

ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO

CONSIGLIO PROVINCIALE DI NAPOLI

XVIII MASTER IN DIRITTO DEL LAVORO

*

**«Dal Diritto pandemico a quello della Ripartenza.
Il PNRR. Le Proposte dei Consulenti del Lavoro»**

Mercoledì 3 Novembre 2021

WEBINAR

"La maggiore rappresentatività comparata: L'incompiuta"

AVVOCATO RAFFAELE RICCARDI

La maggiore rappresentatività comparata: L'incompiuta

È nota la distinzione tra sindacato **maggiormente rappresentativo** e **comparativamente più rappresentativo**:

il primo fa riferimento ad un sindacato che possa considerarsi sufficientemente rappresentativo, ed è quindi una verifica in termini assoluti e non comparativi mirante ad accertare un certo grado di rappresentatività del sindacato;

il secondo, invece, intende selezionare tra i sindacati rappresentativi, operando una comparazione tra di essi.

G. GIUGNI, *Intervento*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso Nazionale AIDLASS di diritto del lavoro, Milano, 23-25 maggio 1997

Il concetto di rappresentatività differisce da quello di rappresentanza.

Pur trattandosi, infatti, sempre di “rappresentanza di interessi”, a differenza della rappresentanza - con la quale si costituisce un rapporto tra gruppo organizzato e singolo -, la **rappresentatività** esprime un rapporto tra struttura organizzativa e tutto il gruppo di riferimento, **comprendente sia gli iscritti sia i non iscritti.**

La mancata attuazione dell'art. 39 della Cost. ha posto negli anni il problema del criterio di selezione delle organizzazioni sindacali in grado di incidere sulla generale platea di imprenditori e prestatori della categoria interessata.

Il criterio della maggiore rappresentatività è il fulcro dell'art. 19 della L. 300/70, in tema di “*Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali*”, al fine di attribuire ai lavoratori la facoltà di iniziativa per la costituzione della rappresentanza sindacale aziendale.

LA MAGGIORE RAPPRESENTATIVITÀ

Nonostante il criterio della maggiore rappresentatività abbia passato più volte il vaglio di legittimità costituzionale (Corte Cost. 22 Febbraio 1974, n. 54 e Corte Cost. 24 Marzo 1988, n. 334), lo stesso è stato criticato, in quanto attributivo di **rendite di posizione a favore di associazioni sindacali che erano sottratte all'accertamento della loro effettiva rappresentatività solo perché aderivano alle tre più importanti confederazioni presenti a livello nazionale (CGIL, CISL e UIL).**

Ciò ha posto il problema, negli anni, della individuazione di nuovi e più attendibili criteri con i quali misurare il requisito della rappresentatività, in un quadro di “*nuove regole ispirate alla valorizzazione dell’effettivo consenso come metro di democrazia anche nell’ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato*” (**Corte Cost. 26 Gennaio 1990, n. 30**).

La norma originaria è stata oggetto di due importanti modifiche dapprima con il referendum del 1995 e successivamente ad opera della sentenza 231/2013 della Corte Cost.

Infatti, nella sua versione originale l'art. 19, quanto ai requisiti di rappresentatività, faceva riferimento:

- a) ad associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale;
- b) ad associazioni che, seppure non affiliate alle predette confederazioni, fossero firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva.
produttiva.

Rimanevano quindi esclusi quei sindacati che avessero siglato contratti di **livello aziendale**.

A causa di questa esclusione all'art. 19 veniva mossa l'accusa di privilegiare solo i grandi sindacati.

Il referendum abrogativo del 1995 comportò l'ampliamento della facoltà di istituire le RSA. Da un lato venne abrogata la lettera *a*) della norma, eliminando così il requisito della maggiore rappresentatività confederale, dall'altro nella lettera *b*) vennero eliminate le parole *nazionali o provinciali*.

La Corte costituzionale, con sentenza 231/2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della lettera *b*) della norma nella parte in cui non prevedeva che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla **negoziazione** relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

“... il dato sostanziale della rappresentatività non può essere eluso – né in eccesso né in difetto – da elementi meramente formali quali, da un lato, la sola formale sottoscrizione, oppure dall’altro la sola mancata sottoscrizione del contratto (da parte di un sindacato che abbia partecipato alle relative trattative, grazie alla sua rappresentatività)...”.

