

TRIB. LIVORNO, sentenza 6 luglio 2016; Giud. Sbrana – L.L. (avv. Cesarini) c. ATI Società Cooperativa A.R.L. (avv. Boschi, Galardi)

**Lavoro subordinato (rapporto di) – Clausola del termine – Prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre il termine – Effetti – Trasformazione del rapporto a tempo indeterminato – Rapporto fra legge e contratto collettivo – Rinvio legale alla contrattazione collettiva anche previgente – Applicabile – Derogabilità *in melius* della legge sopravvenuta da parte del contratto collettivo previgente – Sussiste.**

*La disposizione del CCNL che prevede, in coerenza con la legge previgente, la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro che sia proseguito di fatto per oltre venti giorni dal termine concordato, è applicabile nella formulazione vigente ratione temporis sino alla stipula di un nuovo e diverso accordo collettivo, pur a fronte della modifica in peius intervenuta medio tempore a livello legale; ciò in ragione della clausola di salvezza contenuta nella stessa disposizione legale in favore della contrattazione collettiva e considerata la natura di maggior favore per il lavoratore della regola negoziale.*

Con ricorso depositato in data 23.10.13, Livia Leni adiva il Tribunale di Livorno in funzione di Giudice del Lavoro, al fine di sentire accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la ATI Società Cooperativa a.r.l. a partire dal 21.02.13, in forza della trasformazione del rapporto ex art. 11, co. 15, CCNL di settore, o dalla diversa data del 2.01.2013, in forza della nullità dell'apposizione del termine ex art. 11, co. 3, CCNL di settore, fino all'effettiva regolarizzazione della posizione; e di sentire condannare la società convenuta a ricostruire la carriera della dipendente sotto il profilo retributivo, previdenziale e fiscale, con le mansioni di operatore ecologico con qualifica di operaio livello 3 CCNL di settore.

Rappresentava parte ricorrente di aver intrattenuto rapporto di lavoro con ATI Società Cooperativa a.r.l. con la qualifica di operaio ed inquadramento 2B CCNL Nettezza Urbana Igiene Ambientale Aziende Private, con la mansione di operatore ecologico, in forza di un contratto di lavoro stipulato per la durata di 30 giorni, più precisamente con durata dal 2.01.13 al 31.01.2013.

Deduceva la ricorrente come tale contratto non cessava alla scadenza del termine previsto, ma di fatto si prorogava, continuando la società datrice di lavoro ad utilizzare la ricorrente nei turni di lavoro dell'azienda, senza alcuna soluzione di continuità, e questo sino al 28.02.13, data in cui la Leni era esclusa dai turni con comunicazione meramente verbale.

Rappresentava, quindi, parte ricorrente come, in forza del disposto del comma 15 dell'art. 11 del CCNL di settore, il contratto di lavoro fosse da ritenersi trasformato in contratto a tempo indeterminato e come,

viepiù, il contratto fosse da considerarsi illegittimo sotto il profilo della violazione dell'art. 11, co. 3, CCNL cit., non riportando alcuna indicazione delle ragioni dell'apposizione del termine. Inoltre, rappresentava la ricorrente come il contratto apparisse viziato anche nella parte in cui prevedeva il periodo di prova coincidente con la durata del contratto stesso.

Si costituiva la Società Cooperativa convenuta, contestando quanto dedotto da parte ricorrente in punto di diritto e instando quindi per il rigetto del ricorso.

Fallito il tentativo di conciliazione, la causa, ritenuta dal Giudice documentalmente istruita, era discussa e decisa all'udienza odierna con sentenza con motivazione contestuale.

Il ricorso deve trovare accoglimento per quanto di ragione.

Si osserva preliminarmente come il d.lgs. 368/2001 al comma secondo del suo art. 5, nella formulazione vigente *ratione temporis* (a seguito della modificazione operata dalla legge 92/12) contempra la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato nel caso che detto rapporto – di durata inferiore a sei mesi per contratto – prosegua oltre il trentesimo giorno dalla scadenza del termine (così recitano invero i primi due comma del citato art 5 “*Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento*

*per ciascun giorno ulteriore. 2. Se il rapporto di lavoro continua oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini”).*

*Il medesimo articolo, al comma 4bis, precisa però come vadano fatte “salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.*

Dal tenore di dette disposizioni emerge, dunque, come la ratio seguita dal Legislatore sia quella di predisporre norme di favore per il lavoratore, soggetto da tutelare dal ricorso abusivo ad un istituto – quale il contratto a tempo determinato –, il quale lo pone a disposizione del datore di lavoro per un certo periodo di tempo senza diritto alla conversione del rapporto di lavoro: in tal senso la legge ha dunque predisposto, in relazione ad un primo periodo di proseguimento della prestazione, il mero diritto del lavoratore ad una maggiore retributiva e, con riguardo al superamento del termine di 30 giorni dalla scadenza originaria del contratto, infine, il diritto alla conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato. Questo termine di tolleranza – dapprima fissato in venti giorni- è stato, come detto, innalzato a trenta dalle modifiche operate con legge 92/12.

