

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Esperimenti di flexicurity
nell'autonomia collettiva: prime riflessioni
sul contratto di sostegno all'occupazione
del nuovo CCNL Terziario*

Gaetana Pendolino

anticipazione

N. 2/XXV - 2015


Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS



GIUFFRÈ EDITORE

1. Contrattazione collettiva

1.1. Rinnovo del contratto nazionale del terziario, della distribuzione e dei servizi 30 marzo 2015 (in  *Boll. ADAPT*, 2015, n. 13).

Esperimenti di *flexicurity* nell'autonomia collettiva: prime riflessioni sul contratto di sostegno all'occupazione del nuovo CCNL Terziario

Sommario: **1.** *Ratio* e continuità con il contratto di inserimento. – **2.** Elementi caratterizzanti la fattispecie. – **3.** Appartenenza al *genus* contratto a tempo determinato. – **4.** Il trattamento “differenziato”: natura e fondamento. – **4.1.** Inesistenza di un principio di parità di trattamento retributivo e intangibilità della contrattazione collettiva. – **4.2.** Il principio di parità di trattamento dei lavoratori a termine. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Con l'art. 69-*bis* del rinnovato contratto collettivo del 30 marzo 2015, siglato da Confcommercio, Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-UIL, trova ingresso nell'ordinamento, seppure a carattere sperimentale, il “contratto a tempo determinato di sostegno all'occupazione”.

In sintesi, può definirsi come un contratto, stipulato per una sola volta con il medesimo soggetto e per una durata di 12 mesi, volto, secondo l'espressa indicazione delle parti sociali, all'inserimento e alla ricollocazione di particolari categorie di lavoratori “svantaggiati”, mediante un percorso formativo finalizzato all'adeguamento delle competenze professionali e un sistema salariale “d'ingresso”.

Se del tutto nuova nel variegato panorama delle forme contrattuali appare la locuzione prescelta e coniata in sede collettiva, altrettanto non può dirsi per l'istituto delineato nell'accordo, che sembra essere l'erede del contratto di inserimento, abolito dalla riforma Fornero.

La disciplina, infatti, salvi alcuni aspetti che meglio si preciseranno, è stata tracciata sulla falsariga di quella di cui agli artt. 54-59 del d.lgs. n. 276/2003, abrogati dall'art. 1, comma 14, della l. n. 92/2012.

Quel che da subito appare certo è, anzitutto, una continuità di *ratio* fra la disciplina di cui ai citati articoli del decreto Biagi e quella contemplata all'art. 69-*bis*, costituita dal temperamento tra l'esigenza di flessibilità delle imprese e la finalità occupazionale a valenza sociale.

L'autonomia collettiva ha ripreso la strada del legislatore del 2003, interrotta nel 2012 e non ripristinata da ultimo dal *Jobs Act*, che, avallando la scelta normativa pregressa, non ha considerato o, meglio, riconsiderato il contratto di inserimento, neppure in occasione del riordino delle tipologie contrattuali di cui al recente schema di decreto legislativo, emanato in attuazione della l. n. 183/2014, art. 1, commi 7 e 11.

Questo rinnovato interesse delle parti sociali per l'istituto, se non altro, rappresenta il vero banco di prova delle criticità connesse all'abolizione del contratto di inserimento, costituite, da un lato, dal rischio di una esclusione dal mercato del lavoro di soggetti svantaggiati e, dall'altro, dal venir meno per le imprese di precisi strumenti di flessibilità "in entrata"; criticità cui non è stato – e non è – possibile far fronte mediante meri sgravi contributivi, che, come si ricorderà, erano stati introdotti dal legislatore per compensare l'intervenuta scomparsa del contratto di inserimento, peraltro solo in relazione alle assunzioni di lavoratori appartenenti ad alcune delle categorie cui la tipologia contrattuale era rivolta (si veda I. ODDO, G. TOLVE, *Contratto di inserimento, una fine ingiustificata che penalizza l'occupabilità dei lavoratori svantaggiati*, in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul DDL n. 3249/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Adapt University Press, 2012).

