

## ***Le fonti normative nel Diritto del Lavoro***

Franco Modugno – Università La Sapienza Roma

### **1. La tesi della inconciliabilità del principio costituzionale della libertà sindacale con la configurabilità del contratto collettivo come fonte di diritto.**

In quel ramo o settore dell'ordinamento che si usa denominare "diritto del lavoro", non vi è dubbio che risalti la presenza di una "fonte di regole" dotata di una sua specificità: *il contratto collettivo*.

In un risalente scritto, un autorevolissimo giurista non esitava a designarlo come "un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge", poiché "attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza che trascende il diritto soggettivo, e si sprigiona un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti" (Carnelutti 1927, 116).

Il contratto collettivo è, per definizione, espressione della c.d. autonomia collettiva, la quale, di per sé, non è riducibile né all'autonomia dei privati *uti singuli*, né ad una potestà pubblica.

Il contratto collettivo è già, di per sé, "espressione di un'autonomia attribuita dall'ordinamento ad un soggetto, il sindacato, all'esistenza del quale i singoli lavoratori hanno concorso o al quale hanno aderito", per cui, "una volta che il concorso di una pluralità di autonomie individuali abbia determinato l'esistenza di un sindacato, si verifica una combinazione di interessi individuali funzionalizzata al perseguimento di un interesse collettivo e, quindi, superiore" (Persiani 2008, 763).

Ciò non basta a far ritenere che i contratti collettivi siano ascrivibili alla categoria delle "fonti del diritto", poiché, se è vero che la concezione del diritto privato, quale "diritto che prende in considerazione esclusivamente interessi individuali" può dirsi "superata" dalla rilevanza riconosciuta dalla Costituzione (art. 2 e 39) alle formazioni sociali e

quindi anche alle “coalizioni di lavoratori” (Persiani 2004, 6), e che quindi “gli interessi collettivi, che, in quanto sintesi di interessi individuali, sono pur sempre interessi privati, possono essere soddisfatti con la produzione di effetti giuridici diversi da quelli idonei a soddisfare gli interessi individuali”, tuttavia il riconoscimento di un’efficacia normativa, ignota agli atti di autonomia privata individuale, propria del contratto collettivo (che “contiene, come la legge, proposizioni ipotetiche”: Persiani 2004, 8) non è sufficiente a farlo qualificare come “fonte del diritto”, perché ciò “è inconciliabile (...) con il fondamentale principio costituzionale della libertà sindacale (art. 39, primo comma, Cost.)”.

Questo principio, infatti, esige non solo che ai sindacati sia riconosciuta la natura di soggetti privati, “ma anche la necessaria qualificazione dell’attività negoziale da loro svolta come attività di diritto privato in quanto tende, necessariamente ed esclusivamente, a realizzare, in regime di libertà, la tutela di contrapposti interessi privati, ancorché collettivi” (Persiani 2004, 19-20). E un’attività di diritto privato non può condurre alla formazione di regole autoritativamente imposte, ossia eteronome.

Se non che, non si può dire che la stessa nozione di “fonte del diritto” non abbia subito una notevole mutazione, nel corso del tempo, e specialmente forse nell’ultimo ventennio, e che essa sia rimasta rigorosamente ancorata alla esclusiva imputazione pubblicistica: cioè allo Stato o ad enti da esso derivanti, quali la Comunità europea o il diritto internazionale per un verso; le Regioni o gli enti locali per l’altro. Non si può dire cioè che fonte del diritto sia sempre e solo fonte di norme autoritativamente imposte.

## **2. “Fonti di diritto” in teoria generale e in diritto positivo.**

Con la metafora “fonte del diritto”, non si vuole qui alludere, genericamente, ai fatti in cui il diritto si esprime, a fatti cioè che per

qualità intrinseca o struttura e contenuto normativo, producono norme. Questa posizione è propria della teoria generale del diritto; è descrittiva dei fatti che, nei diversi ordinamenti, si rivelano come normogeni. Sono fonti, perché producono norme.

Qui si vuole assumere il punto di vista di un determinato ordinamento giuridico, del nostro ordinamento giuridico, nel quale *una parte soltanto* dei fatti qualificabili in sede logica come normativi sono assunti o riconosciuti come *proprie fonti*. I fatti e gli atti normativi non sono tali (solo) perché producono diritto; ma perché costituiscono la fattispecie di (altre) norme che attribuiscono ad essi l'effetto giuridico di produrre norme. Sono fonti in quanto regolate da altre norme (norme sulla normazione).

L'ideale sarebbe che questi fatti o atti normativi fossero precisamente individuati, al limite indicati in un elenco. Ma tutti sappiamo che l'art. 1 delle preleggi, dichiarativo o costitutivo che sia, è insufficiente e comunque largamente superato. Allora è necessario andare alla ricerca delle norme che riconoscono quali fatti ed atti giuridici siano da considerarsi come normativi, nell'ordinamento positivo.

Ma a qual fine è necessaria questa ricerca? Perché si debbono distinguere, tra i vari fatti ed atti giuridici, quelli propriamente "normativi"?

Come tutti sappiamo, l'interesse della ricerca non è soltanto teorico o definitorio, se si riflette sulle *conseguenze* pratiche che discendono dall'appartenenza di determinate norme al c.d. diritto oggettivo, ossia all'operatività di fatti ed atti autorizzati da specifiche norme dell'ordinamento medesimo.

Queste conseguenze possono, a lor volta, riguardarsi, rovesciando la prospettiva, come segni o *indizi* per il ritrovamento o individuazione, per abduzione, di determinati fatti o atti come fonti, ossia per il riconoscimento dei loro contenuti come "norme" di diritto oggettivo.

### **3. Le conseguenze (pratiche) e gli indizi dell' "essere" fonte.**

La migliore dottrina ha schematicamente indicato in quattro gruppi queste conseguenze-indizi:

A) "Soltanto la violazione, diretta o indiretta, di norme del diritto oggettivo (...) può integrare l'elemento formale ("antigiuridicità") dell'illecito, nella sua più larga accezione di "fatto contrario al diritto"" (Crisafulli 1993, 12);

B) "Soltanto la violazione di dette norme costituisce "violazione di legge" (art. 111 della Costituzione) o meglio, secondo la più precisa dizione dell'art. 606 lett. *b*) cod. proc. pen. e del corrispondente art. 360, n. 3, del cod. proc. civ., "inosservanza o erronea applicazione di norme giuridiche" o "violazione di norme di diritto", ai fini dell'ammissibilità del ricorso per Cassazione contro le sentenze od altri provvedimenti delle autorità giurisdizionali" (*ibidem*);

C) "Diverse sono le regole che presiedono alla ricerca e conseguente individuazione da parte del giudice delle norme del diritto oggettivo e delle loro fonti, rispetto alle regole disciplinanti invece l'accertamento di ogni altro elemento (di fatto) delle singole controversie: *da mihi factum et tibi dabo jus*, dice un vecchio brocardo, volendo significare che spetta – di regola – a chi vi ha interesse far conoscere e provare i fatti (cosiddetto "onere della prova"), mentre è compito del giudice accertare – d'ufficio – il diritto ad essi applicabile (*jura novit curia*)" (Crisafulli 1993, 13);

D) "Regole in parte diverse da quelle valevoli per gli altri atti giuridici (anche se, concettualmente, li si voglia considerare a struttura normativa) sono dettate per l'interpretazione e l'integrazione degli atti-fonte e delle disposizioni in essi contenute; e le diversità si giustificano sul presupposto che questi ultimi soltanto concorrono a formare l'ordinamento normativo, nella sua oggettività, continuità storica e tendenziale sistematicità (...). Di qui la prevalenza che assume, nell'interpretazione del diritto oggettivo e delle sue singole fonti, accanto all'elemento "testuale", il criterio "sistematico"; di qui anche il ricorso

all' "analogia" ed ai principî, sino a quelli più generali che informano l'intero ordinamento, quando si tratta di trovare la norma regolatrice di un caso non specificamente disciplinato da una precisa disposizione...." (Crisafulli 1993, 14).

Analiticamente, una perspicua dottrina contemporanea enumera ben quindici di tali conseguenze giuridiche comuni agli atti normativi, non mancando di osservare che "può accadere, peraltro, che non tutti i caratteri della fonte siano riferibili ad un certo atto; in questa ipotesi, l'insieme delle conseguenze indicate, viene, in certo senso, disaggregato" (Cerri 2005, 26-27), nell'eventualità cioè in cui "i caratteri propri degli atti fonte non costituiscano un tutto indivisibile ma possano esser riferiti solo *pro parte* ad un certo "atto tipo". Lo statuto di un ente pubblico non territoriale, ad es., non è fonte nel senso pieno del termine (*optimo iure*): ed, infatti, la giurisprudenza nega, ad es., che si possa ricorrere in Cassazione per falsa interpretazione di quel che dispone; e, tuttavia, per alcuni profili si comporta come fonte: la giurisprudenza della Corte dei conti (in sede di controllo), ad es., esclude possa un certo ente erogare una spesa per finalità che non sono previste nel suo statuto" (*ibidem*, 28).

#### 4. A) L'illecito disciplinare.

Ora, è difficile dubitare che alcuni di (se non tutti) questi segni o indizi non ricorrano nella ipotesi delle clausole dei contratti collettivi. Proviamo ad operare un analitico riscontro.

A) È anti-giuridico un comportamento posto in violazione di clausole contenute in contratto collettivo?