La contrattazione collettiva – cui rimanda la stessa disposizione del citato art 5, al suo comma 4 bis, facendo salve le diverse disposizioni da questa introdotte –, al suo art 11 comma 15 (sia nella formulazione di cui al CCNL dei servizi ambientali stipulato in data 30.6.2008, in doc 1 fasc. ricorrente, che nelle identiche formulazioni contenute nei successivi contratti stipulati in data 17.12.09, 15.4.2010 e 26.6.12, in doc 5-7 fasc. convenuta, efficaci al momento della vigenza del contratto individuale *inter partes*) prevedeva – con disposizione

analoga a quella della previsione di legge – che “*Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno, in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui ai commi 18 o 19 ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini”* .

Questa risulta dunque la disposizione applicabile alla specie, trattandosi di rapporto di lavoro intercorso tra le parti nel mese di gennaio 2013 e della durata inferiore a sei mesi, e in fatto proseguito oltre la scadenza stabilita, superandola di oltre venti giorni . Non può trovare applicazione invece la disciplina di fonte pattizia collettiva, stipulata successivamente ed efficace a partire dall’11.01.2016, che, superando il disallineamento venutosi a creare tra le disposizioni legislative post modifica operata dalla legge 92/12 e quelle contrattuali, ha stabilito ora, all’art. 66, comma 9, che “*se il rapporto di lavoro continua dopo il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato alla scadenza dei predetti termini”*.

D’altro canto, nessun dubbio può sussistere circa la permanenza in vigore delle disposizioni del CCNL nella formulazione *ratione temporis* vigente, sino alla stipula del CCNL siglato in data 11.1.2016 (doc 8 fasc. resistente), pur a fronte della modifica legislativa medio tempore intervenuta, attesa, da un lato, la chiara clausola di salvezza contenuta nell’art 5 comma 4 bis D.lvo 368/2001 e, dall’altro, considerata la natura di norma di maggior favore per il lavoratore del disposto dell’art 11 comma 15 CCNL di settore nella anzidetta formulazione, anteriore alle modifiche apportate alla contrattazione collettiva solo a far data dall’11.1.2016. La ricorrente ha, dunque, diritto alla trasformazione del rapporto ex art. 11, comma 15, CCNL Igiene Ambientale – Aziende privata da rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato. – *Omissis*».

## Un caso di *resilienza* del contratto collettivo al sopraggiungere della disciplina legale peggiorativa

**SOMMARIO:** 1. Il caso di specie e le domande delle parti. – 2. L'orizzonte normativo di riferimento e il necessario approfondimento preliminare della contrattazione collettiva applicabile. – 3. Il rapporto fra le contrastanti discipline applicabili: il (non) problema del rinvio legale... – 4. ...e quello decisivo del rapporto fra le fonti.

*Sinossi.* Il contributo commenta una recente sentenza del Tribunale di Livorno (6 luglio 2016) in tema di rapporto fra legge e contrattazione collettiva. In particolare, si prende le mosse da un interessante caso di temporaneo disallineamento fra le due fonti in materia di trasformazione del rapporto di lavoro a termine, in caso di prosecuzione dello stesso oltre un certo numero di giorni. L'autore coglie, inoltre, l'occasione anche per svolgere un approfondimento in tema di contrattazione collettiva nel complesso settore dei servizi ambientali e fa il punto sul dibattito in materia di inderogabilità unilaterale della legge in materia di lavoro.

### 1. Il caso di specie e le domande delle parti.

I fatti di causa sono semplici e risultano pacifici fra le parti.

Un netturbino veniva impiegato da una cooperativa privata per svolgere le mansioni di operatore ecologico in qualità di lavoratore subordinato a tempo determinato, per il solo mese di gennaio del 2013.

Alla scadenza del termine, in realtà, il rapporto proseguiva di fatto per ulteriori 28 giorni, ovvero fino al 28 febbraio 2013, giorno in cui il datore di lavoro dispensava il dipendente dal servizio.

Quest'ultimo adiva il Tribunale di Livorno in funzione di giudice del lavoro, lamentando: 1) l'illegittima estromissione dal contesto lavorativo, in quanto successiva all'asserita *trasformazione* a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine; 2) la mancanza di una causale a giustificazione della clausola del termine apposta al contratto di lavoro; 3) l'illegittima stipula del patto di prova, in quanto di durata pari a quella del rapporto stesso.

Le difese del ricorrente si fondavano sull'applicazione delle disposizioni di un contratto collettivo stipulato nel 2008 e ritenuto vigente durante lo svolgimento del rapporto.

Il datore di lavoro, invece, difendeva l'applicazione della disciplina legale di contenuto peggiorativo per il lavoratore, in quanto era entrata in vigore nel successivo luglio del 2012 e alla quale la contrattazione collettiva si sarebbe nuovamente adeguata, sebbene dopo lo svolgimento dei fatti.

Il giudice ha vagliato solo la prima delle tre pretese, accogliendo la doglianza dell'operatore ecologico e, per gli effetti, ha accertato e dichiarato la sussistenza fra le parti di un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Per il resto ha ritenuto assorbite le altre questioni.

## 2. L'orizzonte normativo di riferimento e il necessario approfondimento preliminare della contrattazione collettiva applicabile.

La contesa concerneva l'applicazione delle norme contro gli abusi del contratto di lavoro a tempo determinato secondo cui, in caso di prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre un certo numero di giorni dopo il termine concordato, il rapporto «si considera» a tempo indeterminato.

