalla legge n. 549/1995, art. 2, comma 24, per cui *“il D.L. n. 338/1989, art. 1 convertito con modificazioni in legge n. 389/1989 si interpreta nel senso che in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative della categoria”*.

Le conseguenze sul piano applicativo non sono irrilevanti: se da un lato alle parti è riconosciuta la facoltà di scegliersi il contratto collettivo che preferiscono, dall’altro l’Inps resta indifferente e quantomeno sul piano contributivo è per legge autorizzata ad assoggettare una diversa retribuzione la cui fonte non è nel contratto individuato dalle parti contraenti del rapporto di lavoro, ma in quello di categoria (il c.d. contratto *leader!*).

La norma va evidentemente spiegata: essa determina un imponente “minimo” da sottoporre a contribuzione, al di sotto del quale non è possibile scendere, ancorché la retribuzione dovuta ed erogata al lavoratore sia inferiore.

La fonte collettiva funge da parametro per la determinazione dell’obbligo contributivo minimo e, per scelta legislativa, questo parametro viene ritenuto il più idoneo ad adempiere alla funzione di tutela assicurativa, nonché a garantire l’equilibrio finanziario della gestione.

Ad avviso della giurisprudenza (14), la retribuzione contributiva è stata ancorata ad una nozione di retribuzione “virtuale”, poiché la retribuzione stabilita dal contratto collettivo non è sempre e necessariamente quella dovuta al dipendente, la quale può essere legittimamente inferiore nel caso in cui non sia obbligatoria l’applicazione di contrattazione collettiva di diritto comune.

Ne consegue che con la legge del 1989 si è (im)posto un limite minimo incompressibile di retribuzione valevole esclusivamente ai fini previdenziali, al di sotto del quale non è consentito scendere, neppure mediante la stipula di un accordo sindacale di secondo livello ai sensi dell’art. 8, D.L. n. 138/2011, come chiarito dal Ministero del lavoro con risposta all’interpello n. 8 del 12

(12) Cass., sent. n. 12624 del 23 settembre 2000.

(13) Cass., sent. n. 12352 del 22 agosto 2003.

(14) Cass., S.U., n. 11199 del 29 luglio 2002; si veda anche,

per la chiarezza delle motivazioni, Cass. n. 801 del 20 gennaio 2012.

febbraio 2016 (sulla base del fatto che la casistica non rientra tra quelle tassativamente previste dall'art. 8 medesimo).

Laddove, poi, vi fosse il caso di potenziale conflitto tra contratti collettivi, la giurisprudenza risolve la questione facendo appello al concetto di "categoria" (pure richiamato nella legge interpretativa del 1995), così che in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative della categoria, laddove per tale "*non si può che intendere il settore produttivo in cui opera l'impresa, risultando altrimenti incongruo l'obbligo di applica-*

zione, sia pure ai soli fini contributivi, di una contrattazione collettiva vigente in un settore diverso, stante il rilievo pubblicistico della materia, che non può consentire riserve a scelte soggettive, pena, diversamente, l'illogicità del sistema" (15).

Di buono c'è che non vuol significare che la previsione normativa comporti l'applicazione anche della parte normativa del contratto collettivo *leader*: la legge del 1989 si è limitata a determinare convenzionalmente la retribuzione contributiva indicando come riferimento quella minima del contratto *leader*, ma non ne ha reso obbligatoria anche la parte "normativa", che in quanto tesa a disciplinare le regole vere e proprie del rapporto resta intangibile.

(15) Cass., S.U., n. 11199/2002, cit.