2. Entrando nel vivo della disciplina, si riscontra, come già anticipato, una coerenza rispetto alla stessa struttura tipologica del contratto di inserimento, del quale sono ripresi con evidenza alcuni snodi fondamentali: la limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione, la componente formativa e il quadro degli incentivi per l'assunzione, che sembra essere stato scritto a ricalco di quello garantito dall'abrogato art. 59 del d.lgs. n. 276/2003.

Quanto, anzitutto, all'ambito di applicazione, l'accordo collettivo prevede la possibilità di stipulare contratti di lavoro, per una sola volta con il medesimo soggetto, e per un periodo massimo di 12 mesi, con coloro che, ai sensi del regolamento (CE) n. 800/2008, art. 2, punto 18, lett. a, siano privi di un impiego retribuito da almeno 6 mesi, abbiano svolto, negli ultimi 6 mesi, attività lavorativa in forma autonoma o parasubordinata che sia stata fonte di un reddito inferiore a quello annuale minimo escluso da imposizione, ovvero con i soggetti che abbiano compiuto un periodo di apprendistato e il cui contratto sia stato disdettato al termine del periodo formativo e con quelli che, infine, abbiano esaurito l'accesso alle misure di sostegno al reddito.

L'elencazione permette di evidenziare come tale figura negoziale sia rivolta ad una platea *a latere praestatoris* di soggetti "deboli" che necessitano di misure volte ad agevolarne l'occupabilità.

A differenza del contratto di inserimento, cui era possibile far ricorso per l'assunzione di soggetti distinguibili in due categorie, i giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni, da un lato, e i lavoratori c.d. svantaggiati, dall'altro (M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003. La "Legge Biagi" e le norme di attuazione*, Cacucci, 2004, 290), il nuovo contratto di sostegno all'occupazione pare rivolgersi *prima facie* esclusivamente a questi ultimi. A ben guardare, però, pur non prendendo a riferimento il requisito anagrafico, la contrattazione collettiva, nel rivendicare la facoltà di individuare, in via del tutto autonoma

rispetto alle indicazioni del legislatore nazionale e comunitario, pure in parte richiamate, i beneficiari di misure di sostegno occupazionale, riesce a far confluire nella sfera di applicazione soggetti che nella vigenza del contratto di inserimento sarebbero rientrati tra i “giovani”; così, ad esempio, può dirsi per gli apprendisti non confermati.

Deve rilevarsi, inoltre, come la norma non contenga alcun riferimento agli inoccupati cioè a coloro che, senza aver svolto una precedente attività lavorativa, siano alla ricerca di un’occupazione; sempre che non si ritenga, stante la genericità della locuzione, che possano rientrare tra quelli «privi di un impiego retribuito da almeno sei mesi». Ma tale interpretazione non sembra preferibile atteso che, come meglio si preciserà, il contratto di sostegno all’occupazione è finalizzato all’assunzione di soggetti già in possesso di competenze professionali o comunque con una precedente esperienza lavorativa. Si tratta di un dato non privo di rilievo che, peraltro, consentirebbe di rinvenire il comune denominatore delle classi di soggetti designate dalla norma.

In relazione all’aspetto formativo, la norma contrattuale prevede un onere a carico del datore di lavoro che si presenta più blando, sia nel contenuto, sia nella portata, se posto a confronto con quello tracciato per il contratto di inserimento, ove il progetto individuale – qui del tutto assente – di cui all’art. 55 del d.lgs. n. 276/2003 non solo costitutiva condizione essenziale per l’utilizzo della tipologia contrattuale, ma anche il perno attorno cui ruotava l’intera disciplina, anche sanzionatoria, dell’istituto. Da questa prospettiva, il contratto di sostegno all’occupazione esce amputato: la norma collettiva si limita a prevedere un percorso formativo di almeno 16 ore, comprensivo della formazione in materia di prevenzione antinfortunistica, «anche mediante la partecipazione a progetti di formazione aziendali o in affiancamento per le ore dedicate alla formazione»; aggiungendo, poi, in maniera un po’ criptica, un appunto per cui «la formazione di cui al precedente comma può essere inclusa nei piani formativi presentati al fondo Forte, a fronte di specifiche indicazioni che le Parti forniranno al Fondo per includere tali destinatari negli Avvisi».