La disposizione contrattuale ritenuta applicabile *ratione temporis*, infatti, consentiva tale effetto sanzionatorio trascorsi *venti* giorni dalla scadenza del termine, mentre l'art. 5, comma 2 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 – nella versione in vigore al tempo dei fatti di causa, ovvero a seguito della modifica operata dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Monti-Fornero) – lo prevedeva trascorsi *trenta* giorni<sup>1</sup>.

In particolare, la clausola negoziale la cui applicazione è stata con successo rivendicata dal ricorrente era, prima degli accadimenti che hanno provocato la controversia, identica alla disciplina legale; durante lo svolgimento dei fatti, però, essa risultava *disallineata* a causa della modifica della disposizione legale nel frattempo intervenuta; infine, solo dopo i fatti di causa la contrattazione collettiva applicata dal Giudice tornava a *riallinearsi* alla disciplina legale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Come è noto le disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 sono state ora abrogate dall'art. 55 comma 1 lett. b) del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ma la regola legale dell'art. 5 comma 2 è adesso contenuta all'art. 22 comma 2 del d.lgs. n. 81/2015, in una versione sostanzialmente analoga. Sotto il profilo formale, si segnala solo che il legislatore allude ora espressamente all'effetto della *trasformazione* del contratto, mentre prima imponeva di *considerare* il rapporto di lavoro a termine come un rapporto a tempo indeterminato. Poiché, però, l'effetto sanzionatorio, per espressa indicazione presente in tutte le versioni della disposizione succedutesi dal 2001 in avanti, decorreva e decorre dalla scadenza dei termini del contratto a tempo determinato, è più coerente fare riferimento al concetto di *trasformazione* piuttosto che a quello cui rinvia il verbo *considerare*, perché il primo implica, per ragioni logiche, proprio quell'efficacia *ex nunc* stabilita dalla legge, mentre il secondo sembra alludere alla nullità *ex art.* 1419 c.c. e, quindi, ad una *factio*, che, di per sé, implicherebbe un effetto *ex tunc* (sulla natura e gli effetti della sanzione in caso di continuazione di fatto del rapporto e negli altri casi previsti dalla legge e sui problemi ricostruttivi posti anche dal riferimento alla c.d. *conversione*, cfr. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in MAZZOTTA, CINELLI, FERRARO (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 59, spec. 62).

<sup>2</sup> La stessa questione giuridica si sarebbe posta se il Giudice avesse affrontato il tema, ritenuto però assorbito, della denunciata mancanza di una causale connessa all'apposizione della clausola del termine. Infatti, nel gennaio 2013 era già in vigore l'art. 1 comma 1 *bis* del d.lgs. n. 368/2001 aggiunto dalla l. Monti-Fornero, secondo cui il primo contratto di lavoro a termine della durata inferiore ai dodici mesi poteva non prevedere una causale giustificativa – come, infatti, non veniva prevista nel contratto stipulato dalle parti nel caso di specie – mentre nello stesso periodo, la contrattazione collettiva prevedeva, senza eccezioni, la necessità della causale in coerenza con la disciplina legale previgente. Sul tema dell'a-causalità del primo rapporto a tempo determinato cfr. ALESSI, *Le modifiche in tema di lavoro a termine nel "decreto lavoro": alcune osservazioni in tema di "acausalità" e proroga del contratto*, in WP D'Antona, 188/2013 e VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, 75 ove ulteriori riferimenti bibliografici.

È evidente che il tema giuridico di maggior peso riguarda il rapporto fra legge e contratto collettivo, anche in una prospettiva diacronica, ma prima di verificare in che modo esso sia stato affrontato in sentenza, pare opportuno svolgere delle precisazioni a proposito della disciplina negoziale applicabile nel settore. Infatti, il sistema di contrattazione della categoria di riferimento – i servizi ambientali – si rivela essere piuttosto complesso e offre l'occasione per guardare, con maggiore puntiglio di quanto non si possa fare nel contesto di un provvedimento giudiziale, alla *fonte* che più delle altre segna l'identità del diritto del lavoro<sup>3</sup>.

Il Giudice accoglie il ricorso applicando «l'art. 11, comma 15 del CCNL Igiene Ambientale-Aziende private», ma, in realtà, non è possibile stabilire con certezza se il CCNL applicato – dalle parti prima e dal Giudice dopo – sia effettivamente quello sottoscritto il 5 aprile 2008 da Fise-Assoambiente e dalle organizzazioni sindacali di categoria di CGIL, CISL, UIL per il (sotto)settore privato, come sarebbe coerente con la natura giuridica della cooperativa convenuta. Infatti, in altri punti della sentenza si fa riferimento 1) al CCNL del 30 giugno 2008 stipulato da Federambiente con i medesimi sindacati della c.d. Triplice per il (sotto)settore delle municipalizzate, 2) al sopravvenuto CCNL Igiene Ambientale dell'11 gennaio 2016, sottoscritto, senza distinguere fra privato e controllate pubbliche, da una terza compagine di parti stipulanti: Conflavoro e Confsal. Né l'indagine poteva essere agevolata dalla collocazione topografica della disposizione maneggiata in giudizio, perché i contratti astrattamente applicabili nel 2013 regolano la stessa fattispecie in modo analogo e al medesimo articolo e comma.