La sentenza della Corte Cost. 231/2013 va interpretata alla luce della sentenza della medesima Corte n. 244/96 che ugualmente aveva esaminato l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori.

Tale sentenza stabiliva, infatti, che ai fini del riconoscimento della legittimazione delle organizzazioni sindacali a beneficiare della tutela privilegiata, quel che conta è la rappresentatività del sindacato riscontrata in concreto.

Sul punto la Corte affermava che *se la rappresentatività è **insussistente**, la sola sottoscrizione del contratto collettivo non può certamente essere sufficiente per l'attribuzione della suddetta tutela.*

Nel 2013, esaminando l'ipotesi inversa della mancata sottoscrizione del contratto collettivo, la Corte ha invece affermato che se il sindacato è realmente rappresentativo, la sua decisione di non firmare il CCNL, alle cui trattative abbia attivamente preso parte, non può sicuramente essere configurata come elemento idoneo a negare la tutela privilegiata di cui al titolo III dello Statuto dei Lavoratori.

L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011

- MISURAZIONE RAPPRESENTATIVITA'

Viene previsto un sistema di misurazione della rappresentatività delle OO.SS. che tiene conto del **dato associativo** (certificato dall'INPS sulla base delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) ponderato con il **dato elettorale** (consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle RSU trasmessi al CNEL).

Legittimate a negoziare saranno le OO.SS. che raggiungono una rappresentatività superiore al 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il CCNL.

L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011

• EFFICACIA DEI CONTRATTI AZIENDALI:

Se approvati dalla maggioranza dei componenti delle RSU i contratti collettivi aziendali hanno efficacia per la generalità del personale in forza ad eccezione della parte obbligatoria.

Se approvati dalla maggioranza delle RSA i contratti collettivi aziendali hanno efficacia ugualmente generalizzata.

Tuttavia:

- 1.** Entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, è consentito avanzare istanza di referendum da parte di almeno:
 - una delle OO.SS. firmatarie dell'Accordo interconfederale del 2011;
 - il 30% dei lavoratori dell'azienda.
- 2.** La consultazione è valida con il 50% + 1 degli aventi diritto al voto.
- 3.** L'intesa raggiunta è respinta con il voto della maggioranza semplice dei votanti

L'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012

- **PRODUTTIVITA'**: è finalizzato a rilanciare la **produttività** del lavoro e la **competitività** delle imprese.
- **CONTRATTAZIONE AZIENDALE**: tale fine è perseguito mediante il **potenziamento dei contratti aziendali**.
- **INCENTIVI**: il fine è perseguito anche mediante il tentativo di **rendere strutturali** le misure di **incentivazione fiscale e contributiva** applicabili al **salario di produttività** negoziato al secondo livello di contrattazione collettiva.

Seguiranno più recenti disposizioni legislative su **DECONTRIBUZIONE** e **DETASSAZIONE** dei **premi di risultato** e su **WELFARE AZIENDALE**.

L'Accordo interconfederale del 24 aprile 2013
e
Il Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013

Definiscono nel dettaglio le modalità di calcolo della
Rappresentatività delle OO.SS. ai fini della Esigibilità ed applicazione
generalizzata dei CCNL

Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014

• Il Testo Unico è attuativo e sintetizza l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 sul tema della rappresentanza sindacale.

È diviso in 4 parti:

- 1) Misurazione della rappresentatività ai fini della stipula dei CCNL;**
- 2) Regolamentazione delle Rappresentanze Aziendali;**
- 3) Esigibilità ed efficacia dei Contratti collettivi nazionali e aziendali;**
- 4) Procedure di raffreddamento e sanzioni sulle conseguenze dell'inadempimento.**

“Può sorprendere, invece, che il Testo Unico sia sulla rappresentanza e non sulla rappresentatività. Al riguardo qualcosa ce la può dire la vicenda trascorsa: le Linee di riforma della struttura della contrattazione 12 maggio 2008, Cgil, Cisl, Uil, usavano l’endiadi “rappresentanza e rappresentatività”, con riguardo a quella formula mista, associativa/elettiva, destinata a risultare vincente.