Con riferimento al quadro degli incentivi, una sostanziale uniformità è rilevabile nel beneficio dell’esclusione dal computo dei soggetti assunti ai sensi dell’art. 69-*bis* ai fini della determinazione del limite percentuale per le assunzioni con contratto a tempo determinato previsto dall’art. 63 (20% del personale a tempo indeterminato) e di quello, individuato per sommatoria per le assunzioni a tempo determinato e per quelle con contratti di somministrazione a tempo determinato di cui all’art. 66 (28% del personale a tempo indeterminato).

E lo stesso può dirsi con riguardo al profilo più “critico” relativo al sotto-inquadramento. L’accordo collettivo riconosce, infatti, la facoltà di inquadrare e retribuire il lavoratore per i primi 6 mesi sulla base di 2 livelli inferiori rispetto a quello spettante in relazione «alla qualifica indicata nel contratto di assunzione» e di un livello inferiore per il restante periodo.

Il sotto-inquadramento risulta, invece, attenuato per i lavoratori assunti per le qualifiche comprese nel VI livello, cui può essere attribuito un VII livello per i primi 6 mesi della durata del contratto, con un rientro obbligatorio al VI per il restante periodo di 6 mesi.

Fatta eccezione per questi ultimi lavoratori assunti per qualifiche rientranti nel VI livello, in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato – non meglio specificato, se a tutele crescenti o meno (sui concetti di trasformazione *versus* conversione si veda M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *Boll. ADAPT*, 2015, n. 14) – il livello di inquadramento e il corrispondente trattamento economico sarà di un livello inferiore rispetto a quello spettante per la qualifica indicata nel contratto di assunzione, per un ulteriore periodo di 24 mesi. Questo è ciò che, invece, segna un netto punto di rottura con le norme introdotte nel 2003 per il contratto di inserimento.

3. La figura del contratto di sostegno all'occupazione, come delineata, impone, anzitutto, una valutazione circa la sua configurabilità quale nuovo o speciale tipo di contratto di lavoro, che possa trovare in sé il suo *ubi consistam*, oppure la sua riconducibilità ad uno schema negoziale previsto dalla legge.

Occorre premettere che la nozione di specialità in funzione del tipo legale, così come quella di atipicità, appare «tutt'altro che chiara, in particolare nel diritto del lavoro, ove lo stesso termine è di volta in volta sinonimo di contratto la cui causa è caratterizzata da tutti gli elementi del tipo generale più un elemento differenziante; di contratto cui si applica una disciplina diversa dal tipo generale; di contratto diverso dal prototipo normativo; e dove non vi è accordo sul se il binomio tipo/sottotipo e tipo speciale/tipo generale designino la medesima cosa» (R. ROMEI, *Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile e Lavoro intermittente*, in *Aa.Vv., Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, nota 27).

Nel caso che ci occupa, pur non essendo il contratto di sostegno all'occupazione, in sé e per sé, previsto dalla legge sembra, invero, difficile ipotizzare che la contrattazione collettiva abbia voluto dar vita ad un nuovo tipo contrattuale; così come appare arduo dimostrare la ricorrenza in concreto di una causa e/o di una disciplina del tutto diverse ed autonome rispetto ai modelli ordinari di lavoro prefigurati dal legislatore. Qui ci si trova di fronte ad un contratto di lavoro subordinato con un termine finale, che presenta una deviazione per la presenza di alcuni elementi specializzanti: un percorso formativo che mira all'adeguamento delle competenze professionali di particolari categorie di lavoratori e un sotto-inquadramento di tipo economico. Nonostante le evidenziate peculiarità, sembra plausibile quindi sostenere che, riempiendo gli spazi lasciati vuoti dalla legge, la contrattazione nello specifico settore abbia recuperato la figura del contratto di inserimento, dando una “veste formale” di contratto a tempo determinato e individuando causali

giustificative in ragione delle caratteristiche soggettive di alcune tipologie di lavoratori. Sotto questo profilo, non può ritenersi esclusa, nonostante il vigente regime di ampia liberalizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato (si veda il d.l. n. 34/2014 convertito dalla l. n. 78/2014), la possibilità di assunzioni a termine con causali soggettive, ove queste ultime siano individuate dalla contrattazione collettiva, se non al costo di disconoscere l'autonomia funzionale garantita dall'ordinamento e di alterare l'equilibrio raggiunto dalle parti in sede negoziale.