Il problema del contratto collettivo applicabile non è evidentemente stato oggetto di discussione in causa, in quanto pacifico, ma ciò non toglie che chiarire il contesto negoziale del settore possa risultare determinante in altri casi analoghi a quello di specie. Ad esempio, si ponga mente al fatto che il *riallineamento* della contrattazione collettiva alla disciplina legale modificata dalla l. n. 92/2012 e applicata dal datore di lavoro – e quindi l'accordo per l'innalzamento della soglia temporale da venti a trenta giorni – è avvenuto, per ognuno dei CCNL astrattamente applicabili nel settore dei servizi ambientali, in momenti diversi. E naturalmente, la collocazione temporale dei fatti di causa al di qua o al di là del rinnovo contrattuale di riallineamento diventa un discrimine determinante ai fini del decidere.

Per quanto riguarda il CCNL 11 gennaio 2016 sottoscritto da Conflavoro e Confsal, non si pone, in verità, nemmeno un problema di *riallineamento*, poiché non risulta che esso si sostituisca a (o modifichi) altri precedenti CCNL sottoscritti dalla stessa compagine sindacale, ma si aggiunge come terzo (incomodo), ai due soli sistemi di contrattazione già esistenti nel settore al momento dei fatti di causa, e in costante, complicato, dialogo<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ciò, anche in adesione ad un auspicio che si fa sempre più diffuso, cfr. da ultimo GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione* in <https://drive.google.com/file/d/0B6qj6nJONJlCdm9oZEXS2kzQ2M/view> e in *LD*, 4/2016, in corso di pubblicazione nel n. 4/2016..

<sup>4</sup> I CCNL sottoscritti rispettivamente da Federambiente e Fise-Assoambiente prevedono, infatti, degli impegni di allineamento reciproco in vista di una futura unificazione contrattuale: cfr. ad esempio le dichiarazioni delle parti stipulanti nel CCNL Federambiente del 30.6.2008 o la dichiarazione programmatica contenuta nel CCNL Fise-Assoambiente del 21 marzo 2012.

Il CCNL di rinnovo sottoscritto da Federambiente risulta datato 17 giugno 2011 – ovvero ben prima dei fatti di causa (e prima dell’entrata in vigore della l. Monti-Fornero). Però, a ben guardare, la modifica relativa alla regola che ci interessa è intervenuta il 24 maggio 2013 – quindi poco dopo i fatti di causa –, quando le parti collettive hanno finalmente proceduto alla c.d. *collazione* dell’accordo di rinnovo già sottoscritto con altri accordi di implementazione nel frattempo perfezionati (la collazione, in ambito giussindacale, è un’operazione con cui si coordinano, a fini ricognitivi, i testi degli accordi di rinnovo con i contratti collettivi previgenti, al fine di fornire agli operatori un compendio affidabile della disciplina effettivamente vigente).

Quanto al CCNL sottoscritto da Fise-Assoambiente il 5 aprile 2008, esso è stato rinnovato con accordo datato 21 marzo 2012 – anche in questo caso prima dei fatti di causa (e dell’entrata in vigore della l. n. 92/2012). Ma l’art. 11, comma 15 che stiamo analizzando è stato modificato, anch’esso, solo in sede di collazione dei testi contrattuali vigenti in seguito al rinnovo, cioè il 12 aprile 2013, ovvero due mesi dopo lo svolgersi dei fatti di causa.

Peraltro, entrambi questi ultimi CCNL, nelle premesse, dichiarano esplicitamente che le modifiche e le integrazioni successive all’accordo di rinnovo non retroagiscono al momento del suo perfezionamento, ma si applicano dal momento (successivo) della collazione, che, naturalmente, ha fisionomia di accordo collettivo, potendo contenere anche innovazioni sostanziali e non solo mere ricognizioni della normativa in vigore.

In definitiva, quale che sia stato il CCNL applicato nel rapporto e nel giudizio, il Giudice ha correttamente individuato la disposizione negoziale vigente *ratione temporis* in quella, precedente al riallineamento, che indicava la soglia temporale dei venti giorni, come preteso dal lavoratore, e non in quella che faceva riferimento alla maggiore soglia dei trenta giorni, come agognato dal datore di lavoro.

Il chiarimento che si è cercato di svolgere offre il destro per qualche considerazione critica<sup>5</sup> che peraltro risulta ancora attuale anche per il settore preso in considerazione, visto il perdurare del suo *disordine* sistematico<sup>6</sup>. Infatti, l’obiettivo dell’unificazione dei trattamenti normativi ed economici nell’ambito dei servizi ambientati, non è stato ancora perseguito, sia perché si è aggiunto un ulteriore CCNL – stipulato, come abbiamo visto, da Confsal e Conflavoro –, sia perché le associazioni datoriali che da più tempo presidiano il settore, nonostante gli impegni assunti, hanno recentemente stipulato nuovi accordi, mantenendo il vecchio assetto *separato*, foriero di numerose incertezze<sup>7</sup>. In particolare, il 10 luglio 2016 è stata sottoscritta un’ipotesi di verbale di accordo fra i sindacati di CGIL-CISL-UIL e Utilitalia – erede, in seguito ad un’operazione di fusione, di Federambiente – per le municipalizzate, mentre il 6 dicembre 2016 è stato sottoscritto l’accordo di rinnovo del CCNL

<sup>5</sup> Per uno sguardo complessivo al tema cfr. il recente L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, DELFINO (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Napoli Editoriale scientifica, 2014 e, in particolare, i contributi contenuti nella Parte II.