L’Accordo quadro 22 gennaio 2009 e l’Accordo interconfederale 15 aprile 2009, Confindustria, Cisl, Uil, utilizzavano solo la parola “rappresentanza”, con rispetto ad una formula semplice, solo associativa; l’Accordo interconfederale 28 giugno 2011 ed il Protocollo d’Intesa 31 maggio 2013 adoperavano solo la parola “rappresentatività”, con rispetto alla recuperata formula mista, associativa-elettiva”.

Franco Carinci Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014 in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 205/2014

Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 (linee generali)

1) Misurazione della rappresentatività ai fini della stipula dei CCNL

Il T.U. fissa i criteri per misurare la soglia minima di rappresentatività del 5% per avere titolo sindacale a firmare un CCNL, in base:

- ai dati INPS sugli iscritti ai sindacati (forniti dai datori di lavoro);
- ai dati sulle elezioni RSU forniti da un apposito comitato di Garanti provinciali.

*

Il CNEL è chiamato alla **ponderazione** del dato elettorale con il dato associativo effettuando la media dei due dati, assegnando a ciascuno il peso del 50%, e **certificherà annualmente la rappresentatività dei vari sindacati per i diversi contratti nazionali.**

L'esito permetterà la **rappresentatività del sindacato a livello nazionale**, la quale, se appunto superiore al 5%, comporterà per lo stesso la partecipazione alla contrattazione nazionale.

Il Testo Unico ha precisato che si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che hanno raggiunto il 5% di rappresentatività a livello nazionale e che hanno partecipato alla **negoziazione** contribuendo alla definizione della piattaforma sindacale.

La qualificazione del sindacato **stipulante** in antitesi con quello **firmatario** non era affatto una novità in quanto concorreva con altri tre requisiti elaborati dalla giurisprudenza ad individuare la nozione di sindacato maggiormente rappresentativo di cui all'art. 19.

Tali requisiti sono:

1. presenza di una significativa consistenza numerica degli associati e delle singole organizzazioni sindacali;
2. ampiezza e diffusione di un'organizzazione articolata su tutto il territorio nazionale;
3. partecipazione alla formazione e alla stipulazione di contratti collettivi di lavoro;
4. intervento nelle controversie individuali e collettive di lavoro.

Tornando temporalmente indietro.....

A partire dal 1995, preso atto dell'insufficienza selettiva della formula della maggiore rappresentatività, il legislatore ha introdotto il nuovo criterio della **maggiore rappresentatività comparata**.

E ciò anche allo scopo di contrastare l'avvento di contratti collettivi sottoscritti da soggetti di scarsa o inesistente rappresentatività che si ponevano apertamente in concorrenza con i contratti collettivi siglati dai soggetti sindacali confederali "storici".

Il legislatore del '95 intervenne dunque per porre fine a questa proliferazione della contrattazione collettiva “alternativa” ed emanò una legge che ancora oggi offre una delle applicazioni pratiche più importanti del concetto di sindacato comparativamente più rappresentativo: quella inerente alla determinazione della retribuzione da assumere ai fini del calcolo dei contributi previdenziali.

La problematica nasceva dall'interpretazione dell'art. 1 L. 389/89 secondo cui *“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”*.

In tal senso la L. 594/95 offrì un'interpretazione autentica del suddetto art. 1, d.l. n. 338/1989, in base alla quale “... *in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*”.

Da allora la formula della “maggiore rappresentatività comparata” ha progressivamente sostituito quella della maggiore rappresentatività ed è stata utilizzata in svariate ipotesi.

Ne è un esempio la contrattazione di prossimità di cui all’art. 8 del D.lgs. 138/2011, convertito in L. 148/2011.

Tale norma consente alle imprese di derogare, entro certi limiti e per specifiche materie, le disposizioni di legge e i CCNL mediante contratti collettivi sottoscritti a livello aziendale e territoriale (c.d. accordi di prossimità) “*con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*”.