Nel senso della appartenenza del contratto di sostegno all'occupazione al *genus* dei contratti a tempo determinato, sembrerebbe deporre non solo la stessa assonanza con il contratto di inserimento, che era un vero e proprio contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, ma anche la collocazione sistematica, la lettera della rubrica dell'art. 69-*bis* e la previsione ivi contenuta del termine di durata di 12 mesi. Ciò precisato, non ci si può, tuttavia, esimere in questa trattazione dal sollevare qualche nota critica in ordine alla modalità di riconduzione della disciplina del contratto *de quo* a quella contemplata per il contratto a termine, in assenza di qualsivoglia rinvio alla specifica normativa in materia e di una disposizione equivalente all'abrogato art. 58 del d.lgs. n. 276/2003, per cui «Salvo diversa previsione dei contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero dalle rappresentanze sindacali unitarie, ai contratti di inserimento si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368». Così, qualche dubbio permane ad esempio in merito al possibile regime sanzionatorio in presenza di determinati vizi formali e sostanziali nella attivazione o nello svolgimento del rapporto di lavoro o, ancora, nelle ipotesi di rinnovo e/o proroga che dovessero di fatto intervenire nella sua esecuzione.

La tesi della riconducibilità del contratto di sostegno all'occupazione ad un modello legale, nel caso di specie al contratto a tempo determinato, è peraltro avvalorata dalle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali che ruotano attorno al principio di indisponibilità del tipo (su cui si veda M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, n. 1, 63). Secondo una particolare accezione di tale principio, deve ritenersi esclusa, nell'attuale sistema del diritto del lavoro, una licenza a favore della contrattazione collettiva – e *a fortiori* di quella individuale – di istituire *stricto sensu* tipi contrattuali, ciò che rientra nella competenza costituzionalmente garantita della legislazione statale. La ricorrenza, invero sempre più frequente nella prassi contrattuale, di elementi specializzanti rispetto ai diversi modelli tipizzati dal legislatore, sia di lavoro a tempo indeterminato sia di lavoro flessibile – «in ogni caso sintomatica di una vera e propria disfunzione nei rapporti tra norma di legge e autonomia privata» (M.

BIAGI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, 2003, 215) – non può implicare la creazione di un tipo diverso (si veda M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra “indisponibilità del tipo contrattuale”, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in *RIDL*, 2014, n. 3, I, 405, soprattutto nota 15, che richiama a supporto la giurisprudenza costituzionale: *ex multis* C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *FI*, 1993, n. 9, I, 2432).

Cionondimeno, non può escludersi che le peculiari “deviazioni” dal modello di contratto di lavoro ordinario e i profili di specialità caratterizzanti il contratto in esame possano indurre, prefigurando così un’apertura all’autonomia privata di spazi nell’area dell’atipico, un eventuale controllo di meritevolezza «secondo l’ordinamento giuridico» *ex art.* 1322, comma 2, c.c. delle pattuizioni espresse. Sul punto deve segnalarsi che tale controllo è ammesso dalla giurisprudenza della Cassazione la quale, in materia di part-time verticale e lavoro stagionale, ha affermato che «nell’ordinamento italiano tutti i negozi giuridici, anche quelli non specificamente previsti dalla normativa (sia codicistica che speciale), sono ammessi se non specificamente vietati; l’art. 1322 c.c. dispone, infatti, che “le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [...]”. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. La norma vale non solo per i contratti in genere, ma anche per quelli di lavoro» (si veda Cass. 28 ottobre 2009, n. 22823, in *DeJure*).

Ciò precisato, sotto il profilo dell’analisi giuridica, si tratterà in ogni caso di verificare il coordinamento del meccanismo della sub-standardizzazione del contratto di lavoro, istituito *motu proprio* dalla contrattazione collettiva, con le norme di legge e i principi in materia, rispetto a cui devono essere rinvenute ragioni e fondatezza dei trattamenti differenziati.