Se si ritiene, con la concorde dottrina e giurisprudenza, che l'art. 2106 c.c., secondo il quale "l'inosservanza delle disposizioni [sulla "diligenza del prestatore di lavoro" e sull'"obbligo di fedeltà"] può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione e in conformità delle norme corporative", non è stato abrogato ma integrato dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (che ha posto

ulteriori limiti all'esercizio del potere disciplinare, nel senso di una rivalutazione dei diritti dei lavoratori, e che ha stabilito che "le norme relative alle sanzioni, alle infrazioni (...) devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano"), non vi può essere dubbio che l'antigiuridicità dell'illecito disciplinare vada commisurata (anche) ai contenuti della contrattazione collettiva (oltre che delle leggi). Ciò è tanto più evidente, quando si consideri che la responsabilità civile e quella disciplinare sono indipendenti e cumulabili (v. per es. Cass., sent. n. 3301 del 1985) e che le regole di esercizio del potere disciplinare differiscono da quelle previste dal diritto comune per l'inadempimento dei contratti. In particolare, l'illecito disciplinare è più ampio dell'illecito civile, poiché comprende ipotesi di infrazioni, inadempimenti anche di "scarsa importanza" ritenuti insufficienti per la risoluzione del contratto (*ex art. 1455 c.c.*), ma che, per dirla con Luigi Mengoni, possono essere rilevanti in quanto causa di turbamento dell'ordine dell'organizzazione. Così che il lavoratore può dover rispondere anche per *culpa laevis* o addirittura *laevissima*.

## **5. B) Inosservanza o erronea applicazione dei contratti collettivi nazionali.**

B) È possibile non equiparare le clausole dei contratti collettivi nazionali alle norme giuridiche la cui inosservanza o erronea applicazione costituisce motivo di ammissibilità del ricorso per Cassazione contro le sentenze o altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria, oggi che per lo stesso motivo è stato ammesso non soltanto il ricorso ordinario per Cassazione, ma pure l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi nazionali da effettuarsi con sentenza non definitiva impugnabile con ricorso immediato in Cassazione (art. 420 *bis* c.p.c.)?

In questo modo si è compiuto un processo di "parificazione dei contratti collettivi dell'impiego privato a quelli dell'impiego pubblico"

dei quali non era discussa la natura di fonti, per cui, “considerandoli come fonte di diritto”, sono stati “assoggettati al giudizio di Cassazione per *errores in iudicando*” (Punzi 2008, 237-238), il quale non ha mancato peraltro di osservare che la dottrina prevalente ha ritenuto, non di meno, che il contratto collettivo nazionale di lavoro non sia “una fonte di diritto in senso tecnico”: 469).

Anche la dottrina giuslavoristica non ha potuto non prendere atto dell’esistenza di un tale processo rivolto al superamento della natura di diritto comune, senza però che ciò consenta un definitivo inquadramento del contratto collettivo di diritto comune tra le fonti del diritto (in questi termini, Rusciano 2008, 1083; il quale peraltro si era espresso già precedentemente in senso favorevole a considerare come fonte il contratto collettivo di diritto comune: Rusciano 2003, 254). Coglie acutamente il senso di tale “processo di pubblicizzazione del lavoro privato, *inverso* rispetto a quello di privatizzazione del lavoro pubblico” chi (cfr. Santoro Passarelli 2007, 123: corsivo aggiunto) pure non manca di precisare quanto segue: “Ora che alla Cassazione viene chiesto di interpretare i contratti collettivi nazionali, atteso che il contratto collettivo è tuttora privo di efficacia *erga omnes*, e per contro è sempre più condizionato dalle diverse funzioni ad esso assegnate dalla legge, si deve sottolineare che il necessario riferimento agli artt. 1362 ss. c.c. – e non anche agli artt. 12 ss. delle preleggi – e l’indagine sulla *occasione* del CCNL, sul contesto storico del medesimo e sul comportamento delle parti sindacali anche successivo alla stipula (art. 1362, comma 2, c.c.), come pure il fatto di tener conto ai sensi dell’art. 1368 c.c. delle pratiche generalmente seguite nel luogo ove ha sede l’impresa, sono tutti elementi del giudizio di merito dei quali la Cassazione, come giudice di legittimità, non ha disponibilità sicché risulta problematica la funzionalità dell’innovazione processuale introdotta dal legislatore” (Santoro Passarelli 2007, 123-124).

In mancanza di pubblicazione di contratti e accordi collettivi nazionali in *Gazzetta Ufficiale*, la Corte di Cassazione non potrà prenderne cognizione diretta, senza il tramite dell’accertamento di fatto

riservato al giudice di merito, non potrà cioè acquisire d'ufficio il documento contrattuale.

## **6. C) Il principio *iura novit curia* e la “nuova” funzione di nomofilachia.**

C) E veniamo così alla presenza (o assenza?) del terzo segno o indizio favorevole al riconoscimento del contratto collettivo come fonte del diritto oggettivo: il principio *iura novit curia*.

Anteriormente alla riforma del 2005-2006, la giurisprudenza negava che ai contratti collettivi di diritto comune potesse applicarsi il principio *iura novit curia*, per cui le clausole dovevano essere espressamente dedotte nel ricorso introduttivo di primo grado (*iudex iuxta alligata et probata iudicare debet...*) (v., per tutte, Cass., sentt. n. 2363 del 1989; nn. 11753 e 11920 del 1990; n. 639 del 2004) ed ha anche di recente confermato l'assunto (Cass., sent. n. 21760 del 2010).

Tuttavia, una attenuazione di tale indirizzo può già ravvisarsi in quella giurisprudenza che ha stabilito che il ricorso per Cassazione fondato sulla violazione di clausole collettive deve essere accompagnato, a pena di improcedibilità, dal deposito del *testo integrale* del contratto collettivo nazionale in cui sono inserite le clausole invocate (Cass., sez. unite, sent. n. 20075 del 2010). Vero è che anche per i contratti vige la regola dell'interpretazione complessiva (*ex art. 1363 c.c.*), ma è significativo notare che il deposito integrale è richiesto solo per i contratti collettivi nazionali, poiché solo di questi può essere denunciata in Cassazione la violazione o falsa applicazione a' sensi dell'art. 360 al. n. 3 c.p.c. (dopo l'integrazione *ex art. 2 d. lgs. n. 40 del 2006*), mentre per i contratti di livello inferiore, come per qualsiasi contratto, è sufficiente denunciare la violazione dei criteri di interpretazione e il vizio di motivazione e non occorre perciò la produzione del testo integrale, in vista della nuova funzione di nomofilachia attribuita alla Corte.



L'opinione secondo la quale “i contratti collettivi di diritto comune sono fatto e non diritto, sicché alle relative clausole non si applica il principio *iura novit curia*” e quindi “la previsione del controllo diretto della Cassazione su clausole contrattuali (...) lascia sicuramente ferma la natura negoziale di tali regole” (Vallebona 2011, 293, 294), presa nella sua assolutezza, suscita serie perplessità e richiede qualche approfondimento.

La sentenza delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione n. 20075 del 2010 pone in evidenza “che il denunciato, e perdurante, contrasto interpretativo sull’art. 369 c.p.c., co. 2, n. 4 [che prescrive, a pena di improcedibilità, che, insieme col ricorso, debbono essere depositati, tra gli altri, “i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda”], rispecchia un’ambiguità di fondo insita nella scelta del legislatore delegato del 2006 di elevare alcune norme contrattuali collettive – quelle di livello nazionale – a parametro del sindacato di legittimità della pronuncia ricorribile per Cassazione, pur trattandosi di norme espresse dall’autonomia contrattuale collettiva, che in realtà non si inseriscono nel sistema delle fonti del diritto: ciò che invece potrebbe predicarsi – come normativa *sub* primaria – per le norme contrattuali di livello nazionale nel settore del lavoro pubblico contrattualizzato (...), tant’è che per queste (...) l’orientamento di queste Sezioni Unite è nel senso della non necessità della produzione del testo contrattuale (e quindi il passo è breve per affermare che, per essi, *jura novit curia*”. (Si noti che Vallebona 2011, 294 non esita, invece, a negare che anche i contratti del lavoro pubblico privatizzato “siano fonti oggettive di diritto di rango *sub* primario, come affermano erroneamente le Sezioni Unite”).

In realtà, secondo le Sezioni Unite, “si fronteggiano (...) due esigenze contrapposte: da una parte, quella del rispetto del principio dispositivo del processo – operante anche nel rito del lavoro, seppure con i temperamenti connessi ed i poteri officiosi del giudice del lavoro (Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353) – che vuole che siano le parti a delimitare il perimetro del *thema decidendum* e che il giudice debba decidere *iuxta alligata et probata*; d’altra parte, quella di consentire a

questa corte di svolgere una funzione paranomofilattica nell'interpretazione delle norme di contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro". E mentre "la prima esigenza indurrebbe a ritenere sufficiente il deposito di quelle norme del contratto collettivo in riferimento alle quali c'è stato il contraddittorio tra le parti ed è stata resa la pronuncia del giudice, poi impugnata con ricorso per Cassazione (...); l'altra esigenza invece (quella della nomofilachia estesa alla contrattazione collettiva di livello nazionale) predica un maggior spazio di indagine di questa Corte che – ad immagine del principio *jura novit curia*, che la facoltizza a trovare nel sistema delle fonti del diritto la norma, primaria o *sub* primaria, applicabile al caso controverso – può parimenti ricercare, in modo autonomo e d'ufficio, in altre norme contrattuali elementi utili al fine di verificare la correttezza, o meno, dell'interpretazione accolta nella sentenza impugnata. Sicché si giustificherebbe in questa prospettiva l'onere posto a carico della parte ricorrente di documentare anche il contesto normativo contrattuale in cui si collocano le singole disposizioni contrattuali indicate a parametro del sindacato di legittimità della sentenza impugnata".

Il senso della "nuova" funzione nomofilattica della Cassazione – rispetto ai contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro – è ben precisato dalle Sezioni Unite: "Il giudice di legittimità, chiamato a svolgere questo nuovo ruolo nell'interpretazione diretta della contrattazione collettiva di livello nazionale, esercita un sindacato che tendenzialmente è modellato ad immagine del sindacato sulle norme di legge. Come quest'ultimo facoltizza questa Corte a tener conto di qualsiasi norma primaria o *sub*primaria nella gerarchia delle fonti – anche se non indicata dalla parte ricorrente a parametro delle sue censure di violazione di legge mosse alla sentenza impugnata, pur sempre nel rispetto del contenuto oggettivo del ricorso che è fissato dalla parte ricorrente – analogamente il sindacato che abbia come parametro la contrattazione collettiva di livello nazionale facoltizza questa Corte all'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali *ex art. 1363 c.c.*".