L’efficacia generale è assicurata alla condizione che si tratti di associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

Sul punto è interessante richiamare la sentenza del **TAR Lazio n. 1522/2018** del 8-2-2018, inerente la differenza tra sindacato maggiormente rappresentativo e sindacato comparativamente più rappresentativo dalla quale emerge che:

con la locuzione sindacato maggiormente rappresentativo il legislatore voleva attribuire specifiche prerogative e diritti alle associazioni sindacali operanti in determinati contesti lavorativi rispetto alle quali l'analisi sulla rappresentatività doveva tenere adeguatamente conto della necessità di tutelare il principio del pluralismo.

Si tratta quindi di un'**accezione inclusiva**. ...

Al contrario, il concetto di **rappresentatività comparata** presuppone una selezione delle associazioni sindacali sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse.

Non è dunque possibile stabilire a priori la rappresentatività di una organizzazione sindacale né è possibile stabilirlo in maniera irreversibile. Occorre una costante verifica e un aggiornamento del confronto tra le organizzazioni sindacali.

Con tale norma il legislatore ha cercato di dettare una regola generale delimitando il significato della locuzione “*contratti collettivi*” stabilendo con l'art. 51 che:

*"Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali **comparativamente** più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria."*

Indipendentemente dalla adesione più o meno esplicita, sono oggetto di distinta interpretazione (giurisprudenziale ed amministrativa), i seguenti istituti:

- 1. Retribuzione adeguata (c.d. retribuzione costituzionale o giusta retribuzione)**
- 2. Imponibile contributivo (c.d. retribuzione previdenziale)**

Retribuzione adeguata (c.d. retribuzione costituzionale)

Art. 36 Costituzione

Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

Cass. 13 ottobre 2015, n. 20546

Quando il lavoratore lamenti l'insufficienza della retribuzione percepita, il parametro contrattuale per stabilire la **giusta retribuzione ex art. 36 Cost. e art. 2099 c.c.** può essere individuato secondo l'art. 2070 c.c. e, quindi, in relazione ***all'attività effettivamente svolta dal datore di lavoro o a quello specifico settore aziendale in cui ha lavorato il dipendente.***

Ma in siffatta evenienza l'art. 2070 c.c. viene utilizzato sempre e soltanto al fine di identificare un mero parametro collettivo, non già per rendere vincolante il CCNL del settore merceologico di appartenenza.

Cass. 13 novembre 2009 n. 24092

•In tema di adeguamento della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost., il **giudice del merito**, il quale assuma come criterio orientativo un contratto collettivo non vincolante per le parti, **non può fare riferimento a tutti gli elementi e gli istituti retributivi che concorrono a formare il complessivo trattamento economico**, ma deve limitarsi alla **retribuzione minima tabellare** con esclusione degli istituti retributivi legati all'autonomia contrattuale, come la **quattordicesima mensilità**, le **maggiorazioni per lavoro notturno, festivo e domenicale**.

•Vi rientra invece la **tredicesima** come rientrante nel concetto quantitativo di retribuzione sufficiente

Cass., Sez. Lav., 20 febbraio 2019, n. 4951

La Corte di merito ha escluso l'utilizzabilità del Ccnl Portieri e Custodi (esattamente "contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti da proprietari di fabbricati"), quale parametro ai fini del trattamento economico minimo, in quanto relativo ad un settore non sovrapponibile a quello oggetto dell'appalto. L'ambito di applicazione del Ccnl Portieri e custodi è espressamente definito come relativo ai rapporti dei lavoratori dipendenti da proprietari di fabbricati e da quelli addetti ad amministrazioni immobiliari o condominiali.

Cass., Sez. Lav., 20 febbraio 2019, n. 4951

... segue..