4. Occorre, a questo punto, prendere le mosse da una considerazione più generale, ovvero quella per cui il “sotto-inquadramento”, così come delineato per il contratto in esame, sia ascrivibile alla tipologia degli incentivi all’occupazione di tipo economico; esso dovrebbe interpretarsi come mera riduzione del trattamento salariale, e non di quello professionale, sì che la individuazione del livello inferiore dovrebbe essere effettuata in relazione ad una qualifica che è già posseduta dal lavoratore (in questo senso, con riferimento al contratto di inserimento, si veda D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento: dall’occupabilità all’adattabilità*, in *LG*, 2004, n. 3, 298).

Non sembra ipotizzabile l’applicazione del meccanismo di determinazione del trattamento retributivo inferiore proprio dei contratti formativi, come l’apprendistato, basato sulla qualifica al conseguimento della quale è preordinato lo schema negoziale, tendendo il contratto in esame ad un mero

adeguamento del bagaglio professionale del lavoratore alla realtà produttiva aziendale di destinazione e non all'acquisizione di saperi e conoscenze ai fini strettamente "qualificatori".

Quanto appena riferito, inscindibilmente legato al dato relativo all'indebolimento dell'elemento formativo, non può che indurre alla conclusione per cui il sotto-inquadramento, e la eventuale disparità di trattamento che ne deriva, non può certamente fondarsi sulla finalità formativa da sempre invocata per affermarne la legittimità (si veda, ad esempio, per il contratto di formazione e lavoro Cass. 28 luglio 1995, n. 8270, Cass. 29 gennaio 1998, n. 887, Cass. 14 agosto 2004, n. 15878, in *RIDL*, 2005, n. 3, II, 604; si veda in dottrina C. ZOLI, *Parità di trattamento e retribuzione*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Jovene, 1994, vol. I, 172; L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, vol. I, 136 ss.).

Già all'indomani della riforma Biagi, con l'introduzione del contratto di inserimento, vi è stata da parte del legislatore «una tardiva presa d'atto che la componente più genuinamente formativa del vecchio contratto di formazione e lavoro [...] è stata sistematicamente mortificata da funzioni ulteriori e improprie, tra cui la riduzione del costo del lavoro, l'inserimento del mercato del lavoro delle fasce giovanili e, non da ultima, l'allentamento di talune rigidità in materia di assunzioni» (M. TIRABOSCHI, *Opportunità per le fasce socialmente più deboli*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 luglio 2004, 17). Si tratta di "funzioni" o esigenze che sono state avvertite come idonee o comunque meritevoli, ieri dal legislatore, con il contratto di inserimento, oggi dalla contrattazione collettiva, con il contratto di sostegno all'occupazione.

Ora, è vero che lo scadimento della dimensione formativa, qui ancora più accentuato rispetto al contratto di inserimento, rende ardua la distinzione tra lo schema negoziale di cui trattasi e il contratto di lavoro standard, ove una prima fase di adeguamento professionale è pur sempre prevista. Ma è ancor più vero che la condizione personale di lavoratore svantaggiato, come soggetto che abbia, anche sulla base di una semplice presunzione, subito una *deminutio* della professionalità a causa della mancanza di una attività lavorativa per un determinato periodo di tempo, e la finalità di riallocazione nel mercato di lavoro, intesa come adeguamento delle capacità lavorative alla realtà produttiva, possono considerarsi parametri e obiettivi tali da giustificare eventuali differenziazioni retributive.

In tale direzione, ha sicuramente svolto un ruolo importante anche la giurisprudenza costituzionale, chiamata in causa in materia di contratto di formazione e lavoro, per cui, con riferimento al profilo causale del contratto, «la finalità socio-politica di favorire la costituzione di rapporti di lavoro subordinato per i giovani e che tale finalità è nettamente prevalente a quella meramente formativa» (si veda C. cost. 25 maggio 1987, n. 190, in *MGL*, 1987, 313); seguita, poi, dalla giurisprudenza di legittimità che, nel solco