## **7. D) Sull'interpretazione dei contratti collettivi.**

D) Ma proprio questo richiamo ad una regola interpretativa dettata per i contratti (in cui si prescrive il metodo della interpretazione sistematica che si potrebbe definire “endotestuale” interna cioè al singolo contratto, di cui le clausole “si interpretano le une per mezzo delle altre”), apre il discorso sul quarto segno o indizio favorevole al riconoscimento del contratto collettivo come fonte del diritto oggettivo.

Se è vero che l'art. 360 n. 3 c.p.c., ammettendo il ricorso per Cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti collettivi nazionali, com'è stato ben detto, “finisce per assegnare al contratto collettivo nazionale una rilevanza dell'atto di autonomia collettiva assimilabile a quello della legge tanto è vero che la Cassazione è legittimata a compiere un'interpretazione (non di mero fatto come quella dei contratti riservata ai giudici di merito) destinata ad assumere rilevanza oltre i confini della controversia nel cui ambito la questione è stata sollevata” (Santoro Passarelli G. 2009, 978-979, riprendendo un passo di Lipari 2008, 173), non di meno le regole ermeneutiche, i criteri di interpretazione dei contratti collettivi, sono quelle dettate dal codice civile per l'interpretazione dei contratti e non già quelle – in parte diverse – dettate per l'interpretazione delle disposizioni contenute negli atti normativi (artt. 12-14 delle preleggi).

Ciò però – non ostante le apparenze – non può costituire argomento contrario al riconoscimento della natura normativa dei contratti collettivi di diritto comune. Prova ne sia che i contratti collettivi di diritto corporativo che, come tutte le “norme corporative”, erano certamente e positivamente ricomprese tra le “fonti del diritto” (art. 1, n. 3 delle preleggi), venivano contestualmente esclusi dall'applicazione analogica (art.13 delle preleggi).

Se, com'è stato acutamente affermato, il “riconoscere natura di fonte non significa necessariamente precludere a quell'atto la funzione di comporre interessi contrapposti”, tanto è vero che “la prova dell'attitudine del contratto collettivo qualificato come fonte a comporre

interessi contrapposti è confermata dal contratto collettivo previsto dall'art. 39, quarto comma, Cost.” (Santoro Passarelli G. 2009, 975), allora proprio la funzione del contratto collettivo di comporre interessi contrapposti può incidere (e incide) sul regime di interpretazione delle clausole in esso contenute.

Il contratto collettivo di diritto comune non è diverso dall'atto normativo, in quanto contiene disposizioni o clausole di contenuto generale, astratto, ipotetico, ripetibile, dirette a destinatari (anche, eventualmente) diversi dai suoi autori. Ma non è diverso dal contratto, in quanto tali disposizioni o clausole, per poter essere efficaci, debbono essere liberamente accettate da soggetti terzi, a traverso l'iscrizione o l'adesione al sindacato stipulante, ovvero a traverso implicita accettazione. Inoltre, la formazione del contratto collettivo è diversa sia da quella del contratto sia da quella dell'atto normativo. Com'è stato riassuntivamente ed incisivamente detto, “i rinnovi periodici del contratto collettivo (...) possono comportare modifiche parziali, correttivi, adattamenti, bilanciamenti e compensazioni tra le parti, che non sostituiscono integralmente il testo del precedente contratto collettivo, ma determinano, nel tempo, una *stratificazione di discipline collettive*” (Santoro Passarelli G. 2009, 976). Qui l'interpretazione sistematica non è già più “endotestuale”, non può più essere soltanto interna al singolo contratto collettivo.

È chiaro allora che, sul piano ermeneutico, è “più difficile per l'interprete ricostruire la comune intenzione delle parti dal momento che la stessa inevitabilmente si modifica nel tempo per effetto della sovrapposizione di discipline collettive” (*ibidem*), Com'è stato messo bene in evidenza, sono diversi i motivi per i quali l'interpretazione del contratto collettivo è sganciata dalla “comune intenzione delle parti” di cui ragiona l'art. 1362 c.c., ossia dalla c.d. interpretazione soggettiva o storica. Basti pensare al mutamento di significato suggerito dalle modifiche dell'ambiente sociale e del contesto sindacale, all'irrelevanza del comportamento delle parti nel corso delle trattative, alla discontinuità tra la base di partenza e il punto di arrivo della conclusione del contratto,

alla ambiguità degli stessi testi delle clausole contrattuali (cfr. l'analisi di Giugni 1957, 179 ss.). La stessa giurisprudenza non ha mancato di sottolineare che, indipendentemente dalla loro ascrizione alla categoria degli "atti negoziali collettivi" ovvero a quella delle "fonti del diritto", i contratti collettivi soffrono a volte di quella patologica oscurità e ambiguità che ormai troppo spesso contraddistingue i testi legislativi (cfr. Cass., sent. n. 3931 del 2007: "il dato testuale è certamente ambiguo e consente di per sé scelte di lettura alternative").

I criteri di interpretazione c.d. soggettivi cedono spesso il passo ai c.d. criteri oggettivi, ciò che rivela la duplicità del contratto collettivo (o viceversa: cfr. Dell'Olio 2002, 517) e lo cedono completamente "quando oggetto dell'interpretazione non è il contratto collettivo con funzione normativa ma il contratto collettivo al quale il legislatore assegna la funzione regolamentare delegata" (Santoro Passarelli G. 2009, 977-978), ossia allorché "l'intento pratico perseguito dalle parti deve coincidere con lo scopo assegnato dalla legge al contratto", per cui "diventa difficile non riconoscere che in queste fattispecie il baricentro del procedimento interpretativo del contratto collettivo tende ad avvicinarsi a quello dell'interpretazione della legge" (*ibidem*, 978). Nell'ipotesi del c.d. contratto collettivo delegato, si ha "una vera e propria devoluzione di poteri normativi alle parti sociali" (Liso 1998, 268-269), da parte del legislatore, che "avviene sul presupposto di una efficacia generalizzante della regolamentazione disposta dall'autonomia collettiva", al fine "di ottenere regolazioni efficaci nei confronti di tutti, iscritti o non iscritti, alle associazioni sindacali" (Liso 1998, 258-259). Qui la norma legislativa di "rinvio" (formale) al contratto collettivo, opera bensì "un trasferimento di competenza e quindi di autorità normativa dalla legge all'autonomia collettiva; ma, nonostante ciò, l'efficacia *erga omnes* è imputabile soltanto alla legge" (Ghera 2011).

## **8. La tesi delle fonti fatto di diritto scritto.**

In questi casi il contratto collettivo richiamato dalla legge come idoneo a svolgere “funzioni di produzione normativa con efficacia generale” è stato qualificato come fonte di diritto *extra ordinem* (Mengoni 1980, 692, il quale precisa che “il legislatore non solo non è minimamente intenzionato a dare attuazione all’art. 39, ma tende ad obliterarlo, riconoscendo ai contratti collettivi attuali funzioni di produzione normativa con efficacia generale, le quali, dal punto di vista del sistema formale delle fonti disciplinato dalla Costituzione, possono definirsi *extra ordinem*”).

Meglio ancora, forse, potrebbe definirsi come *fonte fatto di diritto scritto*, analogamente a quanto si è sostenuto da autorevole dottrina con riferimento alle “fonti di altri ordinamenti, esterni rispetto a quello italiano, che tuttavia concorrano a formare il nostro stesso diritto positivo, in quanto richiamate o riconosciute da determinate norme interne sulla produzione normativa” (Paladin 1996, 413, il quale avverte che “a prima vista, l’assunto che si diano *fonti-fatto di diritto scritto* potrebbe sembrare un controsenso”). Ma se, “per sé considerate, si tratta precisamente di fonti-atto, composte da una serie di disposizioni che gli interpreti debbono assumere a base per trarne le corrispondenti norme (...), questo loro carattere originario non si trasmette alle fonti medesime, quando esse vengono riguardate e utilizzate nella prospettiva dell’ordinamento interno”. In questo modo, sia le leggi straniere applicabili dal giudice nell’ordinamento secondo le regole del c.d. diritto internazionale privato, sia i principi generali e le norme consuetudinarie internazionali (ai quali l’ordinamento italiano si adatta automaticamente *ex art.10 al. Cost.*) sia perfino gli atti normativi comunitari (in questo senso, esplicitamente, Paladin 1996, 432 ss.), non possono non essere considerate, dal punto di vista dell’ordinamento positivo italiano, come fonti fatto (di norme applicabili nell’ordinamento interno). Prova ne sia che, diversamente opinando, le discipline esterne dovrebbero “venire interpretate alla luce del sistema normativo italiano, ricevendo in tal

modo applicazioni diverse da quello che sono loro proprie nell'ordinamento di origine (...). Ma così non è, dal momento che le "leggi" straniere [e, ancor più, le disposizioni dei regolamenti e delle direttive comunitarie] vanno applicate, nei limiti e agli effetti dei richiami in esame, *come tali e perché tali*" (*ibidem*, 415), com'è confermato dall'art. 15 della legge n. 218 del 1995 secondo il quale "la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo".