Tale contratto, se pure sottoscritto dalle sigle sindacali confederali dei lavoratori (Cgil, Cisl e Uil), risulta stipulato, per parte datoriale, da un'unica organizzazione sindacale, la Confederazione italiana della proprietà edilizia (Confedilizia), il che rende evidente il ristretto ambito applicativo della stesso e, nel contempo, **non soddisfa il requisito previsto dall'art. 7, L. n. 31 del 2008 che fa riferimento al contratto collettivo sottoscritto, anche per parte datoriale, dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria.**

Trib. Verbania, Sez. Lav., 5 febbraio 2018, n. 18

Nelle ipotesi di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, il legislatore (art. 2, comma 25, L. n. 549/1995) ha poi precisato che l'art. 1 del D.L. n. 338/1989 (conv. in L. n. 389/1989) deve essere interpretato nel senso che la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria.

In sostanza la legge, nell'introdurre tale principio, ha inteso garantire una sostanziale parità dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema previdenziale, senza che ciò comporti l'estensione – sia pur soltanto sotto il profilo economico – del Ccnl “leader” ai rapporti di lavoro stipulati dai datori che applicano un altro contratto collettivo.

...segue...

Ad un simile rilievo, gli ispettori sono giunti confrontando i Ccnl applicati dalla società ricorrente – [sottoscritti dall’Unci, dalla Fesica e dalla Fast] – rispettivamente, con il Ccnl “Logistica, Trasporto, Merci e Spedizioni”, con il Ccnl “Metalmeccanica cooperative” e con il Ccnl Commercio Terziario sottoscritti da Cgil, Cisl e Uil, ed **evidenziando come, sulla base degli indici sintomatici generalmente riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità – numero complessivo delle imprese associate, numero complessivo dei lavoratori occupati, diffusione territoriale, numero dei contratti collettivi stipulati e vigenti** – questi ultimi contratti collettivi dovessero ritenersi comparativamente più rappresentativi.

Imponibile contributivo (c.d. retribuzione previdenziale)

Art. 1, d.l. n. 338/1989 (conv. legge n. 389/1989) Base imponibile dei contributi previdenziali e assistenziali

*«La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni, stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi stipulati dalle **organizzazioni sindacali maggiormente 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**»*

Imponibile contributivo (c.d. retribuzione previdenziale)

La locuzione

«contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale ...» è stata oggetto di interpretazione autentica (da parte del successivo legislatore) oltre che di interpretazione giurisprudenziale e ministeriale.

Imponibile contributivo (c.d. retribuzione previdenziale)

L'importanza dell'interpretazione normativa riguarda soprattutto il richiamo operato dal legislatore del 1995 alla “**categoria**”.

Infatti, l'art. 1 del D.L. 338/1989 risultava essere piuttosto incompleto, non precisando che la contrattazione collettiva richiamata doveva essere quella propria del settore in cui l'impresa datrice di lavoro operava.

A) Interpretazione autentica

Ai sensi dell'**art. 2, comma 25, legge n. 549/1995** – norma di interpretazione autentica del citato art. 1, co. 1, D.L. n. 338/1989, conv. in L. n. 389/1989 (secondo cui “*la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito dai contratti collettivi, stipulati dalle **organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale**”)* – in caso di **pluralità di contratti collettivi** intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base di calcolo è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle **organizzazioni sindacali** dei lavoratori e dei datori di lavoro **comparativamente più rappresentative nella categoria (c.d. CCNL leader)**.

Su tale interpretazione sono, poi, intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali - nel risolvere un contrasto giurisprudenziale - hanno affermato che: *“L'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali **non può essere inferiore** all'importo di quella che sarebbe dovuta, ai lavoratori di un determinato settore, in **applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale**; si tratta del c.d. "minimale contributivo" secondo il riferimento ad essi operato, con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale, dall'art. 1 del D.L. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito nella L. 7 dicembre 1989, n. 389” (Cass., Sez. Un., **29 Luglio 2002, n. 11199**).*

Sulla base di ciò, quale che sia la retribuzione dovuta o corrisposta al dipendente in forza del rapporto di lavoro, la contribuzione deve essere necessariamente commisurata alla retribuzione determinata dai CCNL stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative nella categoria (**Trib. Genova, 01 Febbraio 2019, n. 1064**).

La legge determina, pertanto, 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, perché parte datoriale non è tenuta ad erogare una retribuzione uguale o superiore a quella individuabile a stregua del predetto CCNL.

grazie per l'attenzione