tracciato dalla Consulta, ha ribadito la peculiare valenza giuridica del contratto di formazione e lavoro, che tende, diversamente dall'apprendistato, non già alla mera acquisizione della professionalità ma all'attuazione di una sorta di ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro, sì che «una divergenza, anche di non lieve entità, fra obblighi previsti dal contratto di formazione e lavoro e concreto svolgimento del rapporto non realizza inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione dello stesso in rapporto di lavoro a tempo indeterminato» purché la concreta esperienza riesca a sortire il fine "iniziativo" (si veda Cass. 17 maggio 2003, n. 7737, in *OGI*, 2003, n. 2, 360, che richiama Cass. 18 febbraio 1995, n. 1745; Cass. 5 luglio 1997, n. 6069; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1426; Cass. 1° agosto 1998, n. 7554; Cass. 13 agosto 1998, n. 7988; Cass. 9 febbraio 2001, n. 1907).

L'adozione della formula contrattuale in esame può, tra l'altro, essere ricondotta all'evoluzione già prodottasi nella disciplina collettiva, e non solo a livello nazionale, contraddistinta dalla introduzione di una pluralità di strumenti retributivi e percorsi contrattuali flessibili orientati ad agevolare l'inserimento o il reimpiego di lavoratori "deboli" sul mercato.

Con il rinnovo del 2013 del CCNL Logistica, trasporto e spedizione (sottoscritto da Confetra, Confrtrasporto, Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uil Trasporti) sono state introdotte, ad esempio, alcune "misure premiali" in favore delle imprese in regola con gli adempimenti contributivi e che applichino correttamente le procedure di determinazione dell'orario di lavoro e delle retribuzioni previste dal CCNL, in particolare: l'inquadramento per i neo-assunti con contratto a tempo indeterminato ovvero con contratto di apprendistato professionalizzante nel nuovo livello III Super Junior; il passaggio a tale livello dei lavoratori in forza alla data di sottoscrizione del CCNL dai livelli III e IV; la permanenza a tale livello per un periodo di 30 mesi, al termine del quale avverrà il passaggio in automatico al III livello Super. Ancora, il CCNL rinnovato nel 2012 per i dipendenti da aziende esercenti attività del settore Commercio (sottoscritto da Confazienda, Cisl) ha previsto, al fine di favorire le assunzioni a tempo indeterminato di lavoratori non in possesso dei requisiti anagrafici di legge previsti in materia di apprendistato o di contratto d'inserimento e privi delle necessarie pregresse competenze inerenti alle mansioni richieste, la possibilità di inquadramento, per periodi massimi determinati nello stesso CCNL, nei 2 livelli, immediatamente inferiori rispetto a quello riferibile alle mansioni di destinazione.

A livello territoriale, l'accordo-quadro per il settore del marketing operativo del 2012 (sottoscritto da Anasfim, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil regionali) ha previsto, per le figure professionali di *promoter* e *merchandiser*, una stabilizzazione al VII livello sino al gennaio 2015, con un successivo percorso di riallineamento del salario di ingresso da definire in un triennio.

Non può da ultimo tralasciarsi l'accordo aziendale Marcegaglia del 2012 separato, non firmato dalla Fiom, che prevede un salario di ingresso parametrato ai premi di risultato o ad altre voci retributive definite dalla contrattazione aziendale, con un sistema di graduale allineamento ancorato alla anzianità di servizio.

Si tratta, dunque, con evidenza, di accordi che appaiono informati alla medesima finalità cui è ispirato il contratto di sostegno all'occupazione e che, come quest'ultimo, rappresentano tappe di quel processo di progressiva flessibilizzazione del diritto del lavoro e contestuale apertura alla contrattazione collettiva, con un rilievo sempre crescente del suo ruolo nel governo dei processi di trasformazione della realtà produttiva e nella tutela dell'occupazione. Il riferimento, da ultimo, è ovviamente all'art. 8 della l. n. 148/2011 con cui è stata attribuita alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale, c.d. di prossimità, per porre l'accento sulla maggiore vicinanza e rispondenza agli interessi tutelati, la facoltà di derogare *in peius* non solo alla disciplina della contrattazione nazionale ma anche e soprattutto a quella legale con riferimento ad una gamma di materie (*ex multis* si veda F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012; per l'incidenza sulla specifica disciplina del contratto a termine si veda A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione in deroga*, Cedam, 2013).