Quanto poi ai regolamenti e alle direttive comunitarie l'inserimento tra le fonti fatto dell'ordinamento italiano è provato da decisivi argomenti: *a*) "nella prospettiva monistica, la primazia dei principi supremi di diritto interno [afferzata dalla giurisprudenza costituzionale] contrapposti agli stessi trattati concernenti i poteri delle Comunità, sarebbe inconcepibile in partenza" (*ibidem*, 434); *b*) i regolamenti e le direttive delle Comunità non sono atti imputabili allo Stato (e tanto meno alle Regioni) e perciò non direttamente sindacabili dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 183 del 1973), anche perché le controversie riguardanti la validità delle fonti europee in quanto tali "sono sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali" (art. 183 Tr. Cee in collegamento con l'art. 177 al. lett. *b*) (cfr. pure Corte cost., sent. n. 509 del 1995); *c*) l'insufficienza dell' "ordine di esecuzione" dei trattati per "spiegare in qual senso le pretese fonti-atto di provenienza europea sarebbero da collocare sul medesimo piano degli atti normativi previsti dalla nostra Costituzione" (*ibidem*, 435).

Conclusivamente la tesi che considera tutti gli atti (e i fatti) normativi di altri ordinamenti (tra i quali si può annoverare, secondo una tesi a mio avviso convincente e illuminante, l'ordinamento intersindacale: il rinvio d'obbligo è a Giugno 1960, specie 48 ss., 54 ss., 94 ss.) come fonti fatto del nostro ordinamento, sta a significare solo questo: che l'entrata in vigore delle fonti attizie o fattizie degli altri ordinamenti ai quali il nostro si collega, dall'angolo visuale di quest'ultimo, è il *fatto* che determina (quando la determina) la necessaria applicazione delle relative norme a' sensi del diritto interno.

## 9. L'applicazione della tesi al contratto collettivo.

Ma il discorso si può estendere.

Com'è noto, una parte (sia pure minoritaria) della stessa dottrina giuslavoristica conviene con la prospettazione della tesi che ravvisa nei contratti collettivi la natura di fonti fatto del nostro ordinamento: v. soprattutto Proia 1994, 192 ss.; Proia 2002, 112 ss., specie 134 ss.; Proia 2010, 89 ss.; ma v. pure già Ferraro 1981, 284: “può senz'altro qualificarsi il contratto collettivo quale fonte di diritto operante su un piano di parità con la norma di legge e dotato della medesima forza sostanziale”, per cui “la norma collettiva si presenta come una fonte atipica nel sistema formale delle fonti del diritto oggettivo, assimilabile più alle fonti fatto che alle fonti atto”; v. pure Ichino 2004, 289; nonché, più genericamente, sugli “elementi di attrazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto” Rusciano 2003, 254 ss.; Rusciano 2010, 111, secondo il quale “i giuristi già potrebbero tentare di mettere insieme le varie tessere di un mosaico abbastanza completo e cominciare a verificare se, oggi come oggi, non esistano argomenti sempre più numerosi e sempre più convincenti per annoverare il contratto collettivo tra le fonti *extra ordinem* dell'ordinamento”, ossia come “fonte extrastatuale, secondo l'antica e fondamentale teoria della pluralità degli ordinamenti”.

A quest'ultimo proposito deve segnalarsi che la critica rivolta da un'autorevole dottrina (Ghera 2011a, 1688 ss.; Ghera 2011b § 9) alla teoria del contratto collettivo come fonte del diritto, incentrato sulla esatta considerazione che “manca (...) nel nostro diritto positivo una norma che riconosca al contratto collettivo la qualifica *formale* di fonte di produzione normativa o almeno, se si eccettua la parte inattuata dell'art. 39 cost., l'efficacia generale delle norme giuridiche” (Ghera 2011a, 1689) e in particolare sulla circostanza che “la qualifica di fonte-fatto presuppone (...) l'esistenza di due ordinamenti reciprocamente ricavati (leggi: rilevanti)” (*ibidem*, 1691), viene poi – se non erro – completamente ribaltata a traverso un elaborato processo argomentativo



che merita di essere attentamente ripercorso e che muove dall'adesione alla teoria pluriordinamentale alla quale "si deve la scoperta che l'autonomia collettiva è un sistema permanente ed organizzato di rapporti collettivi e quindi di norme: precisamente è "norma giuridica fondata, strutturata e garantita nelle forme specifiche" dell'ordinamento intersindacale, mentre "non potrà che rilevare come contratto" nell'ordinamento statale" (*ibidem*, 1695-1696).

Eppure, se "il diritto sindacale post-statutario [successivo cioè all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori] resta extracostituzionale. Tuttavia, nel momento stesso in cui assegna ai sindacati e ai contratti collettivi una pluralità di funzioni organizzative e normative, si presenta caratterizzato da un processo di interazione costante tra poteri sindacali e poteri pubblici" (*ibidem*, 1696), così che "all'autonomia collettiva viene (...) esplicitamente riconosciuta la capacità di produrre norme *in concorrenza* con le norme poste dall'ordinamento generale dello stato. Ciò avviene instaurando una relazione di *integrazione funzionale e paritaria tra contrattazione collettiva e legge nel sistema delle fonti* e dei procedimenti di regolazione del mercato del lavoro, dei rapporti di lavoro e delle stesse relazioni sindacali" (*ibidem*, 1696-1697) (corsivi aggiunti). Ne deriva che "la bivalenza del contratto collettivo si manifesta attraverso la sua rilevanza come *fonte produttiva* di norme valide ed efficaci in entrambi gli ordinamenti"; e "nell'ordinamento dello stato la qualificazione di validità-efficacia delle norme prodotte dall'autonomia collettiva ricade nell'area riservata alla libertà della organizzazione sindacale garantita dall'art. 39 co. 1° cost. Ben più che la libertà di associazione questa norma riconosce e garantisce *la libertà di organizzazione* come strumento necessario per assicurare la *effettività* dell'attività sindacale: e, in primo luogo, *l'effettività dell'autonomia collettiva come potere di produzione delle norme finalizzate all'autotutela degli interessi collettivi economici e professionali*" (*ibidem*, 1697-1698) (ultimi corsivi aggiunti). Di qui "la diversità sostanziale che distingue la nuova categoria dogmatica dell'autonomia collettiva come ordinamento intersindacale dalla classica categoria

dell'autonomia privata collettiva", per cui "diversamente dall'autonomia riconosciuta alle altre formazioni sociali, l'autonomia collettiva intersindacale non è riconducibile alla sola libertà di ordinamento; ma *proprio perché presuppone la capacità normativa dell'ordinamento intersindacale originario*, la norma dell'art. 39 co. 1° cost. assolve la funzione di *raccordare l'ordinamento intersindacale all'ordinamento statale sul piano delle fonti* garantendo, attraverso il meccanismo della *presupposizione*, la relazione di rilevanza o coordinazione reciproca tra i due ordinamenti" (*ibidem*, 1699) (corsivi aggiunti). In definitiva, "soltanto se si abbandona la prospettiva esclusivamente interna all'ordinamento statale – e si ammette che i contratti collettivi si formano nell'ambito di un ordinamento diverso da quello statale detto "ordinamento intersindacale" – è possibile riconoscere la *natura bivalente di fonte intersindacale e statale ad un tempo*, del contratto collettivo e *spiegare la sua efficacia nel diritto positivo*, non in virtù della semplice effettività (e cioè della trasformazione del contratto in fonte-fatto *extra-ordinem*) – ma al contrario in virtù della validità riconosciuta al contratto collettivo come fonte normativa stabilita nell'ordinamento intersindacale e *presupposta* dall'ordinamento statale" (*ibidem*, 1700.1701) (primi due corsivi aggiunti).

Lungo questo acuto ed elaborato processo argomentativo si giunge non solo a confermare la "validità della ipotesi pluriordinamentale", ma se ne rivela la fecondità nella "ricostruzione dell'autonomia collettiva come ordinamento e del contratto collettivo come fonte di produzione normativa non solo nell'ordinamento intersindacale ma anche nell'ordinamento dello stato" (*ibidem*, 1702). Meglio non si sarebbe potuto dire.

Il fondamento del contratto collettivo come fonte (anche) del diritto statale è riposto nell'autonomia collettiva come esplicazione della libertà sindacale; e il contratto collettivo non è fatto normativo *extra ordinem* fondato sulla mera effettività, bensì, sul versante del diritto statale, è *fatto normativo di diritto scritto* precisamente nel senso in precedenza delucidato.

## **10. Potere normativo di soggetti privati (di parte) ed efficacia erga omnes.**

Quale che sia il giudizio sulle innovazioni introdotte dalla legge n. 80 del 2005 e dal decreto legislativo n. 40 del 2006, nell'intento "di ridurre il contenzioso seriale estendendo ai contratti collettivi di diritto comune gli strumenti di controllo giurisdizionale già previsti per i contratti di lavoro pubblico" (Ghera 2011a, 1687), rilevandosi in proposito che mentre per questi ultimi "il presupposto comune – così del giudizio di legittimità come dell'accertamento pregiudiziale – è l'efficacia e quindi la natura di fonte di diritto oggettivo (...), per i contratti collettivi di diritto comune, invece, nulla di simile è stato previsto", ossia non è stato organizzato un sistema di produzione normativa (individuando i soggetti, il procedimento per la stipulazione, la pubblicazione, gli effetti, i controlli); quale che sia il giudizio – dicevo – sulla portata della equiparazione degli strumenti di controllo giurisdizionale, tali innovazioni non vanno in ogni caso sottovalutate.

Esse, com'è stato ben detto, "si inseriscono nel movimento, sempre più vasto e vivace, che contesta la visione del diritto oggettivo come sistema di precetti autoritativi provenienti dallo Stato o comunque dai pubblici poteri" (Roselli 2007, 488) anche se "l'arricchimento del sistema del diritto oggettivo, derivante dall'inserimento del contratto nella gerarchia delle fonti, non comporta del resto rilevanti mutamenti di sostanza" (*ibidem*, 490) determinando piuttosto, a giudizio della migliore dottrina e, come si è visto, della stessa giurisprudenza di legittimità, un "potenziamento della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione" (Punzi 2008, 469), così che oggi la "nomofilachia non è più soltanto tutela della pubblica autorità nelle sue manifestazioni normative bensì anche delle regole che certi soggetti privati danno a se stessi" (Roselli 2007, 497).

E questo è il punto.

Anche ai soggetti privati l'ordinamento può riconoscere, in certe ipotesi e a determinate condizioni, un vero e proprio potere normativo.

Ma si pone allora un *interrogativo di fondo*: può una “fonte” vincolare soggetti diversi da quelli che producono l’atto? Ma non è forse ciò che accade persino nell’ipotesi di formazione della legge in cui la maggioranza parlamentare persegue bensì interessi generali, ma riguardanti in una prospettiva unilaterale e quindi in un certo senso di parte?

La conciliazione di interessi contrapposti (“di parte”), specie se di carattere “collettivo”, non equivale in qualche modo al perseguimento di un interesse generale?

Se si restringe la categoria delle “fonti” “agli atti e fatti normativi i quali, anche se privi del carattere della generalità e astrattezza, operino tuttavia *erga omnes*”, (Pizzorusso 2011, 787), allora “l’adozione di questo criterio impone di escludere dalla categoria delle fonti i negozi giuridici in quanto tali, dato che normalmente essi producono effetti soltanto nei confronti delle parti e non anche nei confronti dei terzi, come appunto stabilisce l’art. 1372, 2° comma, cod. civ.”. Questo di regola.

Ma vi sono eccezioni, rappresentate in genere dalle applicazioni ad atti normativi della tecnica propria della stipulazione dei contratti.

In questi casi, gli atti normativi rappresentano “il risultato di trattative condotte tra parti contrapposte, le quali conducono alla formazione di documenti redatti secondo una tecnica particolare” (*ibidem*, 206), sicché oltre a testi composti di articoli e commi, si possono avere “dichiarazioni a verbale”, “riserve”, ecc. Anche il procedimento di formazione – regolato da fonti non scritte ovvero dai contratti stessi – si allontana da quello usuale degli atti normativi e si svolge a traverso i momenti della “proposta”, dell’ “accettazione”, della “controproposta” e così via. L’entrata in vigore non viene collegata alla “pubblicazione”, ma si fa decorrere dal momento in cui si perfeziona l’incontro delle volontà o da quello dello scambio delle ratifiche (si pensi ai trattati internazionali). Questi atti, per es., “rappresentano il frutto della conciliazione di due interessi contrapposti (...) a carattere “collettivo”, quali sono l’interesse dei lavoratori e quello dei datori di lavoro” (*ibidem*, 207) con

conseguente applicazione alle decisioni, in linea di massima, del principio di unanimità, anziché del principio di maggioranza.

Ma tutte queste particolarità formali-procedimentali non escludono, in quanto tali, la possibilità di riconoscere agli atti che ne risultano la qualifica di “atti normativi”, come pure l’adozione del criterio che esclude in linea generale i negozi giuridici dalla categoria delle fonti “non impedisce però di comprendere tra le fonti quei negozi giuridici che, in casi relativamente eccezionali, con effetti vincolanti o meramente persuasivi, estendono invece la loro efficacia anche ai terzi così da assumere portata *erga omnes*” (*ibidem*, 787-788).

È quanto accade in virtù dell’attribuzione di tale efficacia ad opera di esplicite norme sulla produzione (come la disposizione dell’inattuato ultimo comma dell’art. 39 Cost.), ma anche sulla base di interventi legislativi che hanno realizzato una disciplina, sostanzialmente equivalente a quella dell’art. 39 Cost., per l’impiego pubblico.

## **11. Il “modello alternativo” (ex art. 39, 1° comma) a quello dell’art. 39 ultimo comma Cost.**

Il problema centrale per l’inserimento del contratto collettivo di lavoro tra le fonti legali è rappresentato proprio dalla inattuazione della disposizione dell’ultimo comma dell’art. 39 Cost.

In linea generale, non si può negare che i contratti collettivi di lavoro “di diritto comune” abbiano, in pratica, preso il posto delle “norme corporative”, di cui all’art. 1 n. 3 delle preleggi e, al tempo stesso, che sia fallito il tentativo rivolto ad attribuire ad essi efficacia *erga omnes* a traverso il conferimento di una delega legislativa al Governo per garantire ai lavoratori “minimi inderogabili di trattamento economico e normativo”, uniformandosi a tutte le clausole degli accordi economici e contratti collettivi stipulati anteriormente all’entrata in vigore della legge di delegazione (l. 14 luglio 1959, n. 741). Il tentativo di stabilizzare questo sistema fu bocciato dalla Corte costituzionale in considerazione

del fatto che l'art. 76 Cost. prescrive che la delega sia temporalmente limitata, mentre la legge n. 1027 del 1960, reiterando la delega, “toglie alla legge i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità che consentono di dichiarare insussistente la pretesa violazione del precetto costituzionale e finisce col sostituire al sistema costituzionale [dell'art. 39 Cost.] un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo” (sent. n. 106 del 1962).

In altri termini: “una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed *estensione*, che una *tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria* alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima” (sent. n. 106 del 1962 – corsivi aggiunti).

Se non che, com'è stato ben detto, “il diritto sindacale, nel sessantennio postcostituzionale, si è evoluto sulla base di una struttura contrattuale di fatto, sulla base di processi di auto-legittimazione che costituiscono il *proprium* dei fenomeni collettivi” (Mazzotta 2010, 76). E si è fatalmente intrecciato e intersecato con l'ordinamento statale “in un quadro di non contraddizione fra la prima e la seconda parte dell'art. 39”, poiché “tutte le aperture che la legislazione post-costituzionale ha operato nei confronti del contratto collettivo come fonte atipica, le deleghe di funzioni che ha assegnato all'associazione sindacale sono perfettamente compatibili con la prima parte dell'art. 39” (*ibidem*, 77).

Così la giurisprudenza costituzionale successiva ha indicato “che la valenza “impeditiva di una legislazione difforme” del quarto comma dell'art. 39 Costituzione non è tale da escludere meccanismi legali di *estensione dell'efficacia dei contratti collettivi* stipulati da sindacati privi della personalità giuridica che conseguirebbe alla registrazione prevista dalla disposizione costituzionale”. Ed infatti “in almeno tre casi, la Corte costituzionale ha considerato compatibili schemi normativi che assegnano ai contratti collettivi una efficacia che trascende l'ambito della rappresentanza associativa” (D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* n. 80, 1998, 4, 665).

Si tratta dei casi relativi all'individuazione dei criteri di scelta per il collocamento in mobilità dei lavoratori eccedenti, alla determinazione delle prestazioni indispensabili durante lo sciopero nei servizi essenziali, e ai contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni.

Ora, proprio la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 ha spinto verso la creazione di un *modello alternativo* che incentrato sul potenziamento del 1° comma ("anzi in quest'ultima norma giace il fondamento costituzionale di un modello contrattuale alternativo a quello proposto dal quarto comma" Mazzotta 2010, 77) ha investito l'intero diritto sindacale in tutti i suoi aspetti (i sindacati e le associazioni imprenditoriali come soggetti collettivi, i criteri della rappresentatività e le forme della rappresentanza, la formazione, le funzioni e gli effetti dei contratti collettivi) ma che non raggiunge (non può raggiungere), per ciò che concerne l'efficacia generale dei contratti collettivi, il disegno costituzionale dell'art. 39 Cost. nella sua interezza. Efficacia (per quanto) generalizzata non equivale ad efficacia *erga omnes*.

Questo modello alternativo si è consolidato alla fine degli anni sessanta ed ha messo capo al protocollo del 23 luglio del 1993 che ha coinvolto anche settori extraindustriali, come il commercio o le pubbliche amministrazioni.

La legislazione (fin dallo statuto dei lavoratori) ha sviluppato le implicazioni di tale modello, assegnando a talune attività negoziali vera e propria efficacia normativa nella gestione delle crisi aziendali e successivamente nella gestione del mercato del lavoro, fino alla programmazione territoriale degli investimenti e dello sviluppo. Insomma si è creato nel tempo un sistema complesso, qualificato dall'interesse pubblico, nel quale le fonti statali e gli atti autoritativi dei pubblici poteri concorrono o, meglio si integrano, con le manifestazioni volontarie e auto legittimate della contrattazione collettiva. Lo Stato e le c.d. parti sociali cooperano e dialogano tra di loro.

Il fondamento di legittimazione di questo processo è costituito proprio dalla disposizione iniziale dell'art. 39 Cost. Tra di essa e la seconda parte dell'art. 39 non vi è affatto contraddizione (*ibidem*, 77).

Com'è stato acutamente rilevato, la prima e la seconda parte “sono equiordinate e nello stesso tempo tra loro interferenti. Equiordinate perché non sono gerarchizzabili né graduabili *a priori* e interferenti perché gli sviluppi dell'una condizionano l'altra, senza poterla né escludere né assorbire interamente. La prima garantisce la libertà dell'organizzazione sindacale (...) e offre copertura alla tutela legislativa (...) della contrattazione collettiva. La seconda riserva a certi sindacati, riconosciuti dallo stato, e a certe forme di contrattazione collettiva, rispettose di principi di unicità e proporzionalità dell'agente contrattuale, un poter legale di rappresentanza e regolazione delle categorie” (D'Antona 1998, 670).

L'interferenza tra i due tipi di garanzia “comporta che la tutela (...) della contrattazione collettiva non può spingersi fino a configgere con il modello di contrattazione di categoria con efficacia *erga omnes* previsto dalla seconda parte” (*ibidem*). Nei termini della giurisprudenza costituzionale: il sostegno alle forme autonome e volontarie di contrattazione collettiva non può raggiungere il “medesimo risultato” che la Costituzione subordina al riconoscimento giuridico e alla specifica procedura ivi prescritta. Insomma, “l'art. 39 della Costituzione offre base costituzionale a due diversi progetti di legislazione sindacale. Entrambi (...) condividono il nucleo essenziale dell'art. 39: l'organizzazione sindacale è tutelata non per ciò che è (una manifestazione della libertà associativa e del pluralismo) ma per ciò che *tipicamente* fa (riequilibrare il potere sociale nelle sfera della produzione attraverso la rappresentanza collettiva degli interessi, l'organizzazione del conflitto e la contrattazione collettiva”, per cui “rientra nella garanzia dell'art. 39 ogni manifestazione della contrattazione collettiva, anche se diversa dalla variante regolata dalla seconda parte dell'art. 39, che è il contratto di categoria stipulato dai sindacati registrati” (*ibidem*, 671). Nei due progetti costituzionali si diversifica il ruolo dello Stato e dei sindacati: nel progetto dell'intero art. 39 (non attuato) il potere normativo è imputabile allo Stato in funzione dell'*interesse comune allo Stato e ai gruppi organizzati* da esso riconosciuti di realizzare una regolazione contrattuale uniforme dei



rapporti di lavoro nelle categorie; nel progetto implicito nella garanzia della sola prima parte dell'art. 39, il riconoscimento e la tutela legislativa delle forme della contrattazione collettiva è riferita al *potere sociale delle organizzazioni sindacali* idoneo a produrre norme dotate di efficacia e stabilita per la forza propria dell'organizzazione collettiva degli interessi. È stato perciò sottolineato il "rilievo centrale" assunto dal "profilo *funzionale* della contrattazione collettiva" come "strumento e condizione di effettività (...) dell'uguaglianza sostanziale". I due progetti sono accomunati dall'"istanza costituzionalmente inderogabile che un sistema di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro fondato sull'azione negoziale dei sindacati *operi effettivamente e produca norme valide*" (*ibidem*).

## 12. Efficacia generalizzata v. efficacia erga omnes.

I numerosi contratti collettivi che hanno ricevuto un riconoscimento legale (analitico elenco in D'Antona 1998, 676-677) producono effetti che, secondo la giurisprudenza costituzionale, non coincidono con l'"efficacia obbligatoria nei confronti della categoria" di cui all'ultimo comma dell'art. 39 Cost. Precisamente, quest'ultima disposizione non esclude "qualsivoglia intervento legislativo che si proponga di attribuire al contratto collettivo una efficacia più ampia di quella che avrebbe per forza propria. Impedisce viceversa quegli eventuali interventi legislativi che, per il tramite della generalizzazione dell'efficacia dei contratti collettivi, si prestino ad attribuire ad un sindacato diverso da quello registrato la competenza esclusiva nella rappresentanza della categoria di riferimento" (Mazzotta 2010, 77). Mentre il valore normativo (e non solo negoziale) di questi contratti è innegabile (per es. la retribuzione annua nel trattamento di fine rapporto, l'inquadramento in mansioni inferiori dei lavoratori eccedenti, il programma di adeguamento dei trattamenti retributivi nei contratti di riallineamento) e può ricostruirsi come una sorta di rinvio (formale) della legge al contratto, ciò non equivale

all'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria, perché (e anche se) sottrae bensì la regola al consenso o al dissenso individuale, ossia di chiunque sia soggetto al o reclami l'applicazione del contratto collettivo, ma non di chiunque appartiene a quella determinata categoria. Perfino per i contratti collettivi nazionali stipulati dall'ARAN, ai quali il d. lgs. n. 29 del 1993 e le sue successive modificazioni hanno attribuito i caratteri tipici propri dell'atto normativo, la giurisprudenza costituzionale ha precisato che l'efficacia *erga omnes* non è un attributo dei contratti collettivi stipulati dall'ARAN, ma un effetto indiretto dei vincoli che gravano unilateralmente sui datori di lavoro pubblici (monopolio della rappresentanza negoziale delle p.a. conferito all'ARAN; obbligo per le p.a. di applicare ai dipendenti parità di trattamento contrattuale) e dell'adesione implicita dei dipendenti nel contratto individuale ad una clausola generale che contiene un rinvio "formale" ai contratti collettivi previsti dalla legge (art. 2, 3° cpv., d. lgs. n. 29) (cfr. Corte cost., sent. n. 309 del 1997).

Anche l'*applicazione generalizzata* e uniforme della normativa contrattuale allorché la contrattazione collettiva si realizza in condizioni di *monopolio unilaterale della rappresentanza*, come nei *contratti aziendali*, in cui il datore di lavoro è soggetto unitario a fronte dei dipendenti che esprimono una rappresentanza potenzialmente plurale, non è la stessa cosa della efficacia *erga omnes* di cui all'art. 39 u.c. Cost. Qui non è il riconoscimento legale degli accordi aziendali a determinare l'applicazione generalizzata al gruppo di dipendenti, ma lo è invece la posizione monopolistica del datore di lavoro. Nel caso per es. degli accordi aziendali sulla determinazione di criteri per il collocamento in mobilità dei lavoratori in situazioni di eccedenza del personale, la giurisprudenza costituzionale li ha addirittura classificati come contratti gestionali e non normativi, come tali estranei all'art. 39 u.c. Cost. La sent. n. 268 del 1994 ha "legittimato l'intrusione del legislatore in un campo apparentemente coperto dalla seconda parte dell'art. 39, assecondando il potere dell'autonomia collettiva di disporre dei diritti dei lavoratori nella gestione delle crisi aziendali" (Mazzotta 2010, 77).

In definitiva, la illegittimità costituzionale di alternative volte a conferire, direttamente o indirettamente, ai contratti collettivi una efficacia superiore a quella che avrebbero come contratti è seriamente contestabile. Ciò che invece non può conseguirsi per via legislativa è che, attraverso l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, si assegni "direttamente o indirettamente a sindacati diversi da quelli registrati il monopolio legale della rappresentanza legale della categoria" (*ibidem*, 686).

Ciò che la disposizione dell'art. 39 ult. co. Cost. proibisce non è insomma la possibile elevazione del contratto collettivo a fonte di diritto oggettivo, bensì "l'istituzione di un sistema di rappresentanza sociale integrato nell'ordinamento giuridico dello stato, al quale l'efficacia *erga omnes* dei contratti di categoria avrebbe garantito la rappresentatività, grazie alla generalità e stabilità degli equilibri pattuiti, anche indipendentemente dagli equilibri sociali nel mercato del lavoro e delle imprese" (*ibidem*, 687). Del resto in un passo, molto spesso trascurato, della storica sentenza n. 106 del 1962 si legge che "nell'operare in una materia *istituzionalmente riservata all'autonomia collettiva professionale*, il legislatore si è proposto di rispettare il più possibile codesta autonomia, assumendo a contenuto delle norme il contenuto dei contratti collettivi e degli accordi economici e *nei limiti in cui questi possono acquistare efficacia generale* nel sistema tradizionale della contrattazione collettiva" (corsivi aggiunti); limiti – si può aggiungere – rappresentati dalle "norme imperative di legge" e sottoposti al controllo del giudice ordinario al quale "spetta (...) di accertare volta per volta se sussista il contrasto di queste clausole contrattuali con le norme imperative di legge e, in caso affermativo, di disapplicarle".

Qual è insomma la "valenza impeditiva" nei confronti della legge, ovvero il "nocciolo duro" del quarto comma dell'art. 39 Cost., sotto il profilo dei "rapporti verticali" tra contratto collettivo e singoli destinatari? Il "contenuto essenziale" del principio costituzionale che può desumersi dalla disposizione finale dell'art. 39 è il seguente: "è il contratto collettivo a determinare la categoria"; ossia "la scelta

dell'ambito del contratto e il riconoscimento iniziale degli attori collettivi (...) non può che essere improntata al principio consensualistico, perché ogni altro criterio, incluso quello proporzionale maggioritario, non può essere applicato se non è stata determinata la categoria” (*ibidem*, 691).

### **13. La pretesa antinomia tra autonomia collettiva e contratto come fonte. Interrogativi nell'esperienza odierna.**

È stato esattamente rilevato che, anche se fosse stata attuata la seconda parte dell'art. 39 Cost., il contratto collettivo “avrebbe assolto alla funzione di autocomporre interessi contrapposti”. In altri termini “riconoscere natura di fonte” al controllo collettivo “non significa necessariamente precludere a quell'atto la funzione di comporre interessi contrapposti” (Santoro Passarelli G. 2009, 975). Così, non vi è antinomia tra autonomia e contratto collettivo-fonte. La contrattazione collettiva, espressione della libertà sindacale, non è impermeabile al perseguimento di interessi generali, e quindi pubblici. Si è già detto che nell'esperienza della legislazione promozionale dell'attività sindacale “sono presenti ipotesi in cui la legge, nella misura in cui investe la contrattazione di funzioni normative e quindi della cura di interessi pubblici può condizionare o estendere il contenuto e gli effetti del contratto collettivo”. In sintesi: “la funzionalizzazione non può dirsi lesiva della libertà sindacale ed invasiva dell'autonomia collettiva quando si traduca in uno o più effetti di tipo espansivo oppure premiale stabiliti dalla legge in dipendenza da atti o accordi liberamente determinati dalle parti in corrispondenza ai propri interessi particolari e privati ma valutati in piena sintonia con l'interesse generale” (Ghera 2011b, § 7). La legge può imporre alle organizzazioni sindacali “non tanto obblighi ma oneri” (*ibidem*) (come risulta, di là dalla scorretta terminologia, dallo stesso sia pure inattuato art. 39, cpv. Cost.), purché tali oneri non siano finalizzati a soddisfare interessi estranei a quelli delle parti collettive (Zoppoli L. 2002, 258 s.).

Felicitemente si è concluso che “l’opinione che pretende di identificare l’autonomia collettiva e la stessa libertà sindacale con la libertà contrattuale dei privati non può essere accolta dovendosi semmai considerare la libertà contrattuale come una parte – o, meglio, come uno strumento – dell’autonomia collettiva e della libertà di organizzazione sindacale” (Ghera 2011b § 7 *ad finem*).

Tuttavia, proprio “per la mancata attuazione dell’art. 39, quarto comma, Cost., nel nostro ordinamento non è venuto ad esistenza, a differenza di molti Paesi europei, il contratto collettivo con efficacia generale, anche se tale assenza per la verità non ha finora creato molti problemi, sia per l’esistenza nel nostro ordinamento di un altro principio basilare che è quello dell’effettività dell’attività sindacale, sia per la sostanziale unità di azione tra i tre sindacati confederali” (Santoro Passarelli G. 2009, 979).

Se non che “di recente sono sempre più frequenti i casi in cui la CGIL non firma i contratti collettivi (...), sicché si pongono all’interprete una serie di interrogativi: (...) A) Come si può annoverare il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti sia pure *extra ordinem* se uno dei soggetti sindacali numericamente più consistente non firma il contratto? (...) Allo stato ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente è stato applicato il trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo sulla base di dichiarazioni espresse o tacite o comportamenti concludenti dei singoli lavoratori, dichiarazioni che certo non sono elementi a sostegno della natura di fonte del suddetto contratto collettivo” (*ibidem*, 980).

Inoltre, B): è possibile riconoscere ai sindacati, come associazioni di fatto, il potere normativo “dal quale sgorga (...) il prodotto contrattuale destinato ad avere efficacia generale” non già “nei casi in cui la legge assegni espressamente al contratto una funzione regolamentare delegata (...), ma proprio nei casi in cui il contratto collettivo assolve alla sua funzione tradizionale di autocomporre interessi contrapposti”? Il problema si pone in particolare perché “non sono più isolati i casi in cui

un grande sindacato non sottoscrive i contratti collettivi e, di recente, neppure l'accordo sulla riforma del sistema contrattuale" (*idibidem*, 981).

#### **14. Una possibile risposta agli interrogativi.**

A) Il primo interrogativo investe il fondamento stesso dell'ordinamento intersindacale come ordinamento originario.

È stato osservato, con riferimento agli accordi separati del 22 gennaio e dei conseguenti accordi quadro del 15 e 30 aprile 2009, che "quelli in esame (...) non sono accordi separati qualsiasi (...), ma accordi che dovrebbe essere – come disse Giugni a proposito del Protocollo del 1993 – l'assetto costituzionale del sistema di relazioni industriali" (Garofalo M.G. 2010, 39-40). Ora, poiché la *Grundnorm* dell'ordinamento intersindacale "è il reciproco riconoscimento come agenti negoziali delle organizzazioni rappresentative dei contrapposti interessi", e "il recente accordo sugli assetti contrattuali, invece, non ha il consenso della maggiore Confederazione", allora quella *Grundnorm* verrebbe negata, in quanto "la rappresentanza dei lavoratori – di tutti i lavoratori – è assunta da organizzazioni diverse da quella maggioritaria e alla maggiore delle organizzazioni rappresentative di lavoratori viene negata la legittimazione a porre le regole costituenti del sistema contrattuale" (*ibidem*, 40).

A questa osservazione è stato opposto – a mio avviso in modo convincente – che "la norma fondamentale non è affatto quella del reciproco riconoscimento, da parte di determinate organizzazioni sindacali, di essere le più rappresentative in senso maggioritario (e, come tali, di essere le uniche legittimate a negoziare)", poiché "il riconoscimento che le organizzazioni si fanno, quando si siedono al tavolo delle trattative, è semplicemente quello di essere rappresentative, senza presupporre una previa verifica numerica del quantum di rappresentatività" (Proia 2010, 89-90); talché "come nessuno dubita che anche in presenza di una pluralità di contratti collettivi aventi lo stesso

campo di applicazione ciascuno di essi sia un atto di “autonomia collettiva” (...), così non si può dubitare che continui ad essere esercizio di autonomia collettiva anche l’unico contratto collettivo stipulato, dalla parte dei lavoratori, da almeno tre sindacati effettivamente rappresentativi” (*ibidem*, 90). Conseguentemente, è difficile negare che l’ordinamento statale continui a considerare e utilizzare il contratto collettivo, anche in questi casi, come una fonte produttiva di norme idonee a regolare il conflitto sociale tra imprese e lavoratori: “il contratto collettivo, anche quando è stipulato in modo “separato” (e financo nell’ipotesi che i sindacati stipulanti siano minoritari), realizza l’unico interesse concretamente rilevante sul piano giuridico, che riceve cioè riconoscimento e tutela sul piano statale quale fonte di integrazione della disciplina legale di protezione del lavoro” (Proia 2011, 210). Ma v. in senso diverso l’approfondito saggio di Santoro Passarelli G. 2011, 219, specie 220 ss. Certo è che “il contratto collettivo stipulato da una organizzazione che possa essere qualificata “sindacale” è sempre, di per sé, valido essendo un *posterius* la verifica della sua efficacia sul piano dei singoli rapporti di lavoro” (Proia 2011, 208). Prova ne sia che nell’ipotesi in cui vengano stipulati due o più contratti collettivi per la medesima categoria la legge non stabilisce l’invalidità del contratto collettivo stipulato dal sindacato minoritario, bensì, interpretando autenticamente l’art. 1 d.l. n. 338 del 1989, convertito nella legge n. 389 del 1989, si limita a prescrivere che “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”. Il fatto poi che l’applicazione del contratto si basi su dichiarazioni o comportamenti concludenti dei singoli lavoratori non è di per sé decisivo per negare la natura di fonte del contratto collettivo.

B) Il secondo interrogativo investe la qualifica dei sindacati come “associazioni di fatto” idonee a veder riconosciuto ad esse un potere normativo. Si può rispondere che sta proprio nel riconoscimento della

libertà dell'*organizzazione* sindacale, che non è soltanto libertà dallo Stato, ma anche “libertà di” esercitare l'autonomia collettiva, ossia “esercizio attivo, nelle forme organizzative storicamente determinate dalla reciproca interazione tra soggetti sindacali contrapposti e concorrenti, della contrattazione collettiva” (D'Antona 1998, 673). Associazioni di fatto, sì, ma idonee a comporre insieme quella “organizzazione sindacale” cui si riferisce il primo comma dell'art. 39 Cost. e che costituisce il fondamento del potere normativo ad essa attribuito dall'ordinamento statale.

L'organizzazione sindacale non può che essere riguardata come un ordinamento originario storicamente determinato il quale, attraverso il principio costituzionale della libertà sindacale, si innesta nell'ordinamento statale come regola sulla produzione giuridica (cfr., in questi termini, Dell'Olio 2002, 522). Di qui la duplice natura di fonte o, se si vuole, la duplicità o bivalenza normativa del contratto collettivo, come fonte atto nell'ordinamento intersindacale e come fonte fatto nell'ordinamento statale.

Per quei contratti collettivi ai quali specifiche leggi conferiscono esplicito riconoscimento legale, il rinvio opera diversamente rispetto ai contratti collettivi ai quali tale esplicito riconoscimento non è conferito. In entrambi casi, però, il rinvio operato da specifiche leggi, ovvero, rispettivamente, dall'art. 39, 1° co., Cost. con il riconoscere l'autonomia collettiva e la libertà positiva dell'organizzazione sindacale, può costruirsi come norma sulla normazione, come rinvio formale alla contrattazione collettiva intesa come fonte fatto di norme rilevanti nell'ordinamento giuridico statale.

Solo che è ben diversa l'efficacia dei contratti collettivi nelle due diverse ipotesi.

Nel rinvio di specifiche leggi ai contratti collettivi, l'efficacia delle norme in essi contenute, pur non potendo assorgere all'efficacia *erga omnes* nei confronti di tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce, è un'efficacia, per così dire, generalizzata alle fattispecie su cui vertono le norme collettive.



## 15. Qualche considerazione riassuntiva e interlocutoria.

Quanto all'efficacia dei contratti collettivi fondati sull'attribuzione dell'autonomia collettiva che l'ordinamento statale accorda ad ogni sindacato e che si concreta nella legittimazione negoziale a tutelare gli interessi collettivi che fanno capo ad esso, non per derivazione dai lavoratori dipendenti, ma a titolo originario (artt. 39, 1° co., Cost. e 1322 cpv. c.c. secondo cui "le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico) il discorso non può non procedere per indizi e tentativi.

Di là dall'ambito di efficacia spettante ai *contratti collettivi c.d. di diritto comune* nella loro veste di atti di autonomia privata, a fini di riconoscerne una funzione concreta il più possibile simile a quella dei contratti dotati di effetti *erga omnes* (che avevano i contratti corporativi e quelli previsti dall'ultimo comma dell'art. 39 Cost.) ci si è basati anzitutto sulla capacità dei sindacati stipulanti ad impegnare all'osservanza di essi i propri aderenti, affermando l'esistenza di un rapporto di mandato con rappresentanza rilasciato implicitamente da questi ai sindacati.

Concepito in tal modo il controllo collettivo come un "contratto normativo", se ne è affermata l'inderogabilità da parte dei contratti individuali stipulati dal singolo imprenditore con i singoli lavoratori (salva la possibilità di deroga a favore del lavoratore). L'art. 36 Statuto dei lavoratori ha in questa linea stabilito l'obbligo per i titolari di benefici accordati dallo Stato e per gli appaltatori di opere pubbliche di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona (con sent. additiva la Corte cost. ha esteso alle concessioni di pubblico servizio analoga inserzione della clausola esplicita determinante il medesimo obbligo per il concessionario). L'inderogabilità delle norme dei contratti o accordi collettivi ha trovato poi riconoscimento nel nuovo testo (*ex art. 6 l. n. 533 del 1973*) dell'art. 2113 c.c. secondo cui "le

rinunzie e le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi (...) non sono valide”.

Ai fini di ulteriore ampliamento dell’ambito di operatività dei contratti anche nei confronti dei non iscritti alle associazioni stipulanti si è affermato che i non iscritti sono vincolati all’osservanza del contratto collettivo quando “per pratica costante” lo hanno osservato o non hanno tempestivamente fatto conoscere alla controparte la loro mancata affiliazione.

Si è già ricordata l’estensione del ricorso per Cassazione nel caso di violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro (la Corte cost., sent. n. 298 del 2007 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell’art. 2 d. lgs. n. 40 del 2006).

*L’ampliamento più rilevante* è stato operato dall’indirizzo giurisprudenziale che ha assunto le clausole salariali dei contratti collettivi di diritto comune a parametro per la determinazione – anche da parte del giudice *ex art. 2099 cpv. c.c.* – della “giusta retribuzione” assicurata a tutti i lavoratori dall’art. 36 Cost. La valenza particolare attribuita alle clausole dei contratti collettivi dirette ad assicurare ai lavoratori minimi inderogabili di trattamento economico normativo, inteso questo “nel senso più comprensivo di ogni specie di pattuizione, anche a carattere non economico-patrimoniale, necessaria ad assicurare un’esistenza degna della persona umana” (Corte cost., sent. n. 59 del 1972) è sufficiente a rendere, a questi fini e in questi limiti, ormai indiscutibile l’efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. Infine, i contatti collettivi sono, in ambito parlamentare, considerati quali fonti di diritto perfino non secondarie, allorché l’art. 16-*bis*, comma 6-*bis* del regolamento della Camera viene pacificamente interpretato nel senso di escludere dall’intervento obbligatorio del Comitato per la legislazione i contratti collettivi, poiché esso riguarda “i progetti di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con

legge (e tra gli altri soggetti s'intendono inclusi gli enti locali, le università, le autorità indipendenti, ma non i sindacati). Se insomma persino le delegificazioni in senso ampio sono fatte rientrare nella previsione normativa, ne sono escluse invece le forme di "decentramento legislativo" in favore delle leggi regionali e di atti non qualificabili come regolamenti, quali appunto i contratti collettivi.

Ora, nelle specifiche materie del rapporto di lavoro privato che il legislatore, a volta a volta, affida alla contrattazione sindacale (per es. le molteplici tipologie di lavoro flessibile, l'orario di lavoro) materie "disciplinate dal legislatore in modo non esaustivo, ma assegnando alla contrattazione collettiva – in forme e con effetti assai variegati e sempre più frequenti – la facoltà di deroga o di completamento del precetto legale (...), è il legislatore a stabilire i criteri che abilitano la contrattazione collettiva ad integrare la produzione normativa di fonte legale" (Maresca 2010, 42). Il legislatore stabilisce i principi e i criteri per l'integrazione della disciplina legale, sul presupposto di una sorta di "riserva" nella disciplina dei rapporti di lavoro costituzionalmente stabilita nell'art. 39 Cost. (pur nella inattuazione della seconda parte). Si noti che un altro indizio o sintomo della diffusa tendenza a considerare il contratto collettivo come atto normativo di impiego generale per la disciplina dei rapporti di lavoro è offerto dall'annullamento della norma che escludeva da tale disciplina il rapporto di lavoro domestico (Corte cost., sent. n. 68 del 1969).

In sintesi, la giurisprudenza costituzionale propende per una soluzione nella quale, mantenendosi per ferma la garanzia "per le associazioni sindacali di regolare i conflitti di interessi che sorgono tra le categorie mediante il contratto", sia riconosciuta la possibilità (o a dirittura la necessità) di leggi che pongano i principi che perseguano le finalità ed attuino i valori di cui agli artt. 3 cpv., 35, 1° e 2° cpv., 36 e 37 Cost., ma che non compromettano l'autonomia collettiva.

La legislazione sembra poter disporre dunque solo principi a garanzia di finalità e valori espressamente indicati in Costituzione, principi che valgono certamente "a fissare i limiti dell'autonomia

collettiva mediante l’emanazione di norme inderogabili” (Corte cost., sent. n. 60 del 1968), ma la restante disciplina deve essere rilasciata alla contrattazione collettiva. Non a caso solo transitoriamente ed eccezionalmente la giurisprudenza costituzionale ha consentito al legislatore di sovrapporsi in materia alla contrattazione collettiva – pur sostanzialmente richiamandosi a questa – dichiarando incostituzionali i tentativi di stabilizzazione di tale metodo (sentt. n. 106 del 1962 e n. 88 del 1965). Una sorta di “riserva” nella disciplina dei rapporti di lavoro sembra dunque spettare alla contrattazione collettiva, in quanto fonte principale e ordinaria – pur nella preferibile declinazione di “fonte-fatto” – della disciplina medesima nel rispetto e in conformità con i principi fissati inderogabilmente dalla legge. L’intervento della legge ordinaria – è stato detto – “non potrebbe consistere già nel porre in essere una dettagliata disciplina del “lavoro”, bensì prevalentemente (ovvero esclusivamente) nello “attuare” in questa materia, anche se nei termini più ampi e vari, i principi costituzionali” (Raveraira 1985, 87). Può dirsi insomma che la giurisprudenza costituzionale si sia semmai preoccupata di “negare la loro assunzione a fonti di rango “legislativo”” piuttosto che escludere “almeno la “normatività” dei contratti collettivi in quanto atti produttivi di diritto, sebbene formalmente e legalmente ritenuti espressione di autonomia privata” (*ibidem*, 41).

Ma, “nonostante questi cospicui passi compiuti, resta evidentemente ancora una certa distanza fra l’efficacia dei contratti collettivi “di diritto comune” e l’efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi corporativi o di quelli teoricamente previsti dall’art. 39 della Costituzione, la quale si manifesta soprattutto con riferimento alle clausole “normative” e nei confronti degli imprenditori non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e risulta altresì da talune caratteristiche secondarie tipicamente collegate alla loro natura contrattuale, come l’assoggettamento alle norme interpretative proprie dei contratti anziché a quelle proprie delle leggi” (Pizzorusso 2011, 798-799).

Secondo una parte della dottrina”l’esiguità della distanza che in questo caso viene colmata in virtù dell’intervento del principio di

effettività [ma questo fondamento è stato sottoposto, come si è prima ricordato, a critiche convincenti, dato che l'effettività è tutta da dimostrare, oltre che seriamente compromessa dalle recenti vicende sindacali nelle quali “non sono più isolati i casi in cui un grande Sindacato non sottoscrive i contratti collettivi e (...) neppure l'accordo sulla riforma del sistema contrattuale: Santoro Passarelli G. 2010, 5] fa sì che questo tipo di fonti *extra ordinem* [ma anche tale qualificazione è assai discutibile] si presentino come le più prossime ad assumere il ruolo proprio di una fonte legale, di pari passo col progressivo estendersi del ruolo assegnato in vari campi ai sindacati “maggiormente rappresentativi” (Pizzorusso 2011, 799).

Più semplicemente, però, può dirsi che, indipendentemente dal ricorso al principio di effettività, la natura bipolare dei contratti collettivi è già sufficiente a farli riconoscere come “fonti fatto”, con i limiti e le condizioni positivamente stabiliti, del nostro ordinamento positivo.

### **Riferimenti bibliografici**

Carnelutti F. (1927), *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova

Cerri A. (2005), *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Torino

Crisafulli V. (1993), *Lezioni di diritto costituzionale*, 6<sup>a</sup> ed. a cura di F. Crisafulli, II, 1, Padova

D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *GDLRI*, n. 80, 4, 665

Dell'Olio M. (2002), *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *DLRI*, p. 517

Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche di tutela*, Napoli

Garofalo M.G. (2010), *Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza*, in AA.VV., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di Santoro Passarelli G., Napoli

Ghera E. (2011a), *Sulle fonti del diritto del lavoro. Autonomia collettiva e pluralismo giuridico*, in *Studi in onore di F. Modugno*, II, Napoli, 1688

Ghera E. (2011b), *Il contratto collettivo fonte nella dottrina*, in *Studi in onore di T. Treu*, Napoli, 287

Giugni G. (1957), *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, in *RDL*, II, 179

Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano

Ichino P. (2004), *Commento all'art. 39*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino

Lipari N. (2008), *Le fonti del diritto*, Milano

Liso F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 268

Maresca A. (2010), *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 42

Mazzotta O. (2010), *Libertà sindacale, pluralismo e certezza del diritto*, in AA.VV., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di Santoro Passarelli G., Napoli

Mengoni L. (1980), *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 692

Paladin L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna

Persiani M. (2004), *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, n. 1, 6

Persiani M. (2008), *Ancora sull'autonomia privata collettiva*, in *ADL*, n. 3, 763

Pizzorusso A. (2011), *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, 2<sup>a</sup> ed., Bologna - Roma

Proia G. (1994), *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano

Proia G. (2002), *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 112

Proia G. (2010), *Riforma degli assetti contrattuali, accordo intersindacale, fonte fatto*, in AA.VV. *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di Santoro Passarelli G., Napoli, 89

Proia G. (2011), *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, in *MGL*, n. 4, 210

Punzi C. (2008), *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, Torino

Raveraira M. (1985), *Legge e contratto collettivo*, Milano

Roselli F. (2007), *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di Ianniruberto G. e Morcavallo U., Milano

Rusciano M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino

Rusciano M. (2008), *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 1083

Rusciano M. (2010), *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in AA.VV., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di Santoro Passarelli G., Napoli

Santoro Passarelli G. (2007), *Diritto sindacale*, Roma-Bari

Santoro Passarelli G. (2009), *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, nn. 4-5, 978

Santoro Passarelli G. (2010), *Introduzione*, in AA.VV., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di Santoro Passarelli G., Napoli

Santoro Passarelli G. (2011), *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in *ADL*, n. 2, 219

Vallebona A. (2011), *Clausole collettive: onere di deduzione tempestiva e deposito integrale del contratto in Cassazione*, in *MGL*, n. 4, 293

Zoppoli L. (2002), *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti*, Milano