<sup>6</sup> Il problema della moltiplicazione dei CCNL ha anche portata generale come dimostra OLINI, *I contratti nazionali, quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 2016, 3, 417.

<sup>7</sup> Sul tema cfr. BELLARDI, *L’associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 2016, 3, 403.



fra le stesse sigle sindacali e Fise-Assoambiente, per le società private<sup>8</sup>.

Venire a capo della situazione negoziale nel settore dei servizi ambientali non è stato affatto semplice per diverse ragioni di natura pratica che ostacolano, presso la dottrina e soprattutto presso gli operatori del diritto, un'agevole cognizione del sistema normativo e della fonte presso cui ricavare la norma negoziale applicabile al caso concreto.

Quanto alla ricognizione del materiale rilevante, la banca dati del CNEL rappresenta senza dubbio una preziosa risorsa di dati, ma l'organo costituzionale non è stranamente in grado di offrire un servizio davvero fruibile, perché il *software* utilizzato e/o la sua interfaccia, non sembrano sopportare la mole e il tipo di dati raccolti, o comunque non riescono a presentare in veste semplice – magari attraverso un adeguato e agile meccanismo di filtri di ricerca – un sistema particolarmente complesso, come è quello della contrattazione collettiva italiana. A prescindere dalla rilevanza costituzionale di questo ente, peraltro recentemente confermata in seguito all'esito del referendum confermativo del 4 dicembre 2016, è auspicabile che questa importante banca di dati passi nelle mani di un altro ente, davvero capace di offrire un servizio all'altezza della sua importanza<sup>9</sup>. Comunque, paradossalmente, oggi, è più efficace affidarsi all'algoritmo dei più diffusi *browser* per individuare il materiale negoziale messo in circolazione sul *web*, senza alcuna garanzia di completezza, naturalmente.

Quanto all'efficacia temporale delle disposizioni raccolte, si deve constatare come, in casi come quello di specie, è necessario passare in rassegna ogni singolo accordo di implementazione intercorso fra le parti e intervenuto prima della successiva operazione di accorpamento del materiale normativo ritenuto vigente, per individuare la data certa di "entrata in vigore" di una disposizione. E ciò rappresenta un problema non da poco visto che la collazione si realizza anche dopo più di un anno<sup>10</sup>.

A tutto ciò, se non bastasse, si aggiungono le difficoltà di interpretazione dovute a clausole dal significato spesso impreciso e/o contraddittorio (su cui *infra*) e che giustificherebbero maggiore attenzione da parte dei redattori e dei tecnici che coadiuvano le parti sociali nei tavoli di trattativa.

In definitiva, queste difficoltà pratiche cui si va incontro, rischiano di incidere in negativo sulla profondità dell'analisi giuridica della dottrina e, in ogni caso, sfidano oltremodo la pazienza degli operatori pratici.

Considerato che la conoscenza delle fonti e la certezza del diritto sono le precondizioni dell'*effettività*<sup>11</sup> di un ordinamento, compreso quello intersindacale, la situazione confusa e incerta che troppo spesso si registra quando ci si imbatte in certi contesi negoziali, do-

<sup>8</sup> Il problema teorico della contrattazione separata dal lato delle imprese, anche prendendo ad esempio proprio il settore dell'igiene urbana e ambientale, è stato evidenziato e ampiamente discusso da MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 1/2010, 29, spec. nt. 2 che evidenzia come questo fenomeno sia ben diverso da quello patologico del contratto collettivo pirata, poiché discende dal valore indiscusso della libertà contrattuale di cui all'art. 39 comma 1 Cost.

<sup>9</sup> Cfr., invece, GOTTARDI, op. cit., 8 secondo cui il CNEL piuttosto che cadere sotto la scure della riduzione dei costi «avrebbe meritato una radicale riforma».

<sup>10</sup> Secondo GOTTARDI, op. cit., 27 il problema della «lentezza nel passaggio dalla sottoscrizione dell'accordo di rinnovo del contratto nazionale alla sua incorporazione nel testo» «collide con l'incessante modificazione delle regole legislative e con la necessità di celeri adeguamenti» e rappresenta oramai un «rito» «incompatibile con la situazione di fatto».

<sup>11</sup> *Ex plurimis*, BOBBIO, *Fatto normativo*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, 1965, 102, nota 65.

vrebbe indurre ad impostare una reazione, anche *de jure condendo*, certamente rispettosa della libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39, comma 1 Cost., ma capace di promuovere maggiore ordine.

### 3. Il rapporto fra le contrastanti discipline applicabili: il (non) problema del rinvio legale...

Individuate le disposizioni applicabili al caso di specie, con le difficoltà che si è cercato di esporre, è possibile ora dipanare la questione giuridica, di più ampio respiro, che il Giudice si è trovato a dover sciogliere: quale delle due norme individuate si deve preferire per decidere il caso concreto, considerato che esse provengono da fonti diverse?

Il Giudice, innanzitutto, rileva che nel contesto dell'art. 5 d.lgs. n. 368/2001 il legislatore fa «*salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*» (art. 5 comma 4 *bis* d.lgs. n. 368/2001); dunque, afferma di dover preferire l'applicazione della disposizione contrattuale vigente *ratione temporis*. In secondo luogo, conferma la propria tesi, «*pur a fronte della modifica legislativa medio tempore intervenuta*», «*considerata la natura di norma di maggior favore per il lavoratore del disposto dell'art. 11 comma 15 CCNL di settore*».

Gli argomenti addotti alludono a due temi fra loro strettamente connessi: quello dei rinvii legali alla contrattazione collettiva – sempre più diffusi nella disciplina legale della flessibilità<sup>12</sup> – e quello del rapporto fra fonte legale e fonte contrattuale collettiva *tout court*<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda il primo tema è necessario sgombrare il campo da un evidente equivoco. L'art. 5 comma 4 *bis* adoperato in prima istanza dal Giudice per *aprire* alla contrattazione collettiva, non si riferisce all'istituto, disciplinato al precedente comma 2, della continuazione di fatto del rapporto di lavoro oltre un certo numero di giorni dal termine concordato, ma esclusivamente alla diversa regola del limite legale dei trentasei mesi totali

<sup>12</sup> Senza pretese di esaustività, in relazione alla tecnica dei rinvii legali contenuti nelle discipline della flessibilità oggi non più in vigore, cfr. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *DLRI*, 1986, 667, GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, 1986, in *DLRI*, 316, D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro, Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *RIDL*, 1987, 262, SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993, 316, LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, 191, PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro: la contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, 2005, CORSO, *Fonti eteronome e autonomia collettiva nella riorganizzazione del mercato del lavoro*, in RUSCIANO, ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ESI, 2006, 3. Quanto ai rinvii legali relativi alla disciplina della flessibilità attualmente in vigore, si rinvia a ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 2016, 657, MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1073, e a FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015 in DRI*, 2016, 1073, anche per gli ulteriori riferimenti a proposito della controversa tendenza espansiva nell'uso di tale tecnica normativa.

<sup>13</sup> Anche su questo tema si rinvia necessariamente solo ad alcuni contributi ove è reperibile ulteriore bibliografia: MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, 2003, LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, 182 ss., MAGNANI, *Legge, sindacato, autonomia collettiva*, in *ADL*, 2000, 181, LIEBMAN, *Autonomia collettiva e legge*, in D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, 1990, 49 ss., MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, 697, MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, 2001, I, 223.



di durata dei rapporti di lavoro a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi<sup>14</sup>.

Dunque, il rinvio legale ivi previsto è riferibile, evidentemente, alla materia trattata da quel *frammento* normativo (il comma 4 *bis*) e non è possibile estenderne l'applicazione ad altre regole (come quella del comma 2), in mancanza di un appiglio chiaro nel diritto positivo. Né è possibile affermare il contrario per la mera circostanza formale della collocazione delle due fattispecie legali entro uno stesso articolo di legge; e ciò sia perché la tecnica del rinvio, per la sua eccezionalità, merita un atteggiamento interpretativo rigoroso che esclude qualunque estensione analogica, sia perché, anche a voler dare peso all'argomento *topografico*, si deve riconoscere che fra il comma 2 e il 4 *bis* si trovano altre disposizioni che disciplinano, a loro volta, una regola diversa e ai nostri fini irrilevante (il c.d. *stop and go* dei contratti a termine in successione) e che confermano, *ad abundantiam*, che il legislatore che formulava il rinvio legale alla contrattazione collettiva nel comma 4 *bis*, aveva definitivamente abbandonato di tratteggiare la disciplina di cui al caso di specie, collocata alcuni commi prima.

Per il resto, nella trama della disciplina del d.lgs. n. 368/2001 non è possibile rinvenire alcun rinvio legale applicabile all'art. 5 comma 2, che conforti l'argomento speso dal Giudice.

In definitiva, pertanto, il primo tema dei rinvii eteronomi alla negoziazione collettiva, particolarmente ostico e ampiamente discusso in dottrina, è inconfidente; e riferirsi ad esso non agevola una lineare soluzione del caso.

## 4. ... e il problema decisivo del rapporto fra le fonti.

In verità, la questione giuridica davvero decisiva è quella, più generale, del rapporto fra le fonti *tout court* e, in particolare, del principio classico della c.d. derogabilità *in melius* della disciplina legale da parte di quella collettiva, a cui il Giudice fa un fugace riferimento laddove corrobora la propria tesi alla luce della regola del c.d. *favor lavoratoris*<sup>15</sup>.

In effetti, infatti, è ben noto che la norma legale lavoristica sia caratterizzata dal fatto di essere inderogabile, altrimenti essa non avrebbe potuto nemmeno svolgere il suo ruolo originario<sup>16</sup>. Ma tale inderogabilità, proprio per lo stesso fatto di svolgere una funzione di tutela dei lavoratori, è intesa in senso unilaterale, ovvero solo *in peius*. La legge, in sostanza, pone una tutela minima, lasciando libero sviluppo ad un'eventuale disciplina negoziale

<sup>14</sup> Sul punto cfr. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolazione dei rapporti di lavoro a termine*, in DEL PUNTA, ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, 35 ss.

<sup>15</sup> Cfr. i classici CESSARI, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, 1966 e SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, 1967 che approfondiscono, in particolare rispetto al rapporto fra contratto collettivo e contratto individuale, il tema del *favor*, inteso come possibile principio generale del settore lavoristico dell'ordinamento; quanto al rapporto fra legge e contratto collettivo, cfr. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976 e, più recentemente, CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *LD*, 2015, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>16</sup> Cfr. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, 2001, I, 223.

(collettiva e/o individuale) di miglior favore. Solo in questo senso, ovvero alla luce di un argomento giuridico ben preciso quale è quello dell'intenzione del legislatore e/o della funzione della norma, si può parlare della sussistenza di un principio di *favor*<sup>17</sup>.

Il Giudice, quindi, ha fatto riferimento alla dottrina classica, ancora e nonostante tutto, ampiamente maggioritaria<sup>18</sup>. Ma avrebbe potuto fare altrimenti? In astratto sì, ma a costo di un impegno argomentativo ben più ampio di quello che si presta quando in giurisprudenza, come in questo caso, si aderisce a (e si applica) un principio consolidato.

In dottrina, infatti, si segnala che l'intenzione del legislatore e la funzione della norma lavoristica, almeno dagli anni '70 in poi, non sono più quelli originari, ma si riferiscono all'esigenza di porre limiti massimi ai *costosi* diritti dei lavoratori, oppure all'esigenza di ridurre le tutele già esistenti in favore degli interessi delle imprese o, secondo una narrazione edulcorata della medesima politica del diritto, all'esigenza di promuovere un mercato del lavoro più dinamico e flessibile in cui i cittadini possano più facilmente (ri)collocarsi. E se ciò è vero, lo stesso principio della derogabilità *in melius* perde, per esser stato giustificato in virtù della funzione della norma, il suo *ubi consistam*<sup>19</sup>.

D'altro canto, però, anche a parere di scrive, il principio resta ancora oggi in piedi<sup>20</sup>, perché la torsione funzionale della legislazione lavoristica attuale, invece di lasciarlo rovinare, ha svelato un pilastro nascosto, per certi aspetti, più solido. Infatti, la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare in senso migliorativo alla legge non deriva (più soltanto) dal riflesso lanciato dalle caratteristiche funzionali della legge del settore, ma (anche), direttamente, dalla regola costituzionale della libertà di organizzazione sindacale (art. 39 comma 1 Cost.) che implica, fra le altre cose, un principio di competenza negoziale (non esclusiva) delle parti collettive in materia lavoristica. In sostanza, è possibile affermare che la derogabilità *in melius* debba oggi essere colta come il risvolto tecnico della regola della competenza per materia di origine costituzionale, che impedisce di sottrarre alla fonte negoziale il potere di intervento sulla disciplina dei rapporti di lavoro<sup>21</sup>, salvo

<sup>17</sup> In questo senso, già negli anni '60 si era precisato che il *favor* non consisteva nella formazione di una regola interpretativa «*in dubio pro operario*», ma nel rinvenire nelle maglie del diritto positivo un principio di prevalenza della disposizione più favorevole al lavoratore in sede di coordinazione fra più norme (cfr. CESSARI, op. cit., 24 e 126, ancorché in riferimento alla natura del contratto collettivo rispetto al contratto individuale).

<sup>18</sup> Sulla crisi dell'inderogabilità, cfr. ALBI, *La dismissione dei diritti del lavoratore: art. 2113 c.c.*, Giuffrè, 2016, 49 ss., DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in DLRI, 2013, 715, MARTELLONI, *Gerarchia "liquida" delle fonti del diritto del lavoro*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, 2012, NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro, Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, 383 ss.

<sup>19</sup> Cfr. BIAGI (di), TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2012, 42 o, con approccio più problematico, MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, cit., 482 secondo il quale è necessario verificare, caso per caso, se il legislatore «ha voluto o meno imporre una disciplina imperativa, come tale sottratta alle determinazioni difformi dell'autonomia collettiva». Anche gli autori che, sotto il profilo descrittivo, ancora oggi, non mettono in discussione il principio dell'inderogabilità unilaterale, affermano che l'inderogabilità unidirezionale «non è un dato metastorico, ma discende da precise scelte di politica del diritto» (Cfr. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in RIDL, 2001, I, 223), o che essa costituisce «una indebita generalizzazione di una realtà storicamente contingente» (FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Jovene, 1960).

<sup>20</sup> Cfr. CENTAMORE, op. cit., 511 ss.

<sup>21</sup> Cfr. da ultimo C. cost., 23 luglio 2015, n. 178 in DRI, 2015, 1120 che qualifica la contrattazione collettiva come fonte «*imprescindibile*» e secondo cui essa «*deve potersi esprimere nella sua pienezza su ogni aspetto riguardante la determinazione delle condizioni di lavoro, che attengono inmancabilmente anche alla parte qualificante dei profili economici*». Il recente intervento della Corte costituzionale,

che ciò non avvenga, entro i limiti posti dalla tecnica del bilanciamento, a tutela di altri interessi di rilievo costituzionale apicale, quali l'art. 4 Cost.<sup>22</sup>.

Comunque stiano le cose, nel caso concreto non sarebbe stato agevole mettere in discussione nemmeno l'approdo classico – quello che fonda la derogabilità *in melius*, a prescindere dall'ancoraggio costituzionale –, perché la norma legale applicata non esprime, singolarmente considerata, una regola per la flessibilità (né un tetto massimo), anzi, collocandosi all'interno della disciplina di un istituto che promuove la flessibilità, essa pone un limite a tutela dei lavoratori: quello secondo cui, oltre i venti/trenta giorni di tolleranza dello svolgimento di un rapporto di lavoro di fatto, lo stesso potrà essere considerato (ovvero trasformarsi) a tempo indeterminato. Il fatto poi che la soglia legale di tolleranza sia cambiata *in peius* nell'interesse delle imprese, non è motivo sufficiente per denunciarne una funzione normativa diversa<sup>23</sup>, agli effetti di una eventuale inderogabilità *in melius*.

Posto, dunque, che il riferimento all'argomento della deroga *in melius* è certamente corretto e anzi meritava di svolgere un ruolo più centrale nella motivazione della sentenza, non ci rimane che verificare se nel caso concreto, in effetti, la fonte negoziale applicata intendesse effettivamente derogare alla legge in senso migliorativo per i lavoratori.

Il caso di specie, infatti, è interessante, in particolare, perché le due fonti normative in conflitto, come abbiamo visto, regolano il medesimo istituto lavoristico in modo evidentemente sintonico, ma risultano, temporaneamente disallineate più per ragioni *pratiche* che di effettiva volontà espressa attraverso la fonte stessa.

Siccome la clausola applicata (l'art. 11 comma 15 del CCNL), di per sé, non agevola il compito, è necessario guardare alle altre clausole del contratto collettivo per stabilire se le parti stipulanti, ben consapevoli del problema dei rapporti con la legge, abbiano individuato una soluzione al problema.

Da un lato, l'art. 11 comma 1 CCNL stabilisce che le assunzioni a tempo determinato sono disciplinate dalla stessa disposizione «*ai sensi della normativa vigente*» – dovendosi intendere per *normativa* evidentemente quella *legale*. Infatti, l'articolo, nel suo complesso, riproduce, salvo alcune precisazioni, la legge in vigore<sup>24</sup>. Ciò lascia supporre una

---

ancorché relativo al settore pubblico, vale anche per il settore privato (Cfr. S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione su *DLRI*). ESSO, non a caso, richiama la sua giurisprudenza precedente, secondo cui la libertà sindacale, tutelata dall'art. 39 comma 1, Cost. «*ha il suo necessario complemento nell'autonomia negoziale*» (C. cost., 23 giugno 1988, n. 697 in *MGL*, 1988, 445 e C. cost., 27 febbraio 1985, n. 34 in *FI*, 1985, I, 975). Cfr. U. CARABELLI, V. LECCESE, *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva*, cit., 31 note 85-86 e P. PASSALACQUA, *Gli interventi legislativi sull'autonomia contrattuale collettiva nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Quaderni della Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, Convegno sul tema "il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro"*, 7-14-27 novembre 1997, Ed. Inail, 1997, 215.

<sup>22</sup> Cfr. FALSONE, op. cit.

<sup>23</sup> Questo argomento meriterebbe un approfondimento che non può essere svolto in questa sede, ma che appare interessante perché permetterebbe di stabilire se e in quali casi è possibile riscontrare una funzione normativa diversa da quella classica di tutela dei lavoratori: tutte le volte in cui il legislatore riforma una regola, anche molto specifica, in senso peggiorativo (come nel caso di specie), oppure solo quando esso inserisce nel sistema un istituto flessibilizzante nuovo (come quando ha introdotto il lavoro a tempo determinato *acausale*)? A questa seconda alternativa sembra aver aderito Trib. Milano 17 ottobre 2014 quando ha affermato che la clausola del contratto collettivo relativa alla soglia di contingentamento dei contratti a termine *causali* non era applicabile al caso del contratto a tempo determinato *acausale*, stipulato in base alla sopravvenuta disciplina della l. Monti-Fornero, «*in quanto riferita ad un contesto normativo e contrattuale completamente diverso*».

<sup>24</sup> Sulla problematica funzione di *compendio* che la contrattazione collettiva alle volte sembra voler assumere, cfr. le considerazioni

generale volontà di seguire il passo del legislatore.

Tuttavia, la nota a verbale che chiude il capitolo sulle forme contrattuali stabilisce, con una regola più precisa, cogente e, a parere di chi scrive, risolutiva, che «*qualora siano (...) emanate disposizioni di legge che modifichino e/o integrino le discipline di cui all'art. 11*», le parti a) «*si impegnano a incontrarsi tempestivamente a richiesta di una delle parti medesime (...) onde assumere conseguenti determinazioni ai fini del presente CCNL*» e b) «*non potranno in essere comportamenti unilaterali*». E fra questi comportamenti unilaterali vietati, dal lato del datore di lavoro, non possiamo non considerare ricompreso anche quello dell'autonoma e non concordata applicazione della disciplina legale sopravvenuta.

MAURIZIO FALSONE

---

critiche di GOTTARDI, op. cit., 27.