Il processo di apertura alla contrattazione collettiva, tra l'altro, travalica i confini nazionali, investendo il livello comunitario. Anche il legislatore sovranazionale ha, infatti, rimesso importanti potestà regolamentative all'autonomia collettiva, scommettendo sulla sua funzionalità ad attuare politiche del lavoro e di sostegno alle imprese. Così, con riferimento specifico al contratto a termine, e allo stesso contratto di sostegno all'occupazione in esame, qualora si accedesse alla ricostruzione qui fattane, potrebbe anche assumere rilievo la clausola 8 dell'accordo-quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE quadro, per cui «Il presente accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, al livello appropriato, [...] accordi che adattino e/o completino le disposizioni del presente accordo in modo da tenere conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate».

4.1. Tali considerazioni, tuttavia, non chiariscono del tutto la legittimità di trattamenti retributivi differenziati, se non collegate alle ragioni giuridiche che, unitamente alla affermazione della rilevanza della finalità occupazionale, emergono dall'esame degli orientamenti interpretativi in materia di contratti formativi e salari di ingresso.

Si fa riferimento, anzitutto, al tanto discusso principio di parità di trattamento retributivo. Senza qui dilungarsi sul lungo e acceso dibattito, ci si limiterà ad evidenziarne gli esiti raggiunti, nel senso della inesistenza nell'ordinamento giuridico di norme imperative che accolgano ed impongano il principio di parità di trattamento nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato (si veda in

particolare Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *RIDL*, 1996, n. 1, II, 76, che ha “superato” C. cost. 22 febbraio 1989, n. 103, in *RIDL*, 1989, II, 389), e la sua «effimera affermazione dell’efficacia interpretata del principio di eguaglianza» (così M. BARBERA, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, in *RGL*, 2002, n. 4, 808).

E così, similmente a quanto oggi prefigurato per il contratto di sostegno all’occupazione, è stata ritenuta legittima la clausola collettiva che prevedeva, al fine di incentivare la stabilizzazione del rapporto, che ai titolari di contratti di formazione e lavoro venisse corrisposta una retribuzione inferiore a quella degli altri dipendenti per un certo periodo di tempo anche successivo alla trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato; atteso che «il trattamento differenziato trova il suo fondamento in un dato oggettivo di carattere temporale, e comunque non sussistendo in capo al lavoratore alcun diritto alla parità di trattamento» (Cass. n. 15878/2004, cit.; Cass. 22 giugno 2006, n. 14465, in *NGL*, 2006, 744; Cass. 1° agosto 2007, n. 16956; Cass. 9 settembre 2008, n. 23075; Cass. 6 maggio 2009, n. 12120; Cass. 9 dicembre 2009, n. 25756).

In secondo luogo, si è posto l’accento sulla «razionalità intrinseca» della contrattazione collettiva, «interprete degli equilibri economici del mercato», per giudicarne le sue determinazioni retributive come impermeabili ed intangibili, e per affermarne una sorta di immunità da controlli giudiziali «che tale equilibrio potrebbero correggere, contraddire, e quindi negare» (così M. NOVELLA, *La parità di trattamento a fini retributivi*, in G. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Utet, 2012, 314, il quale richiama O. MAZZOTTA, *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, in *FI*, 1990, I, 2887). I contratti collettivi, quali estrinsecazioni del potere delle associazioni sindacali, altro non sono se non frutto e risultato di «trattative e patteggiamenti e costituiscono una regolamentazione che, in una determinata situazione di mercato, è il punto di incontro, di temperamento e di coordinamento dei confliggenti interessi dei lavoratori e degli imprenditori» (già così C. cost. 9 marzo 1989, n. 103), «impermeabile a qualsiasi controllo di razionalità» (C. cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *MGL*, 1996, 691). Il potere “correttivo” del giudice, dunque, già limitato per gli atti negoziali interpretati, non può esercitarsi sul contratto collettivo, urtando con un valore, ovvero l’autonomia collettiva, la cui intangibilità è ancor più forte (cfr. L. ZOPPOLI, *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, Giappichelli, 2013, 68).

4.2. Occorre, tuttavia, considerare che all’arretramento del principio della parità retributiva ha fatto da contraltare, anche sotto l’impulso del diritto comunitario, l’ampliamento della legislazione antidiscriminatoria, quale *corpus* di norme che impongono il divieto di trattamenti differenziati legati a determinati fattori vietati di discriminazione (quali, ad esempio, il sesso, la razza, la fede, l’età, ecc.) o connessi, per quanto qui di interesse, alla distinzione tra lavoro standard e lavoro flessibile.

Sotto questo profilo, se appare ancora convincente la soluzione qui adottata, ovvero quella della riconducibilità del contratto di sostegno all'occupazione al più ampio *genus* del contratto a tempo determinato, non può escludersi che la fattispecie in esame possa essere eventualmente sottoposta al vaglio di legittimità ai sensi della clausola 4 dell'accordo-quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE per cui, «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».

Tale principio, come noto, ha trovato una fedele traduzione nell'art. 6 del d.lgs. n. 368/2001, per cui « Al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine».

Per quanto rileva, ai fini dell'indagine che si sta conducendo, è evidente che tale principio, peraltro direttamente invocabile innanzi al giudice nazionale, potrebbe far da argine alla disparità introdotta dalla contrattazione collettiva con il contratto in esame, qualora si ritenessero le ragioni concrete delle differenziazioni non rientranti nella nozione di "ragioni oggettive", elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Tale nozione, interpretata in maniera alquanto restrittiva – non costando di fatto pronunce in cui sia stata ravvisata la sussistenza – richiede che la disparità di trattamento sia giustificata dal ricorrere di «elementi precisi e concreti che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria», non potendo, inoltre, autorizzarsi una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il solo fatto «che quest'ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo» (C. giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*).

5. Salvo quanto precisato, se pur la dose di liberalizzazione del contratto substandard introdotta con l'art. 69-bis sia di particolare ampiezza e di rilevante portata, sulla scorta delle considerazioni esposte, non può ritenersi in astratto impraticabile la soluzione validata dalle parti sociali, abilitate ad individuare *ex ante* i valori sottesi alla modifica o deroga della regolamentazione tipica e ordinaria del rapporto di lavoro subordinato e, in particolar modo, ad

operazioni di “correzione” dei parametri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, se finalizzate non alla mera flessibilità ma alla flessibilità funzionale ad un’occupazione stabile.

Ciò che però non dovrebbe escludere in concreto il controllo di adeguatezza ex art. 36 Cost., quale parametro “esterno” rispetto al contratto (si veda Cass. n. 15878/2004, cit.; sul principio per cui la retribuzione prevista dal contratto collettivo acquista, solo in via generale, una “presunzione” di adeguatezza si veda *ex multis* Cass. 28 ottobre 2008, n. 25889) ovvero che la retribuzione sia commisurata ad una soglia minima volta a «garantire al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa» (c.d. retribuzione obbligazione sociale), ma soprattutto rispettosa del principio – distinto e non sovrapposto al primo – della proporzionalità rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro prestato (c.d. retribuzione corrispettivo. Cfr. L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, 1991, 189; L. ZOPPOLI, *L’articolo 36 della Costituzione e l’obbligazione retributiva*, cit., 141). Una generalizzazione del sotto-salario non deve ritenersi consentita neppure al legislatore – che anzi incontra i limiti dell’art. 3 Cost. oltre quelli dell’art. 36 Cost. – e non può essere giustificata con generiche esigenze di manutenzione del capitale umano (L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *I contratti a contenuto formativo tra “formazione e lavoro” e “inserimento professionale”*, Working Paper CSLDE “Massimo D’Antona”.IT, 2004, n. 15, 47).

Bisognerà attendere l’effettiva attuazione della norma per poterne valutare l’impatto, ma certo la rivendicazione da parte dell’autonomia collettiva di spazi di regolamentazione in materia di occupazione e mercato del lavoro dovrebbe suggerire un ripensamento delle scelte compiute e delle aree di manovra in sede di elaborazione legislativa.

Gaetana Pendolino

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia