

MARIO RUSCIANO
Ordinario dell'Università Federico II di Napoli

La metamorfosi del contratto collettivo (*)

SOMMARIO: 1. Contratto collettivo e processo del lavoro: la prospettiva pluriordinamentale. — 2. Difficoltà di ricondurre il contratto collettivo al diritto comune. — 3. Il modello di contratto collettivo *ex art. 39 cost.* — 4. La mancata attuazione dell'art. 39 cost. e la dottrina privatistica del contratto collettivo. — 5. L'attitudine del contratto collettivo a dettare regole generali e i tentativi di assicurarne l'efficacia *ultra partes*. — 6. La disciplina transitoria della legge n. 741 del '59 come esempio di raccordo legislativo tra ordinamento statale e ordinamento sindacale. — 7. L'inderogabilità del contratto collettivo e la sua doppia natura. — 8. Lo statuto dei lavoratori e la valorizzazione dell'ordinamento sindacale con il criterio della ((maggiore rappresentatività)). — 9. Pluralità delle funzioni del contratto collettivo e insufficienza della concezione civilistica. — 10. La specialità del contratto collettivo del lavoro pubblico. — 11. I fattori della legificazione del contratto collettivo del lavoro pubblico. — 12. La posizione del contratto collettivo nel processo e i criteri di interpretazione del contratto. — 13. Aspetti problematici del contratto collettivo dopo le nuove norme sul processo. — 13.1. ...nel settore pubblico. — 13.2. ...e nel settore privato.

1. — La prima (quasi istintiva) suggestione, che provoca l'intervento legislativo, dal quale queste riflessioni prendono lo spunto (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)⁽¹⁾, è la conferma della perdurante natura ambigua del contratto collettivo nel sistema giuridico. Non solo, e non tanto, nella celebre versione di Francesco Carnelutti, riferita in particolare al diritto corporativo — per cui il contratto collettivo ha «il corpo del contratto e l'anima della legge»⁽²⁾ — ma, soprattutto,

(*) Questo saggio è destinato agli *Studi in onore di Edoardo Ghera*.

⁽¹⁾ Tale decreto contiene le «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'art. 1, comma 2°, della legge 14 maggio 2005, n. 80»: v., al riguardo, come modificati, gli artt. 360, comma 1°, n. 3 e 366, comma 1°, n. 6, nonché l'aggiunto art. 420-bis c.p.c.

⁽²⁾ CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928.

nel moderno dilemma: se il contratto collettivo possa continuare a considerarsi un contratto di diritto comune o debba qualificarsi piuttosto come «fonte» del diritto oggettivo; seppure, oviamente, in posizione diversa rispetto alle fonti statuali (qualcuno parla di «fonte extra ordinem») (3).

E difatti, proprio accostando «contratto collettivo» e «processo del lavoro» — a séguito della riforma del processo civile, operata dal ricordato d.lgs. n. 40 del 2006, che tocca anche la massima espressione dell'autonomia sindacale —, si ha la lampante dimostrazione di come il contratto collettivo abbia subito, in un arco temporale di oltre mezzo secolo, una progressiva metamorfosi.

La nuova previsione legislativa, che ora stabilisce il diretto controllo della Cassazione sull'interpretazione dei contratti collettivi, al pari di quanto avviene per gli atti normativi di rango primario, contribuisce a rendere sempre meno scontato l'inquadramento formale dei negozi di autonomia collettiva nel diritto comune dei contratti. Anzi, pare che il legislatore abbia voluto aggiungere un'altra tessera, non certo minuscola, al mosaico raffigurante il contratto collettivo come fonte del diritto oggettivo.

Del resto, non si può dire che la novella del d.lgs. n. 40 del 2006 sia un intervento improvviso: sia perché la ricorribilità in Cassazione, per violazione e falsa applicazione di norme dei contratti collettivi, viene dapprima affermata per i contratti collettivi del lavoro pubblico(4); sia perché la novella medesima costituisce, in fondo, un effetto naturale (e un argomento ulteriore) dell'insufficienza delle classiche ricostruzioni dell'autonomia sindacale a spiegare le peculiarità di un atto che, da tempo, presenta caratteri essenziali, assai differenti da quelli di un semplice contratto. Primo fra tutti il carattere, diciamo così, «polifunzionale» (5): grazie al quale

(3) Per un approccio problematico alla questione della collocazione del contratto collettivo nel sistema delle fonti del diritto del lavoro, v., anche per i riferimenti bibliografici, L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come «fonte»: teorie ed applicazioni*, in SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Tonno, 2004, p. 3 ss.

(4) V. TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. CARINCI-D'ANTONA, Milano, 2000, p. 1860 ss.; DE ANGELIS, *Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Tonno, 2004.

(5) Sulle differenti funzioni del contratto collettivo v. SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit.; in particolare, sulla fun-

la funzione originaria di «contratto normativo» è soltanto una delle funzioni del contratto collettivo; e, ormai, neppure la più importante. Sicché, continuare a sostenere la pacifica riconduzione di esso agli schemi del diritto comune dei contratti significa tagliare fuori, da una compiuta ricostruzione della figura, una serie di elementi peculiari, che l'hanno profondamente mutata e che, per forza di cose, maggiormente incidono sull'ordine sociale.

Non da ora, questi stessi elementi fanno, del contratto collettivo, l'architrave di un sistema di regole, del quale Gino Giugni, fin dall'inizio degli anni '60, teonza l'autonomia (e, addirittura, originaria) giuridicità, la quale consente di porre in parallelo «ordinamento statale» e «ordinamento sindacale» (6). Un parallelo assai utile per capire, oggi come allora, l'essenza del rapporto dialettico, che la stessa Costituzione delinea, tra Stato e sindacato: entrambi chiamati, ciascuno nella propria logica e con le proprie tecniche, ad apprestare una tutela del lavoro — «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35 cost.) — onde garantire la stabilità dei fondamenti democratici della Repubblica (art. 1 cost.).

Sarei, allora, del parere di guardare le modifiche, apportate dal d.lgs. n. 40 del 2006, in una prospettiva assai ampia: come, appunto, quella pluriordinamentale. Una prospettiva che tenga conto, cioè, della necessità prioritaria, oggi come oggi, di individuare nuovi raccordi (tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale) tra i due ordinamenti, e che consenta di riaffermare una verità elementare: per l'ordinamento statale, l'autonomia dell'ordinamento sindacale costituisce un valore irrinunciabile, non a caso «costituzionalizzato» nel comma 1° dell'art. 39 cost. È, dunque, questa la strada tracciata dal Costituente per l'autonomia collettiva e, con altre vicende, ampliata dalle prassi sindacali dei decenni successivi, che aggirano l'ostacolo delle altre previsioni dell'art. 39 (commi 2°, 3° e 4°), volte a prefigurare un equilibrio interno dell'autonomia medesima, ma secondo un disegno illuministico (cioè poco realistico) e, per giunta, dirigistico.

Né può sfuggire che le modifiche del d.lgs. n. 40 del 2006 rappresentano l'ultima tessera di un mosaico, che da tempo si va com-

zione «gestionale», VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985.

(6) GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960. Penetranti osservazioni critiche alla statualità delle fonti in GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 15.

ponendo, per una raffigurazione del contratto collettivo tendenzialmente equiparabile ad una fonte (in senso lato) del diritto oggettivo.

Ora il meccanismo sull'accertamento pregiudiziale di questioni relative all'interpretazione, validità, efficacia delle clausole di contratti o accordi collettivi nazionali — previsto dal nuovo art. 420-bis c.p.c. — va addirittura oltre, esprimendo chiaramente la *voluntas legis* di accelerare l'intervento nomofilattico della Corte di cassazione su questioni relative alla fonte sindacale⁽⁷⁾.

Il primo quesito, dunque, che occorre porsi, è quello di capire se tutto ciò possa essere spiegato, prescindendo da una visione del contratto collettivo, che superi il tradizionale inquadramento di esso nel diritto comune dei contratti.

È appena il caso di avvertire che qui il discorso viene limitato al contratto collettivo nazionale: sia perché è questo che, in genere, la legge espressamente considera; sia perché la oggettiva centralità di esso, nell'attuale sistema contrattuale, pur se insidiata, è ancora indiscussa; sia, infine, perché la problematica della contrattazione di secondo livello presenta caratteri molto particolari, da affrontare in separata sede.

2. — Per la verità, già prima dei menzionati interventi legislativi, da più parti viene sottolineato il mutamento (genetico e funzionale) del contratto collettivo e dell'autonomia sindacale: visti i molti elementi, succedutisi nel tempo, che, più o meno univocamente, spingono l'autonomia collettiva fuori dalle categorie classiche del diritto privato, arrivando a modificarne sensibilmente la natura, fino a copfigurarla come espressione di un vero e proprio potere normativo.

Al di là di questa dubbia veste giuridico-formale, una cosa è certa: da quando, nel secolo XX, lo Stato si trova di fronte al fenomeno sindacale — prima, tollerandolo (periodo liberale); poi, assorbendolo (periodo corporativo); e, infine, valorizzandolo, nel rispetto della libertà e dell'autonomia (periodo post-costituzionale) — il contratto collettivo assolve sempre ad una funzione, per così dire, «vicaria» della legge, nella disciplina dei rapporti di lavoro.

In altre parole, esso costituisce l'unico strumento tecnico-giuridico, indispensabile alla concreta e dettagliata disciplina dei rap-

⁽⁷⁾ VALLEBONA, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Scritti in memoria di Matteo Dell'Olio*, Roma, 2008, p. 1806 ss.

porti individuali di lavoro e delle relazioni sindacali, nelle società industriali avanzate. Difficilmente, infatti, l'ordinamento generale potrebbe assicurare regole adatte a tali rapporti, se non si affidasse all'autoregolazione dei protagonisti del mondo produttivo (imprese e sindacati). Il che, pur se in tutt'altro contesto istituzionale, avviene persino nell'ordinamento corporativo, nel quale si annovera il contratto collettivo tra le «norme corporative», considerate «fonti del diritto», gerarchicamente collocate dopo le leggi e i regolamenti e prima degli usi, alla stregua dell'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale⁽⁸⁾.

In pratica, se non esistessero i contratti collettivi, i rapporti di lavoro dovrebbero essere regolati: o direttamente da fonti statuali (centinaia e centinaia di leggi e regolamenti), le quali, però, per quanto numerose e microsettoriali, sarebbero comunque insufficienti e inadeguate (data l'impossibilità di cogliere le specificità di ciascun settore produttivo, di ciascuna categoria professionale, di ciascun contesto territoriale, di ciascuna azienda ecc.); oppure dalla sola «comune» volontà del datore di lavoro e del lavoratore, cioè da un contratto individuale, caratterizzato dalla strutturale disparità di forza negoziale tra le parti (e, dunque, «comune» per modo di dire).

Di qui la collocazione del contratto collettivo come fonte intermedia (dei rapporti di lavoro) tra la «legge» e il «contratto individuale»: con la sua naturale vocazione a dettare regole, a carattere generale e astratto, da applicare ad una serie aperta di rapporti giuridici, intercorrenti tra soggetti diversi da quelli che direttamente lo stipulano.

3. — Si può ritenere che codesta idea di contratto collettivo abbia in mente lo stesso costituente, quando escogita il modello dell'art. 39 cost.⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ È infatti grosso modo a partire dagli anni '30, quindi in piena stagione corporativa, che, grazie alla centralità conferita ad una «fonte» di produzione di regole di matrice pattizia, la disciplina dei rapporti di lavoro raggiunge una precisa dimensione sistematica. Sui caratteri del sistema corporativo v. CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, Padova, 1936. Sull'ideologia sottesa alla codificazione del 1942, v. le belle pagine di P. RESCIGNO, nell'*Introduzione al Trattato di diritto privato* da lui diretto, I, Torino, 1982, p. 3 ss., spec. pp. 16 ss., 24 ss.

⁽⁹⁾ Sul modello costituzionale e sulle relative problematiche PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.

Come più volte ricordato, quello costituzionale è un progetto assai ambizioso, che parte dall'attribuzione alla «rappresentanza unitaria» delle varie associazioni registrate — costituita in proporzione al peso numerico di ciascuna — di un potere normativo generale sulla categoria, preparando così il terreno all'impianto di un sistema di rapporti, tra sindacato e Stato, ispirato a quello che oggi viene definito il principio della sussidiarietà orizzontale⁽¹⁰⁾.

L'art. 39 individua, sulla base di un criterio di rappresentanza proporzionale, i soggetti collettivi, titolari del potere sia di condurre trattative, sia di stipulare un contratto collettivo: che, in tanto riesce a chiudere un conflitto, in quanto è provvisto di una speciale forza giuridica. Quella cioè di sortire — ben al di là di un semplice effetto negoziale — il particolare effetto di apprestare un regolamento che sia: a) realmente inderogabile, ad opera dei contratti individuali, stipulati tra i singoli datori e prestatori di lavoro, e b) generalmente vincolante per gli stessi, nell'ambito di un'intera categoria professionale, a prescindere dall'adesione di essi a qualsivoglia o a nessuna associazione.

È appena il caso di ricordare che questi stessi problemi vengono risolti in modo ovvio — cioè con la facilità propria dei regimi autoritari — dal legislatore corporativo: che con legge conferisce, per ciascuna categoria, «personalità giuridica di diritto pubblico» e «rappresentanza legale di categoria» ad un'unica associazione imprenditoriale e ad un'unica associazione di lavoratori. Sicché «efficacia reale» ed «efficacia generale» finiscono con l'essere connaturali al contratto stipulato fra le indicate associazioni.

Al contrario, nelle norme «ad esecuzione differita» dei commi dell'art. 39 successivi al primo, il costituente prevede di raggiungere il medesimo obiettivo (dell'unico contratto inderogabile di categoria) in modo democratico e, soprattutto, in modo coerente con il principio della libertà e pluralità sindacale, affermato al comma 1°⁽¹¹⁾. Attribuisce così automaticamente tale efficacia al contratto collettivo, concluso da «rappresentanze sindacali unitarie»⁽¹²⁾

(10) In termini simili si esprime AMOROSO, *Il contratto collettivo nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in IANNIRUBERTO-MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Milano, 2007, p. 525.

(11) Per tutti questi aspetti, rinvio a M. RUSCIANO, *Contratto collettivo*, cit., p. 12 e ivi ampia bibliografia.

(12) Sulla natura delle quali v. PERSIANI, *I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale*, in *Dir. lav.*, 1958, I, p. 88 e ss. ed ivi, p. 108 ss., con indicazione (anche bibliografica) delle vane posizioni dottrinali.

(art. 39, comma 4°, cost.), le quali esprimano proporzionalmente, a livello categoriale e sugli opposti fronti, la consistenza numerica di quelle associazioni che, liberamente costituite, abbiano chiesto ed ottenuto la personalità giuridica, mediante la «registrazione» (uno strumento, diciamo così, «notarile», non troppo intrusivo, con il quale il potere pubblico «prende atto» dell'esistenza di un sindacato, alla sola condizione che lo statuto ne sancisca un ordinamento interno a base democratica: art. 39, commi 2° e 3°).

Politicamente, si sa, la differenza non è di poco conto. Dal punto di vista tecnico-giuridico, resta però che, nell'art. 39 cost., vengano prefigurate, benché liberalizzate e democratizzate, nell'ottica del pluralismo sindacale, strutture pensate sulla falsariga di quelle corporative. Anche il costituente fa, dunque, propria l'idea del contratto collettivo come legge professionale della categoria⁽¹³⁾, sia pure nell'ambito di un sistema ispirato alla libertà ed al pluralismo sindacale.

È evidente, pertanto, che il sistema sindacale, pur se complicato dai ricordati congegni costituzionali, finisce per divenire il luogo ideale di espressione e composizione dei contrapposti interessi dei datori e dei prestatori di lavoro. Un centro di interessi politicamente vasti e costituzionalmente protetti, perché legati al lavoro come valore fondativo della convivenza democratica (art. 1 cost). Un centro che, in quanto dotato di una funzione ordinatrice — assimilabile, per certi versi, ad una funzione normativa —, si pone in posizione parallela e speculare al sistema politico ed ai meccanismi istituzionali, appunto, della rappresentanza politica, pur conservando identità, ruoli e prerogative precise e distinte.

4. — Non mi pare necessario ripetere qui le ragioni per le quali, probabilmente fin dall'inizio, la legge attuativa dell'art. 39 è destinata a non vedere mai la luce, nonostante i tentativi compiuti, una volta entrata in vigore la Costituzione⁽¹⁴⁾.

(13) Di «legge professionale per gli appartenenti alla categoria» parla GUIDI, *L'oggi e il domani del contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1928, I, p. 184.

(14) Al riguardo — oltre al d.d.l. governativo del ministro Rubini nel 1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 152 ss. — v. le «Osservazioni e proposte sull'attuazione degli artt. 39 e 40 della Costituzione», elaborate dal Cnel nel 1960, in *Foro it.*, 1961, IV, c. 154 ss. Per il dibattito sulla legge sindacale con indicazioni bibliografiche v. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977, p. 321 ss.; GRANDI, *I problemi del*

Aviata su un binario morto l'ipotesi costituzionale, il sistema sindacale viene reinquadrato dalla dottrina civilistica nell'ambito del diritto privato. L'allontanarsi della prospettiva di un'attuazione, in tempi rapidi, dell'art. 39 cost. ha, infatti, come effetto, la riaffermazione (a partire dagli anni '50) delle teorie privatistiche della rappresentanza negoziale del sindacato.

La dottrina — specialmente Francesco Santoro Passarelli⁽¹⁵⁾ — spinta dalla necessità di trovare, in alternativa all'ipotesi costituzionale, un'idonea soluzione al problema della rappresentanza sindacale nell'ordinamento generale, ne suggerisce una ricostruzione mediante le categorie del diritto privato: grazie alle quali, l'autonomia collettiva — una *species* del *genus* «autonomia privata» — si pone al riparo da incursioni e interferenze statualistiche, insite, invece, nelle risorgenti concezioni pubblicistiche.

Il sindacato viene, dunque, concepito come associazione non riconosciuta; la rappresentanza sindacale viene ricondotta alla rappresentanza civilistica ed il contratto collettivo viene definito «di diritto comune»⁽¹⁶⁾, in quanto espressione dell'autonomia negoziale, sancita nell'art. 1322 c.c.

È certamente singolare (ma comprensibile) che, nello stesso periodo in cui si affermano le teorie privatistiche dell'autonomia collettiva, la giurisprudenza si affanni a ricercare meccanismi tecnico-giuridici, capaci di assicurare tanto l'estensione *ultra partes* del contratto collettivo, quanto l'efficacia reale delle sue clausole su quelle del contratto individuale. In una parola, si affanni a rendere compatibile la struttura privatistica del contratto collettivo con la sua naturale ed ontologica vocazione a dettare regole del lavoro vincolanti per tutti: al di là degli schemi, piuttosto angusti, della rappresentanza civilistica⁽¹⁷⁾.

lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica: organizzazione sindacale, contratto collettivo e sciopero, in *Il sindacato nuovo*, a cura di Zaninelli, Milano, 1981, p. 206 ss.

(15) Le linee guida dell'elaborazione di F. SANTORO PASSARELLI sono già compiutamente sviluppate nelle *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1951.

(16) Per l'uso iniziale della formula («contratto collettivo di diritto comune», v. Pret. Firenze, 11 ottobre 1946, in *Dir. lav.*, 1947, II, p. 64, con nota di PERGOLESI; RIVA SANSEVERINO, *Il contratto collettivo nella legislazione italiana*, ivi, 1946, I, p. 3 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune* (1950), ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 217 ss.

(17) Per il problema dell'«efficacia reale», v., tra le prime e più significative pronunce, Cass., 12 maggio 1951, n. 1184, in *Foro it.*, 1951, I, c. 691. Per i problemi inerenti alla «efficacia generale», v., più di recente, Cass., 15 dicembre 1997, n. 12663, in *Riv. it.*

L'inquadramento del fenomeno sindacale nel paradigma del diritto privato, e la conseguente concezione del contratto collettivo come contratto di diritto comune, se da un lato, innegabilmente, garantiscono totale «libertà» e sicura «autonomia» dei sindacati, rispetto allo Stato — valori assai sentiti, ovviamente, dopo la caduta del fascismo — da un altro lato, palesano l'inadeguatezza delle classiche categorie privatistiche a risolvere i problemi dell'efficacia reale e dell'efficacia generale del contratto collettivo.

Pur svolgendo ontologicamente una funzione «paralegislativa», il contratto collettivo di diritto comune rimane espressione dell'autonomia negoziale. In quanto tale, esso non si sottrae al principio generale dei contratti e, quindi, produce effetti meramente obbligatori e per i *soli* aderenti alle associazioni stipulanti⁽¹⁸⁾.

5. — Di qui i tentativi, svolti da più parti, di trovare accorgimenti, capaci di superare i noti limiti di efficacia, connaturali ad un atto normativo contrattuale: che, per definizione, ha forza di legge solo tra le parti.

Il più antico di questi tentativi è quello, assai noto, basato sul principio costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente. Partendo dalla natura immediatamente precettiva del comma 1° dell'art. 36 cost. — e, quindi, dalla nullità delle clausole retributive di contratti individuali di lavoro con esso contrastanti — si apre il varco all'intervento del giudice: che, ai sensi del comma 2° dell'art. 2099 c.c., in mancanza di un accordo, sul punto, tra le parti, determina la retribuzione secondo equità, «tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali». Il giudice, di fatto, applica le clausole retributive del contratto collettivo anche a lavoratori che, a stretto rigore tecnico-giuridico, non ne avreb-

dir. lav., 1998, II, p. 454, con nota di FALERI. Cfr. anche l'ampia giurisprudenza indicata in M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna, 1971; ANTIGNANI, *Riflessioni su retribuzione, parità di trattamento, automatismi e art. 36, 1° comma della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, I, p. 277 ss.; L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991.

(18) Per indicare tale sfera soggettiva di efficacia viene coniato il termine «contratto collettivo subiettivamente obbligatorio»: v. RIVA SANSEVERINO, voce *Contratto collettivo di lavoro*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 55 ss. Sull'efficacia limitata per principio agli iscritti alle associazioni stipulanti l'orientamento della giurisprudenza è costante: v. da Cass., 6 febbraio 1954, n. 293, in *Riv. giur. lav.*, 1954, II, p. 235, a Cass., 14 aprile 2001, n. 5596, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, pp. 1987-2001.

bero diritto (in quanto dipendenti da un datore di lavoro non aderente all'associazione imprenditoriale stipulante) ⁽¹⁹⁾.

Una simile operazione giurisprudenziale non incide sulla struttura e sulla natura del contratto collettivo. Che continua ad essere qualificato come contratto di diritto comune, perché la produzione di effetti, oltre la cerchia degli iscritti alle organizzazioni stipulanti, non deriva dalla natura dell'atto, bensì dalla sentenza del giudice: il quale, di quell'atto, utilizza i parametri retributivi ⁽²⁰⁾.

Ciò non toglie, però, che tale meccanismo — al di là della sua straordinaria rilevanza storica, sul piano politico-sociale — dimostri due cose, sul piano tecnico-giuridico, ai fini del nostro discorso: a) in primo luogo, che l'inquadramento privatistico dell'autonomia collettiva non riesce ad assecondare la naturale, innata attitudine del contratto collettivo a dettare regole destinate ad imporsi, inderogabilmente, oltre i confini del mandato associativo; b) in secondo luogo, che il vero problema è quello di trovare efficienti canali di collegamento per valorizzare, nell'ordinamento statale, le autonome ed esclusive (per forza di cose) determinazioni dell'ordinamento sindacale.

6. — Di ciò sembra acquisire piena consapevolezza, già in quegli anni, lo stesso legislatore, quando fornisce una risposta alla impellente necessità sociale di un meccanismo che, superando gli intrinseci limiti del contratto collettivo di diritto comune, estenda, a tutti i lavoratori di una medesima categoria professionale, i trattamenti economico-normativi previsti dalla fonte sindacale.

La c.d. legge Vigorelli (l. n. 741 del 1959) utilizza la tecnica di delegare al governo — per un periodo transitorio — la «ricezione», in altrettanti decreti legislativi, dei contratti collettivi di diritto comune, stipulati prima dell'entrata in vigore della legge. Giunge così

⁽¹⁹⁾ Sull'operazione giurisprudenziale, v. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2000, p. 225 e spec. p. 235; GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2003, p. 250 ss.

⁽²⁰⁾ Difficile da condividere l'idea, secondo cui «il problema dell'estensione dell'efficacia della norma di condotta è del tutto indipendente da quello della qualificazione della fonte che lo produce» (FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 282). Nel caso del contratto collettivo, infatti, è proprio la natura negoziale di esso a comprimere il potenziale ambito di efficacia.

al risultato di estenderli *erga omnes* per una via diversa da quella indicata nell'art. 39 cost ⁽²¹⁾.

In tal modo, gli esiti dell'autonomia collettiva vengono spogliati degli abiti privatistici e, senza alcuna ingerenza del governo, le regole contrattuali vengono trasfigurate *ope legis* in altrettante norme di legge.

È inutile dire che il legislatore, dovendo garantire eguaglianza di trattamento a tutti i lavoratori di una determinata categoria professionale (in ossequio agli artt. 3 e 36 cost.), non sarebbe mai riuscito, da solo — cioè senza la contrattazione — a dettare discipline tanto numerose, articolate e dettagliate per ciascuna categoria professionale.

Non può negarsi che, sotto il profilo tecnico-giuridico, l'intervento del '59 appaia come una sorta di «semilavorato». Il legislatore non tocca la sfera organizzativa e contrattuale delle associazioni sindacali ⁽²²⁾: sposta cioè l'attenzione dai «soggetti sindacali» al «prodotto contrattuale». Così facendo, esso valorizza al massimo la concezione del contratto collettivo come legge professionale della categoria, fino a dotarlo della forza necessaria a sprigionare la sua naturale funzione paralegislativa.

In realtà, questo ora descritto costituisce il primo significativo raccordo tra il legislatore e l'autonomia collettiva — o, se si vuole, tra ordinamento statale e ordinamento sindacale — attraverso un meccanismo originale, provvisto di indubbia e rilevante razionalità. Rispetto alla quale, però, gli effetti sono inversamente proporzionali, perché vanificati dalla transitorietà del meccanismo medesimo. Quando il legislatore tenta di prorogarlo, con la legge

⁽²¹⁾ V., per tutti, SIMI, *La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*, Milano, 1962, p. 159 ss.

⁽²²⁾ Pur realizzando un implicito riconoscimento del loro peso rappresentativo: cfr. GIUGNI, *La disciplina legislativa del trattamento minimo di categoria*, in questa rivista, 1959, p. 863 ss.; PERA, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 13 e ss. e 54 ss.; GHERA, *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per la estensione dei contratti collettivi*, in questa rivista, 1963, p. 1117 ss.; M. RUSCIANO, *I minimi retributivi della l. n. 741 e l'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1966, I, p. 7 ss. Poiché già allora la prassi contrattuale si basa sulle trattative congiunte da parte dei maggiori sindacati — con il risultato dell'esistenza, di fatto, di un unico contratto nazionale per ogni categoria professionale, anche se di diritto comune — e poiché il governo non può modificare il contenuto dei contratti collettivi, almeno secondo l'interpretazione prevalsa dell'art. 5 della stessa legge, resta esclusa ogni interferenza del potere esecutivo sia nell'organizzazione dei rapporti sindacali, sia nell'azione contrattuale delle associazioni sindacali.

n. 1027 del 1960, è la Corte costituzionale a bloccare l'operatività, affermandone il contrasto con i commi 2°, 3° e 4° dell'art. 39 cost. (23): perché esso, se prorogato, da transitorio, sarebbe divenuto definitivo.

7. — A ben vedere, il legislatore del '59 non fa altro che raccogliere e utilizzare i chiari segnali, provenienti dalla giurisprudenza: la quale, già da alcuni anni, afferma l'orientamento, secondo cui, al contratto collettivo (pur se qualificato «di diritto comune»), si applicano alcune norme del codice civile, poco rilevando che esse siano costruite a misura dei contratti corporativi/fonti del diritto (artt. 1, 5, 6 e 7 delle disposizioni sulla legge in generale) (24).

Ciò contribuisce ad accentuare l'ambivalenza del ruolo dell'autonomia collettiva nel sistema del diritto del lavoro. Nessun altro risultato, infatti, potrebbe sortire l'attribuzione, al contratto collettivo (che è bizzarro continuare a qualificare) «di diritto comune», della funzione di fonte giuridica, esclusiva o di integrazione, tipica delle norme corporative. In particolare, l'applicazione dell'art. 2077 c.c. — che stabilisce l'efficacia del contratto collettivo sul contratto individuale, con la sostituzione automatica delle clausole difformi di quest'ultimo — contribuisce a spingere l'autonomia collettiva fuori dai ristretti confini del diritto privato, pur se nell'accezione del «privato-sociale», piuttosto che del «privato-individuale».

Il contratto collettivo appare sempre più come un Giano bifronte: da una parte, si atteggia, sulla falsariga del modello corporativo, a «fonte eteronoma» di disciplina categoriale dei contratti individuali; dall'altra, contiene il regolamento degli interessi, in un sistema di relazioni tra le opposte associazioni, le quali non hanno personalità giuridica, rappresentano soltanto gli aderenti, ma gestiscono il sistema stesso in tutto e per tutto. E non è certo irrilevante che, in tale sistema, comincino ad inserirsi le prime, importanti esperienze di contrattazione aziendale, sull'onda delle notevoli trasformazioni organizzative di quasi tutti i settori produttivi: indotte, a partire dalla seconda metà degli anni '50, dal boom economico-industriale (25).

(23) Cfr. Corte cost., 19 dicembre 1962, n. 106, in *Foro it.*, 1963, I, c. 17 ss., con nota di PERA.

(24) Cfr. DELL'OLIO, *Giurisprudenza di Cassazione e autonomia collettiva*, in *Dir. lav.*, 1982, I, p. 375 ss.

(25) V. GIUGNI, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderur-*

8. — In realtà, la contraddizione è solo apparente. Risolti, bene o male, dalla giurisprudenza — e, in certa misura, anche dal legislatore — i problemi formali nell'ordinamento statutale, Gino Giugni, proprio partendo dalla constatazione di questa nuova realtà, può elaborare, nella celebre monografia di Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva, la sua teoria dell'ordinamento intersindacale: una prospettiva euristica assai suggestiva, che dà un impulso decisivo non solo a comprendere la contrattazione come fonte autonoma del sistema sindacale e a dare il giusto peso alla effettività delle prassi di relazioni industriali, ma anche ad inaugurare una nuova politica contrattuale e una nuova politica del diritto, per una moderna disciplina dei rapporti di lavoro (26).

Per intuibili ragioni, è il caso ora di fare un grosso salto storico, che però non comporta alcun salto logico: anzi, consente di chiarire le vere origini dell'assetto attuale. Infatti, la normativa emanata nel 1970 — cioè la l. 20 maggio 1970, n. 300, il c.d. statuto dei diritti dei lavoratori — valorizza proprio la prospettiva dell'ordinamento intersindacale, apprestando una legislazione promozionale e di sostegno dell'autonomo sistema di relazioni industriali, creato nel tempo dai maggiori attori del sistema medesimo (le grandi storiche Confederazioni imprenditoriali e sindacali) (27), sulla base del reciproco riconoscimento «politico» di esserne i protagonisti esclusivi.

gica e mineraria (1953-1963), Milano, 1964; Id., *Critica e rovesciamento dell'assetto contrattuale*, in *Problemi del movimento sindacale in Italia (1943-1973)*, *Annali della Fondazione Feltrinelli*, Milano, 1976; ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo d'impresa*, Milano, 1963, pp. 5 ss. e 109 ss.; BARTOCCI, *Alle origini della contrattazione articolata (1960-1964)*, Roma, 1969; SCIARRA, *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Milano, 1985. Cfr. anche GIUGNI-BRANCA-GRANDI-ROMAGNOLI-FLAMMIA-LO-, *La contrattazione collettiva articolata*, Milano, 1971; RICCIARDI, *La struttura della contrattazione collettiva in Italia*, Bologna, 1981.

(26) Tanto è vero che è proprio codesta prospettiva a guidare, nel 1970, il legislatore statutario, al punto da fornire la chiave di interpretazione delle innovazioni legislative con esso introdotte. Cfr., al riguardo, le considerazioni di GHERA, *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori nella prospettiva dell'ordinamento intersindacale*, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori: tendenze e orientamenti*, Milano, 1975, p. 232 ss., e dello stesso GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 177 ss. Sul recupero del diritto come «ordinamento del sociale*», v. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 17.

(27) Non a caso il legislatore, tra i possibili criteri per un intervento eteronomo nelle relazioni industriali, sceglie quello più coerente con l'autonomia del sistema contrattuale: nel dichiarato intento di «sostenere» e «promuovere» dall'esterno, con la forza della legge, appunto gli assetti dell'ordinamento intersindacale, nel loro equilibrio auto-

Ancora una volta il legislatore offre un significativo esempio di raccordo tra ordinamento statutale e ordinamento sindacale, con importanti conseguenze sulla teoria giuridica del contratto collettivo. Lo statuto dei lavoratori — almeno a livello dei luoghi di lavoro, ma se ne può cogliere facilmente la rilevanza anche sul piano generale: della categoria e, persino, del sistema sociale nel suo complesso — mette in crisi, anzitutto, la ricostruzione privatistica della rappresentanza sindacale, che è il presupposto della concezione privatistica del contratto collettivo.

La normativa statutaria, infatti, non fa alcun riferimento al rapporto tra sindacato ed iscritti, ma dà risalto al rapporto, di stampo politico-istituzionale, tra la rappresentanza sindacale e l'insieme dei lavoratori dell'azienda (chiamato, nel gergo sindacale, la « base » dei lavoratori). Lo statuto, infatti, sgancia la rappresentanza sindacale dal conto aritmetico del numero degli iscritti a questa o a quella associazione e introduce così nell'ordinamento statutale il concetto sul quale fa perno essenzialmente proprio l'ordinamento sindacale: quello di « maggiore rappresentatività » dei soggetti collettivi. Una nozione, che non dipende tanto (o non dipende soltanto) dall'iscrizione dei lavoratori all'associazione sindacale, quanto piuttosto dall'attitudine del sindacato a farsi portatore degli interessi di una collettività più larga della cerchia degli iscritti e, alla fine, dell'intera classe lavoratrice.

Un tale riconoscimento viene dato dalla legge ai soggetti che storicamente hanno creato e gestito, come si è detto poco fa, l'ordinamento sindacale autonomo — le grandi Confederazioni —, dotate di una presenza capillare in tutte le categorie di lavoratori e che, pertanto, sono in grado di condurre una politica contrattuale unitaria, omogenea ed equilibrata, tra le associazioni che vi aderiscono.

È vero che il criterio della « maggiore rappresentatività » (cui consegue il superamento dei criteri civilistici) viene sancito, dalla legge, per l'esercizio dei diritti sindacali e non anche per l'efficacia del contratto collettivo, ma è difficile pensare che un criterio di così vasta portata, una volta entrato nell'ordinamento statutale, mutuato

no. In questo senso tale legislazione si qualifica come « di sostegno » all'azione sindacale in fabbrica, secondo la configurazione della prassi: v. GIUGNI, *Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, in *Econ. lav.*, 1967, p. 41; ID., *La legislazione promozionale dell'attività sindacale*, ivi, 1968, p. 279 ss.; MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, p. 189.

dall'ordinamento sindacale, non tendesse ad espandersi, *naturaliter*, negli interstizi dell'azione sindacale, a cominciare proprio dalla contrattazione.

Insomma, con lo statuto dei lavoratori, va delineandosi un rapporto tra organizzazione sindacale e lavoratori, che si distacca esplicitamente dallo schema associativo-privatistico, per avvicinarsi allo schema politico: fatto giuridicamente inedito per il sindacalismo democratico italiano. Perciò si dice che lo statuto segna il passaggio, appunto, dalla rappresentanza civilistica alla rappresentatività politico-istituzionale. Una trasformazione, la cui straordinaria importanza si awerte, oggi più che mai, al cospetto di masse di lavoratori c.d. flessibili o, addirittura, precari: che, per owie ragioni, non si iscrivono ad alcuna associazione sindacale, ma vogliono comunque partecipare alla determinazione delle politiche contrattuali.

A ben vedere, nonostante tutti gli attacchi, più o meno condivisibili, a questa concezione della rappresentatività — la quale, tra l'altro, secondo i suoi detrattori, agevolerebbe l'egemonia delle tradizionali Confederazioni, animate da spirito di conservazione e dominate dal burocratismo —, essa è stata, e continua ad essere, una concezione centrale nel sistema contrattuale, sulla quale si basa l'iniziativa dell'azione sindacale e la prassi che vi dà attuazione.

Ed è proprio questa essenziale rilevanza della rappresentatività sindacale che, owiamente, rende necessaria la parallela predisposizione di sempre nuovi strumenti, capaci: a) anzitutto, di garantire l'efficienza della c.d. democrazia sindacale, la cui esigenza è costituzionalizzata (sebbene il comma 3° dell'art. 39 cost. la richieda allo statuto interno del sindacato-associazione); b) in secondo luogo, di « testare » costantemente, grazie al buon funzionamento della democrazia sindacale, la medesima rappresentatività. Strumenti che garantiscano, tanto al singolo lavoratore, quanto alle organizzazioni minoritarie o dissenzianti, il diritto alla partecipazione effettiva all'attività sindacale e che consentano, inoltre, ai dirigenti e ai rappresentanti sindacali, un contatto frequente con la base, indispensabile sia per conoscerne le istanze, sia per coinvolgerla nell'azione rivendicativa. Finalizzati a tali obiettivi sono gli istituti di democrazia (diretta) sindacale, già previsti, assieme alla costituzione delle « rappresentanze sindacali aziendali » (r.s.a.), dai titoli III e IV dello statuto dei lavoratori — assemblea, referendum, affissione, permessi e contributi sindacali, ecc. —, ai quali si aggiunge il ca-

nale elettorale per l'elezione dei componenti delle c.d. rappresentanze sindacali unitarie (r.s.u.), introdotto dal Protocollo del 1993 tra Confederazioni imprenditoriali e dei lavoratori, sempre nella logica dell'ordinamento sindacale autonomo.

9. — Democrazia sindacale e misurazione costante della rappresentatività servono a mantenere in equilibrio — si potrebbe dire: nell'interesse generale — la doppia anima di qualsiasi rappresentanza degli interessi organizzati: l'anima del «movimento» e quella della «istituzione»⁽²⁸⁾.

Una doppia anima che, intuitivamente, si traduce in un utile canale di consapevole consenso alle politiche economiche e alle politiche industriali, ai vari livelli del sistema economico-sociale. Vale a dire, tanto ai livelli in cui si svolge la contrattazione collettiva (nazionale, territoriale, aziendale, decentrata), quanto ai livelli in cui, tramite la c.d. concertazione, si programmano e definiscono le politiche di governo dell'economia⁽²⁹⁾.

Ed infatti, la tendenza del contratto collettivo ad atteggiarsi a fonte del diritto prende sempre più corpo, come si è detto fin dall'inizio, con il progressivo arricchimento delle sue funzioni⁽³⁰⁾. Già a partire dalla metà degli anni '80, molte normative si caratterizzano per lo stretto intreccio tra legge e contratto collettivo.

Tra l'altro, è in questo periodo che viene particolarmente avvertita, e in certa misura anche soddisfatta, l'esigenza della c.d. delegificazione: che, manifestatasi a cavallo tra gli anni '70 e '80, esprime la necessità di alleggerire l'apparato delle regole legislative, valorizzando, a seconda dei casi, ora le fonti secondarie, ora la contratta-

(28) V. GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, cit., p. 97 ss., che al riguardo parlano «dell'equilibrio realizzabile tra spontaneità e organizzazione» come «di un equilibrio difficile, tendenzialmente instabile e precario».

(29) Al riguardo la letteratura è vastissima. Da ult., v. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003; PERULLI, *Modelli di concertazione in Italia: dallo scambio politico al dialogo sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, 1, p. 2; CARUSO, *Ascesa e crisi della concertazione «asimmetrica»*, in *Dir. lav. mercati*, 2005, p. 13; F. CARINCI, *Riparlato di concertazione*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, 1, Padova, 2005, p. 363; TREU, *La concertazione sociale*, in *Dir. lav. e mercati*, 2005, p. 29, nonché, più in generale, MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, Padova, 2006.

(30) Cfr. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, 1, p. 16, e MARIANI, *La funzione del contratto collettivo nella recente esperienza*, ivi, 1991, 1, p. 318 ss.

zione collettiva⁽³¹⁾. Nel perseguimento di siffatta finalità, questa si pone, in misura crescente, al centro degli interventi normativi in materia di lavoro: i quali, più o meno direttamente ed esplicitamente, alla stessa fanno rinvio per attuare, integrare e sostituire la disciplina di determinati istituti⁽³²⁾.

Il ruolo, ritagliato dalla legge al contratto collettivo, diventa, progressivamente, sempre più ricco e composito: alla tradizionale funzione «normativo-acquisitiva», si aggiungono nuove e diverse funzioni: da quella «di autorizzazione» a scegliere le forme flessibili di lavoro⁽³³⁾ — od anche di «regolazione» ed «integrazione» delle relative discipline legali⁽³⁴⁾ — a quella «gestionale» o «ablattiva»⁽³⁵⁾, finalizzata alla gestione di crisi e ristrutturazioni aziendali, con le inevitabili ricadute sul piano occupazionale; da quella

(31) GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Gior. dir. lav. e rel. ind.*, 1986, p. 315.

(32) Tale tendenza, per un verso, si afferma con la crisi del normativismo come strumento di intervento dello Stato nei rapporti socio-economici, rivelatosi inadeguato a cogliere la complessità della società post-industriale; per un altro verso, fa emergere un modello di regolazione alternativo, fondato sull'idea che il consenso sociale sia il criterio di legittimazione per eccellenza del diritto «legale» e identificato, da un'autorevole dottrina, col termine «diritto riflessivo». Un diritto, cioè, che ripiega su se stesso, che «descrive un nuovo tipo di *self-restraint* del diritto dello Stato», fondato non tanto su interventi diretti e rigidi, quanto piuttosto sulla predisposizione di norme che sostengano, regolandoli, utili processi di autoregolazione sociale: cfr. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, 13, p. 25, ed in séguito D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 1, p. 207 e LO FARO, *Teorie autopoietiche e diritto sindacale*, in *Lav. e dir.*, 1993, p. 129.

(33) Parla di funzione «autorizzatoria» del contratto collettivo, tra gli altri, D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, 1, p. 226 ss. Cfr. anche SARACINI, *Contratti collettivi e lavoro flessibili*, in SANTILICCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit.

(34) Basti pensare, ad esempio, alla disciplina del contratto a termine. Oggi, la riforma, realizzata dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 — attuativo della direttiva comunitaria n. 99/70/CE del 28 giugno 1999 — se da un lato ridimensiona il ruolo del contratto collettivo, in special modo con riguardo al profilo autorizzatorio, dall'altro, rinvia comunque la disciplina di alcuni significativi aspetti alla fonte negoziale. Sull'attuale disciplina del contratto a termine v., per tutti, BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Milano, 2002; SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2001, p. 361 ss.; MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 41 ss.

(35) NATULLO, *La contrattazione «gestionale»: distinzioni reali ed apparenti dal contratto «normativo»*, in SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., p. 49 ss.

di individuazione delle prestazioni indispensabili, garantite in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ai sensi della legge n. 146 del 1990⁽³⁶⁾, a quella (più recente, ma assai importante per il nostro discorso) di attuazione delle direttive comunitarie⁽³⁷⁾.

Funzioni così rilevanti e complesse non si possono spiegare con le ricostruzioni privatistiche dell'autonomia collettiva. Come potrebbe un contratto collettivo, poniamo, prevedere prestazioni indispensabili, in caso di sciopero dei servizi pubblici, o persino attuare direttive comunitarie da applicarsi ai soli aderenti alle associazioni stipulanti? Si diffonde, allora, in maniera sempre più netta, almeno la percezione del contratto collettivo/fonte.

Eppure il legislatore, se da un lato delega al sindacato l'esercizio di poteri — i cui effetti, di per sé, non possono coinvolgere la sola ristretta schiera degli iscritti —, da un altro lato, non riesce a superare l'ostacolo della presenza (infruttuosa, ma ingombrante) dei commi dell'art. 39 successivi al primo⁽³⁸⁾, lasciando alla dottrina ed alla giurisprudenza il difficile compito di ricercare soluzioni-tampone al vecchio problema dell'efficacia erga omnes del contratto collettivo.

Al riguardo, il tentativo più autorevole, e forse più dirimpente, rimane quello della Corte costituzionale: che, in diverse occasioni (sentenze nn. 344 del 1996 e 266 del 1994), ha sottolineato «la natura di fonte extra ordinem del contratto collettivo, in presenza di leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale»⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ ROMAGNOLI-BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, 1994; LOFFREDO, *Contratto collettivo e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo*, cit., p. 185 ss.; D'ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 1989, I, p. 9 ss. V. sul tema anche A. ZOPPOLI, «Disdetta» ed efficacia temporale degli accordi sui conflitti, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 443; PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, 1999.

⁽³⁷⁾ Per la ricostruzione del problema, v. DELFINO, *Il contratto collettivo e le fonti del diritto comunitario*, in SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo*, cit., p. 37 ss. e, più di recente, dello stesso a., *Flexicurity, fonti del diritto del lavoro e rapporti tra ordinamenti*, in *Dir. lav. e mercati*, 2007, n. 3, p. 485 ss. e ivi ampia bibliografia.

⁽³⁸⁾ Secondo GIUGNI «la sola efficacia che può essere riconosciuta ai commi 2° e 3° (dell'art. 39) è infatti quella impeditiva di una legislazione difforme» (*sub art. 39 cost.*, cit., p. 288). Cfr. anche MARIUCCI, *Note introduttive allo studio della contrattazione collettiva*, in questa rivista, 1982, p. 214.

⁽³⁹⁾ Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268 e 18 ottobre 1996, n. 344, rispettiva-

Certo, in siffatta ricostruzione, per tanti versi ineccepibile, si elude (e rimane irrisolta) la questione, non proprio secondaria, del «se» e del «come» accertare il fondamento democratico dell'agire sindacale: che, soprattutto nei casi, sempre più frequenti, di produzione di effetti *ultra partes*, costituisce una essenziale precondizione e, allo stesso tempo, una garanzia giuridica indispensabile: formale per l'ordinamento statuale e sostanziale per l'ordinamento sindacale.

Qui davvero soccorre l'originalità delle tecniche, inventate sul terreno dell'ordinamento sindacale, il quale in ciò manifesta tutta la sua forza e la sua autonomia: quando, ad esempio, al termine delle trattative per rinnovare un contratto, viene dalle parti stipulanti semplicemente siglata una «ipotesi di accordo», perché il contratto collettivo vero e proprio sarà firmato solo se l'ipotesi medesima verrà ratificata con un referendum, cui partecipano tutti i lavoratori della categoria, cui il contratto si riferisce.

È, questa, una prassi ben nota, che nessuno contesta (almeno per ora) e che viene seguita finanche per il contratto collettivo con funzione normativa: il quale, una volta approvato dalla maggioranza dei lavoratori, finisce con l'essere applicato, dal datore di lavoro, anche a quanti, tra costoro, al referendum non hanno votato o hanno votato contro la ratifica.

Si tratta, è vero, di una procedura convenzionale e non legale. Ciò fa, del contratto collettivo, una «fonte dell'ordinamento sindacale», ma impedisce di qualificarlo «fonte del diritto oggettivo». Tuttavia la medesima procedura, benché distante da quella prefigurata dai commi 2°, 3° e 4° dell'art. 39 cost., conduce, alla fin dei conti, allo stesso risultato. Anzi, forse lo fa con una più esplicita, ampia e diretta partecipazione democratica (visto che, ai sensi del 4° comma dell'art. 39 — sempre parlando in astratto — il contratto diventerebbe efficace erga omnes, se firmato dalla maggioranza dei

mente in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 310, e ivi, 1996, p. 691 ss., con nota di SUPPIEJ. Per la tesi che configura il contratto collettivo, oggetto del rinvio, alla stregua di fonte *extra ordinem*, v., per tutti, MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, ivi, 1980, p. 692 ss.; PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 39 ss., che distingue tra fonti *secundum legem*, nei casi di rinvio, e fonti *praeter legem*, nelle altre ipotesi. In questa prospettiva, v. pure LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1998, p. 191. Da ultimo, in chiave problematica, A. ZOPPOLI, *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro «flessibili»*, in *Scritti in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, p. 1887 ss.

componenti delle rappresentanze unitarie dei sindacati registrati: quindi, certamente con una più ristretta partecipazione democratica).

Proprio per questo, andrebbe guardata con interesse una norma legale di sostegno di una procedura del genere; norma che potrebbe evitare l'eccezione di incostituzionalità se si cominciasse a sostenere che, per logica elementare, le disposizioni dei commi dell'art. 39 successivi al primo, ormai antistoriche, si riferiscono al fenomeno sindacale soltanto «se» e «quando» si incentra prevalentemente sull'associazionismo. Esse, quindi, non precludono — grazie all'ampio principio di libertà, garantito dal comma 1° dell'art. 39 — altre forme di aggregazione sindacale: che, accanto alle classiche formule associative, seguono procedure differenti, più adatte al loro affermarsi ed al loro operare.

Ad ogni modo, una cosa è certa: quella appena ricordata non può considerarsi una procedura in linea con la vecchia concezione del contratto collettivo come atto di autonomia negoziale. Eppure è ormai la procedura che normalmente si segue, ripeto, per il contratto collettivo con funzione normativa. Tanto più il discorso vale, allora, in presenza di quell'articolazione funzionale del contratto stesso, derivante dalla legislazione dell'ultimo decennio: che, non a caso, costituisce il fattore di maggiore impulso al progressivo mutamento di pelle dell'autonomia collettiva.

10. — Questo mutamento si percepisce, in maniera compiuta, nel lavoro pubblico. È fin troppo noto che, in questo settore, l'ingresso dell'contrattazione collettiva, quale fonte diretta della disciplina dei rapporti di lavoro, segue percorsi e motivazioni abbastanza distanti dalle teorie privatistiche dell'autonomia sindacale. Il legislatore del 1993 rifiuta esplicitamente il modello di contrattazione informale, invalso nel settore del lavoro privato, e legifica un modello di contrattazione, che finisce per riplasmare a tutto campo la configurazione del contratto collettivo⁽⁴⁰⁾. La legge ne regola i soggetti, l'oggetto, i livelli, le procedure, gli effetti, gli strumenti e le tecniche di controllo. Sicché, nonostante l'obiettivo di abbas-

⁽⁴⁰⁾ Con il risultato che «all'interno di una normativa che viene ritenuta come una delle più imponenti operazioni di delegificazione, le fonti collettive sono sottoposte ad un'inversa operazione di legificazione, che non ha significativi precedenti nel diritto sindacale — così MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1996, p. 183 ss.

sare, se non addirittura di eliminare, lo steccato che separa il lavoro pubblico da quello privato, permangono sensibili differenze — almeno di diritto positivo, se non di filosofia della contrattazione — perché, nel primo, esiste un modello legale di contratto collettivo, dai tratti del tutto peculiari, che lo rendono più facilmente collocabile tra le fonti del diritto e che, comunque, non consentono di qualificarlo «di diritto comune».

a) L'efficacia erga omnes del contratto collettivo (in primis, effetto del principio di parità di trattamento, ma anche effetto naturale della rappresentanza legale, attribuita all'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche: Aran⁽⁴¹⁾); b) il meccanismo, previsto dall'art. 2, comma 2°, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in base al quale si riconosce al contratto collettivo addirittura la forza di abrogare disposizioni di legge, regolamento o statuto, «che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi [...]»⁽⁴²⁾; c) la pubblicazione dei contratti nazionali sulla *Gazzetta ufficiale* (che, sebbene non determini, di per sé, l'efficacia dell'atto, resta comunque un elemento rivelatore, visto che non esistono atti privati, che possano giovare di tale «fonte di cognizione»); d) «il ricorso per cassazione anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali» (art. 64 d.lgs. n. 165 cit.)⁽⁴³⁾: sono tutte caratteristiche parti-

⁽⁴¹⁾ Già il riconoscimento della rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni in capo all'Aran sarebbe stata, di per sé, sufficiente a risolvere alla radice il problema dell'efficacia erga omnes sul versante dei datori di lavoro pubblici. Infatti le pubbliche amministrazioni, in quanto legalmente rappresentate, sono direttamente tenute al rispetto degli obblighi assunti dal proprio rappresentante nei confronti di tutti i dipendenti, anche se non iscritti alle associazioni sindacali. Tuttavia il legislatore «con un dispiego eccessivo e sovrabbondante di mezzi e strumenti» ribadisce, attraverso diverse prescrizioni, l'efficacia dei contratti collettivi su questo versante. In tal senso v. anche MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti*, cit., p. 183 ss.; D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 29, spec. c. 38.

⁽⁴²⁾ SPEZIALE, *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in CARINCI-D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, cit., p. 257 ss.; sul punto v. anche G.U. RESCIGNO, *Legge e contratto collettivo nel pubblico impiego. L'art. 2, co. 2-bis del d.lgs. n. 29 del 1993 come modificato dal d.lgs. n. 546 del 1993*, in *Lav. e dir.*, 1994, p. 505 ss.

⁽⁴³⁾ La suprema Corte, in tal modo, è divenuta altresì giudice del contratto-fonte. L'enorme portata si coglie anche solo considerando che, nel lavoro subordinato privato, la Cassazione si è sempre rifiutata di spingersi a individuare la corretta interpretazione di una clausola collettiva, ammettendo il suo controllo soltanto nei ristretti limiti della legit-

colari, che non trovano adeguata spiegazione nelle ricostruzioni privatistiche dell'autonomia collettiva.

11. — La metamorfosi del contratto collettivo del lavoro pubblico si giova, ovviamente, della legificazione anche della rappresentanza sindacale dei lavoratori, per garantirne il sicuro fondamento democratico. Proprio in tale settore, infatti, il legislatore produce le prime (e, a tutt'oggi, uniche) norme sulla selezione degli agenti negoziali.

Sicché, al momento, quello del lavoro pubblico è l'unico esempio nel quale è pienamente visibile la saldatura tra l'azione sindacale ed il fondamento democratico della medesima. Diversamente da quanto accade nel settore privato, dunque, nel d.lgs. n. 165 la disciplina della rappresentanza sindacale appare coerente con l'attribuzione, alla contrattazione collettiva, di un vero e proprio potere normativo⁽⁴⁴⁾.

A chi osservasse che tale potere non può che scaturire dall'attuazione dell'art. 39, si potrebbe replicare: *a*) anzitutto, che la contrattazione collettiva delle amministrazioni pubbliche, data l'assoluta novità del fenomeno, fuoriesce dal campo di applicazione dei commi 2°, 3° e 4° dell'art. 39 per rientrare, se mai, come si vedrà fra un momento, in quello dell'art. 97, comma 1°, cost.; *b*) in secondo luogo che, con l'emanazione di quella contenuta nel d.lgs. n. 165, si è in presenza — per la prima volta, a più di mezzo secolo dall'avvento della Costituzione — di una normativa che, pur non attuando, in modo preciso e rigoroso, i commi citati, ad essi puntualmente si ispira. Nel senso di rispettare i requisiti essenziali della rappresentanza sindacale, in vista dell'efficacia generale del contratto collettivo: democrazia sindacale e valutazione dell'effettiva rappresentatività dell'agente negoziale. Sono, questi, i fondamentali nuclei normativi del dettato costituzionale, ma sono anche i

timità del procedimento ermeneutico seguito dal giudice di merito ex artt. 1362 ss. c.c., ossia qualificando il suo sindacato pur sempre come di legittimità, sia pure in relazione all'osservanza delle regole legali di interpretazione del contratto (di diritto comune). Sul punto v. le osservazioni di PANARIELLO-GIUGLIANO-AMIRANTE, sub Art. 68, in CORPACI-M. RUSCIANO -L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 1441 ss., e di BRIGUGLIO, *La Casazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite alla giurisdizione ordinaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 1027 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo nel lavoro pubblico*, in *Scritti in memoria di D'Antona*, Milano, 2004.

punti di forza della prassi sindacale: entrati per questa via, e per la prima volta, nell'ordinamento italiano⁽⁴⁵⁾.

Se questo è vero, si può allora affermare che la disciplina della contrattazione collettiva dell'impiego pubblico costituisce un nuovo esempio di raccordo legislativo tra ordinamento statale e ordinamento sindacale: perché, alla fin dei conti, in essa si ritrova la trasfigurazione legislativa delle dinamiche contrattuali, create dalle parti sociali.

Pensare, dunque, di estendere, *mutatis mutandis*, anche al settore privato il modello di contrattazione del pubblico impiego, non pare un'idea campata in aria: sulla quale è auspicabile che i giuslavoristi, aiutati dai teorici del diritto, facciano una proficua riflessione⁽⁴⁶⁾.

Certo, nell'impiego pubblico, la legificazione viene facilitata da due fattori importanti, che non si riscontrano, almeno nell'identica entità e natura, nel settore del lavoro privato.

a) Il primo è costituito dal vincolo dell'interesse generale (costituzionalizzato nell'art. 97 cost.), che deve guidare l'azione amministrativa. La « imparzialità » e il « buon andamento » delle pubbliche amministrazioni, limitando l'autonomia negoziale del datore di lavoro pubblico, finiscono con il ripercuotersi sulla stessa contrattazione collettiva⁽⁴⁷⁾.

E, del resto, non si deve dimenticare, a questo proposito — per quel che può valere — la genesi storica del riconoscimento, a tutto

⁽⁴⁵⁾ In tal senso ancora L. ZOPPOLI, *Nuove regole per i sindacati del lavoro pubblico: un « rammento » o un nuovo modello?*, in *Ind. e sind.*, 1997, p. 7; ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., p. 303. Nella stessa direzione, anche se più cauto, sembra muoversi CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel d.lgs. 396/1997*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1317.

⁽⁴⁶⁾ Quanto sin qui detto induce a guardare con qualche perplessità la ricostruzione civilistica del contratto e della contrattazione nel lavoro pubblico: su cui v. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la seconda privatizzazione*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 621; Corte cost., 14 ottobre 1997, n. 309, in *Lav. p.a.*, 1998, p. 140, con nota critica di BARBIERI, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*; per altre riflessioni, anche in chiave critica, sulle argomentazioni della Corte, v. LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 215 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. già M. RUSCIANO, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel « nuovo » pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 97 ss. Cfr. le osservazioni in senso critico di BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, 1997, p. 144.

campo, della contrattazione, nel vigente ordinamento dell'impiego pubblico: nel 1992-93 la partecipazione sindacale all'urgente risanamento dell'economia — di cui è figlio quel riconoscimento, nella legge delega n. 421 del 1992 e nel decreto delegato n. 29 del 1993⁽⁴⁸⁾ — serve a razionalizzare il costo del lavoro pubblico ed a puntellare le molteplici carenze istituzionali ed organizzative delle amministrazioni pubbliche, con il consenso «contrattualizzato» delle rappresentanze dei dipendenti, aderenti alle grandi Confederazioni sindacali.

b) Il secondo fattore, che determina la legificazione della contrattazione nel pubblico impiego, è strettamente legato al primo e consiste nella sicura legittimità della previsione sulla «rappresentanza legale» delle pubbliche amministrazioni (attribuita all'Arar): che risolve, come suol dirsi, «a monte» il problema della non applicazione del contratto collettivo, causata dalla mancata affiliazione del datore di lavoro di un certo settore produttivo alla associazione imprenditoriale contraente. Le pubbliche amministrazioni sono tenute, per legge, ad applicare ai propri dipendenti «trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi» (art. 45, comma 2°, d.lgs. n. 165).

Una norma simile, a prima vista, non pare trasferibile nel settore privato, in quanto non compatibile con il 1° comma dell'art. 39 cost. sulla libertà sindacale. Beninteso, sempre che si ritenga che tale libertà sia garantita anche all'imprenditore, in termini identici e dalla stessa norma che la garantisce ai lavoratori; e non si ritenga, piuttosto, che la libertà associativa degli imprenditori sia specifica espressione dell'iniziativa e dell'attività imprenditoriale, garantite dal 1° comma dell'art. 41 cost. e, quindi, soggette alle limitazioni dei successivi commi 2° e 3°. I quali prevedono che la medesima attività non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana» e che la legge possa determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Sul carattere di «legge contrattata» della riforma, v. già M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1996, p. 245 ss.

⁽⁴⁹⁾ Sulla dottrina della libertà sindacale unilaterale, GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit.; G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, in questa rivista, 1976, p. 170; BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998. *Contra*, GHEZZI-

Non è questa la sede per addentrarsi in un discorso così complicato (peraltro de iure condendo), ma è evidente che, dopo sessant'anni di stallo legislativo e nella certezza che non verrà mai emanata una legge sindacale, che attui puntualmente lo schema programmato nell'art. 39 cost., su qualche ipotesi del genere i giuristi sono chiamati a cimentarsi: se non altro per ridurre quella forza, sprigionata dalle disposizioni non attuate di tale norma costituzionale, che paralizza ogni progetto legislativo, volto ad affermare l'efficacia generale del contratto collettivo.

12. — L'innovazione della disciplina, riguardante la posizione del contratto collettivo (del settore privato e del settore pubblico) nel processo, aggiunge ora una tessera importante a quel mosaico, di cui si parlava all'inizio. Anche la disciplina processuale, infatti, va vista come un raccordo indispensabile tra ordinamento statale e ordinamento sindacale: nella misura in cui consente al giudice di legittimità di esercitare il compito nomofilattico degli orientamenti dei giudici di merito, quando questi ultimi, attraverso l'interpretazione, trasferiscono nell'ordinamento generale le autonome determinazioni dell'ordinamento sindacale⁽⁵⁰⁾.

Owamente si aprono, a questo punto, problemi di grande rilievo: perché, se la funzione di raccordo tra ordinamenti è affidata soprattutto ai giudici⁽⁵¹⁾ — e non potrebbe essere diversamente — tali problemi si trasferiscono dalla natura della fonte (norma o contratto) al tipo di interpretazione (della legge o del contratto). E siccome il contratto collettivo, oggi come oggi — per i molteplici contenuti, per la diversità dei meccanismi giuridici, circa efficacia soggettiva e inderogabilità, e per i vincoli costituzionali — pare trovarsi a metà del guado, il problema è che ciascun tipo di interpretazione presenta le sue controindicazioni⁽⁵²⁾.

ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, cit. Da ultimo, A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, 2006, p. 132 ss.

⁽⁵⁰⁾ GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit. Da ultimo, G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto sindacale*, Roma-Bari, 2007, p. 118 ss. ed ivi altri riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁽⁵¹⁾ Sul ruolo del giudice nei diversi ordinamenti occorre riflettere di più, anche per contribuire ad una maggiore omogeneità degli ordinamenti dei paesi europei. Cfr. gli utili spunti, anche in chiave storica, di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

⁽⁵²⁾ Cfr. PERSIANI, *Esiste ancora un'interpretazione del contratto collettivo?*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 825; GARGIULO, *Il contratto collettivo nella giurisprudenza: le tec-*

È vero che, persino nel regime corporativo, al contratto collettivo/fonte si applicavano i canoni interpretativi dei contratti, ma è altrettanto vero che non si possono neppure lontanamente comparare i contenuti di un contratto collettivo attuale con quelli di un contratto collettivo di quell'epoca. Tanto per fare un esempio: in che misura sono adatti i canoni interpretativi degli artt. 1362 ss. c.c. ai contratti collettivi c.d. gestionali?⁽⁵³⁾

Per altro verso, è pure difficile pensare che possano essere adatti, ai vari tipi di contratto collettivo, i canoni di interpretazione della legge, contemplati dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale (significato delle parole; intenzione del legislatore; analogia legis e analogia iuris).

Ad ogni modo, sia l'uno, sia l'altro tipo di interpretazione presentano il rilevante inconveniente di mettere il giudice nella condizione di costituire, con la sua discrezionalità interpretativa, anziché un raccordo tra ordinamento statale e ordinamento sindacale, un fattore di indebita interferenza nell'equilibrio del sistema delle relazioni industriali, non compatibile con la libertà e l'autonomia dei sindacati, come concepite dalla Carta costituzionale.

A ben riflettere, una interessante via d'uscita, in materia, è proprio quella predisposta dal legislatore, con l'art. 64 d.lgs. n. 165 per il pubblico impiego: che prevede l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, la validità e l'interpretazione del contratto collettivo del lavoro pubblico⁽⁵⁴⁾, su cui si tornerà più avanti. Il modello appare abbastanza equilibrato e rispettoso dell'autonomia collettiva: alle sue potenzialità di estensione al settore privato occorrerebbe forse porre maggiore attenzione.

13. — In realtà, la questione del ruolo del giudice e della crescente centralità della fase processuale è più generale e di fondo e, come tutte le questioni di rilievo, non è puramente teorica. Gli

niche interpretative, in SANTUCCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., p. 127 ss.

⁽⁵³⁾ GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000; ID., *Interpretazione dei contratti collettivi, pretesa inapplicabilità degli artt. 1362 e ss. c.c. e rinvio al «diritto vivente»*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1253; CATAUDELLA, *Interpretazione del contratto individuale e interpretazione del contratto collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 3, p. 685 ss.

⁽⁵⁴⁾ SU cui M. RUSCIANO, *Giudice ordinario e relazioni sindacali*, in *Lav. p.a.*, 2000, p. 471 ss.

spunti problematici, che dalle norme sul processo investono la natura del contratto collettivo sono offerti: a) dall'onere processuale di allegazione e prova del contratto collettivo; b) dai poteri di rilievo officioso del giudice; c) dai criteri di interpretazione⁽⁵⁵⁾. Sul punto, la Corte di cassazione ha sempre sostenuto la natura contrattuale dei contratti collettivi (tanto del lavoro pubblico, quanto del lavoro privato), ribadendo la non applicazione, alle clausole di essi, del principio *iura novit curia*⁽⁵⁶⁾ e la interpretazione secondo i criteri fissati dagli artt. 1362 ss. c.c.

Tuttavia, al di là delle affermazioni di principio, il discorso va condotto riflettendo, nel dettaglio, sugli aspetti tecnico-giuridici di carattere processuale: che qui è possibile soltanto elencare nelle linee generali, senza alcuna pretesa di completezza.

Il punto di partenza di un simile discorso non può che essere la diversificazione del settore pubblico dal privato, giacché la «contrattualizzazione» dei rapporti di lavoro pubblico ha lasciato inalterata una cospicua dose di «specialità», proprio con riguardo al regime giuridico differenziato dei contratti collettivi⁽⁵⁷⁾.

13.1. — a) Nel settore pubblico, con il combinato disposto degli artt. 40 e 45 d.lgs. n. 165 del 2001 si attribuisce al contratto collettivo la produzione di norme: che, al pari di quelle derivanti dalle fonti-atto, sono «generali» e «astratte», oltre che «innovative» dell'ordinamento statale. Per tali norme, poi, è predisposto anche uno strumento di conoscibilità legale, perché «i contratti e accordi collettivi nazionali [...] sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (art. 47, comma 8°, d.lgs. n. 165 del 2001).

b) La generalità dell'efficacia — per cui, rispetto al contratto collettivo, non ci sono «terzi» tra i lavoratori del comparto di rife-

⁽⁵⁵⁾ Tralasciando la tematica dei vizi dell'atto e dei criteri per la risoluzione delle antinomie, su cui, come anche sugli altri aspetti della riforma del giudizio di Cassazione, v. l'ampia dottrina processualciviltistica: IANNIRUBERTO-MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Milano, 2007; (Silvia) RUSCIANO, *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 40/2006. La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in *Corr. giur.*, 2007, n. 2, p. 279.

⁽⁵⁶⁾ V., tuttavia, il rilievo di ROSELLI, *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in IANNIRUBERTO-MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, cit., p. 482.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Corte cost., n. 309 del 1997, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3484 e in *Dir. eprat. lav.*, 1997, p. 3159; Corte cost., n. 199 del 2003, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 800, con nota di BARBIERI.

ramento — è il chiaro riflesso della «oggettività» dell'ordinamento di settore, prefigurato dall'autonomia sindacale.

c) Lo stesso procedimento di «interpretazione autentica» — grazie al quale la clausola contrattuale viene sostituita sin dall'inizio della vigenza del contratto (art. 49 d.lgs. n. 165) — vincola l'accertamento del giudice (art. 64 d.lgs. n. 165). E lo fa secondo un meccanismo, che assomiglia assai più all'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica, che a quella (peraltro molto discussa) del negozio di accertamento⁽⁵⁸⁾.

d) Da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico, l'art. 2, comma 3°, d.lgs. n. 165 — che rimette al contratto collettivo la disciplina dei rapporti individuali di lavoro — è una norma sulla produzione giuridica, contenente un rinvio «mobile» alle norme collettive, presenti e future, poste in essere da soggetti a tanto abilitati dalla legge e con i procedimenti da essa previsti.

Le norme contrattuali, dunque, non forniscono il contenuto normativo ad una disposizione «in bianco» — che determina il sorgere di corrispondenti norme del diritto oggettivo (meccanismo, questo, adottato dalla l. n. 741 del 1959, prima ricordata) — ma compongono esse stesse l'ordinamento, perché la norma rinviante, quale norma sulle fonti, attribuisce ad esse la forza della produzione giuridica. In sostanza, si è in presenza di una fonte di derivazione extrastatuale, che l'ordinamento generale assume al suo interno, imprimendole il carattere della imperatività e della autorità (si pensi, per un caso simile, alle norme immesse in forza dell'ordine di esecuzione di un trattato internazionale).

Certo, si tratta di un modello diverso da quello prefigurato dall'art. 39 cost., ma ciò non sembra costituire un ostacolo insuperabile, dal momento che solo il catalogo delle fonti primarie costituisce un *numerus clausus*⁽⁵⁹⁾.

(58) Su cui cfr. LECCESE, *Transazioni collettive e disposizione dei diritti del lavoratore*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1991, p. 283 ss.; BOLLANI, *L'interpretazione del contratto collettivo alla luce della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 430 ss.; MARESCA, *Appunti per uno studio sull'interpretazione («autentica» del contratto collettivo pubblico*, in *L'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, a cura di FLAMMIA, Roma, 1999, p. 162; AMOROSO, *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, 2004, n. 1, p. 10 e ss.; NOGLER, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento pregiudiziale*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2000, p. 8 ss.

(59) Come è stato osservato, il sistema delle fonti è chiuso a livello delle fonti costituzionali e primarie ed è aperto a livello di fonti secondarie: v. AMOROSO, *Il contratto*

Differente, com'è noto, è l'impostazione della suprema Corte. Essa sostiene che, per quanto l'art. 64 d.lgs. n. 165 del 2001, nel procedimento speciale di accertamento pregiudiziale ivi disciplinato, attribuisca alla Corte di cassazione un potere-dovere di interpretare direttamente i contratti o accordi collettivi nazionali dei pubblici dipendenti; e per quanto l'art. 63 dello stesso decreto stabilisca che, nelle controversie dei dipendenti pubblici, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi nazionali, di cui all'art. 40 del medesimo decreto, ciò non è ricollegabile alla natura delle clausole da interpretare, in quanto a tali disposizioni contrattuali non è possibile riconoscere forza e valore di norme giuridiche secondarie, trattandosi di disposizioni che trovano la loro fonte nella volontà delle parti collettive che le stipulano⁽⁶⁰⁾.

e) Se questo è il piano teorico, non può tuttavia sfuggire che la lettura in controtela della giurisprudenza più recente lasci emergere più di uno scostamento da esso. Quanto all'onere di allegazione, talvolta si avverte che, nell'interpretazione delle clausole collettive, la Corte non può essere condizionata dal comportamento delle parti, che abbiano riprodotto, in tutto o in parte, le clausole da interpretare, potendo ricercarle aliunde, al pari di tutte le altre norme contrattuali, ritenute utili alla interpretazione, nei limiti del fascicolo processuale nella sua interezza e, dunque, dei documenti prodotti dinanzi al giudice di merito o dallo stesso acquisiti⁽⁶¹⁾.

In tal modo, la Corte consapevolmente deroga al tradizionale principio, secondo cui, qualora in sede di giudizio di legittimità vengano denunciati vizi della sentenza impugnata, relativi all'interpretazione di clausole della contrattazione collettiva, il ricorrente ha l'onere, in forza del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di riportarne il contenuto, a pena di inammissibilità del ricorso⁽⁶²⁾.

collettivo nel sistema delle fonti del diritto del lavoro, in IANNIRUBERTO-MORCAVALLO, cit., p. 515 ss.; L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., p. 238.

(60) Cass., 5 maggio 2005, n. 9342, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1012; cfr. Consiglio Stato, sez. II, 21 maggio 2003, n. 206, ivi, 2004, I, p. 1850, che ne fa discendere anche l'applicazione dei vizi propri dell'atto privatistico.

(61) Cass., 5 maggio 2005, n. 9342, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1012.

(62) Tra le tante, cfr. Cass., 2 aprile 2002, n. 4678, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, pp. 1987-2002.

f) In un altro precedente, la Corte⁽⁶³⁾ estende il principio *iura novit curia* anche ai contratti collettivi nazionali dei dipendenti pubblici, equiparati alle norme giuridiche sotto il profilo del potere, che essa ha, di prenderne cognizione diretta e di determinarne l'effettivo contenuto, senza il tramite dell'accertamento di fatto, riservato al giudice di merito, come farebbe per qualsiasi atto di natura normativa. Ferma restando la natura giuridica di fonti negoziali, da interpretare secondo le regole di ermeneutica dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., la Corte potrebbe enunciare direttamente il significato del patto collettivo, avendo al riguardo gli stessi poteri del giudice del merito⁽⁶⁴⁾.

g) Senza dubbio il discorso è assai complesso ed apre problemi di diritto processuale, che fuoriescono dall'economia di questo saggio e richiedono ben altre competenze. È certo però che la tendenziale natura di fonte del diritto, che si comincia a riconoscere al contratto collettivo, suggerisce di ripensare l'apparato strumentale (tecnico-concettuale), tradizionalmente utilizzato nel processo.

A tal fine, è bene prendere le mosse dalla *ratio* dell'inclusione del contratto collettivo tra i parametri del giudizio di legittimità. *Ratio* costituita dall'esigenza di evitare la formazione del giudicato, in relazione ad interpretazioni dei contratti collettivi di segno opposto, ma tutte confermate dalla Corte suprema. Tale eventualità, assolutamente fisiologica nell'ambito del controllo ordinario di legittimità sull'interpretazione del contratto di diritto comune, è decisamente inadeguata al rilievo generale del contratto collettivo ed alle finalità deflative perseguite dall'istituto: perché il contratto di diritto comune, **qualé** accadimento di fatto, è affidato esclusivamente alla fase del merito — controllabile nel giudizio di legittimità solo sotto il profilo della violazione degli artt. 1362 ss. cod. civ. o per vizio della motivazione — sì da non consentire neppure la configurazione di un contrasto di giurisprudenza in senso tecnico, in seno all'organo giurisdizionale di legittimità.

Coerentemente a tale esigenza, la Cassazione, investita della falsa applicazione o violazione del contratto collettivo, non dovrà

⁽⁶³⁾ Cass., 12 febbraio 2005, n. 3072, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, p. 207.

⁽⁶⁴⁾ Invero, entrambe le pronunce sono coeve a orientamenti più prudenti e aderenti alle tradizionali caratteristiche del controllo di legittimità sull'interpretazione del contratto collettivo del lavoro privato, quali Cass., 18 aprile 2005, n. 7932, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 111, con nota di MAINARDI.

richiedere che sia riproposto, nel corpo del ricorso, il testo intero delle clausole contrattuali e neppure dovrà ritenersi vincolata al segmento di testo, di cui si tratta, potendo leggerlo di propria iniziativa nella sua interezza (anche sulla base del comma 8° dell'art. 47 del d.lgs. n. 165). In particolare, non potrà essere impedito al giudice di articolare il suo convincimento sulla scorta di clausole e proposizioni non allegate.

Uno spunto in tal senso è offerto anche dalla lettura dell'art. 2, comma 3°, d.lgs. n. 165, da cui si evince che il giudice, per applicare la legge, deve conoscere necessariamente d'ufficio se la norma di legge è stata derogata dal contratto: perché, per la parte derogata, non è ulteriormente applicabile. La Corte ha cognizione diretta della fonte, non per il tramite dell'accertamento di fatto del giudice di merito.

h) I criteri di interpretazione (ove pure si ritenesse di applicare quelli negoziali) dovranno essere di tipo oggettivo: tenuto conto che, al pari della legge, il contratto collettivo non si rivolge soltanto alle parti e, quindi, il testo della dichiarazione non può avere un valore subordinato rispetto all'intenzione, ma deve avere un valore con essa coordinato.

Tale assunto risponde anche alla anzidetta finalità deflativa e tiene conto, del resto, dell'inesistenza, nella fase di legittimità, di incidenti istruttori per l'accertamento della comune intenzione delle parti.

Al contrario, il ricorso alla analogia *legis et iuris* (oltre che di fatto impedito dalla settorialità della materia) probabilmente finirebbe per confliggere con il principio dell'autonomia collettiva: le lacune del testo, quindi, potranno essere colmate solo ove consentito dall'interpretazione estensiva delle clausole contrattuali.

13.2. — Nel settore privato, se è vero che non esistono meccanismi legali (ma al più, come si è detto, giurisdizionali), che assicurano la «generalità» della norma collettiva, è però vero che il nuovo testo dell'art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c. (introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006), nell'estendere la denunciabilità in Cassazione della violazione o falsa applicazione delle norme dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro — generalizzando il sindacato della Corte sugli atti di autonomia collettiva di livello nazionale — ha fornito nuovi argomenti, magari non in grado di consentire un definitivo inquadramento del contratto collettivo tra le fonti del diritto, ma

che certamente spingono, almeno, verso il superamento della natura «di diritto comune» del contratto medesimo⁽⁶⁵⁾.

È sin troppo noto che la ricorribilità per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto assegna alla suprema Corte una funzione di garanzia oggettiva (art. 3 cost.), consistente nell'assicurare l'unità del diritto oggettivo, l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge (art. 65 ord. giud.).

Il controllo sull'interpretazione di norme extrastatali, come quelle collettive, allora, si spiega con la circostanza che sono anch'esse provviste di un elevato grado di generalità; e, pertanto, di una altrettanta elevata funzione di conformazione delle situazioni giuridiche soggettive. Ne consegue che, pur non potendosi, ad esse, riconoscere tout court la qualificazione di fonti del diritto oggettivo (in quanto, a stretto rigore, ancora non dotate di una esplicita efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie dalle associazioni sindacali rappresentate), le stesse non possono essere confuse con gli aspetti fattuali del giudizio, ovvero non possono ritenersi dedotti nel giudizio di legittimità come «meri fatti»; se non altro perché, quando sottoposti al vaglio della Corte, essi si atteggiavano, quanto meno, a «fatti di produzione normativa». Diversamente, non si comprenderebbe l'ampliamento del controllo di legittimità ad un'area del merito, ulteriore rispetto alle «contaminazioni», già previste dall'art. 384 c.p.c.

In definitiva, se si vuole assicurare la stabilità dell'ordinamento lavoristico, per il tramite dell'intervento nomofilattico della Cassazione, anche nel settore privato, occorrono regole ad hoc, che stabiliscano la ricerca, l'individuazione delle norme e l'interpretazione del contratto, più o meno negli stessi termini sopra ricordati per i contratti del settore pubblico. Anche qui, in particolare, la Corte deve ritenersi non vincolata al segmento contrattuale allegato, potendo ricostruire la questione alla stregua dell'intero ordinamento di settore.

L'impostazione non è contraddetta, ma anzi confermata, dall'onere di produrre il testo negoziale prescritto, a pena di improcedibilità (art. 369-bis, n. 4, c.p.c.). La previsione intende, con tutta evidenza, risolvere il problema della mancanza di una fonte di cogni-

⁽⁶⁵⁾ *Contra* VALLEBONA, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Scritti*, cit., p. 1808. Sul punto, inoltre, G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto sindacale*, cit., p. 123 ss. e ivi altra bibliografia.

zione (prevista, invece, nel settore pubblico), sul presupposto che non esista un onere della prova del contratto collettivo; altrimenti, sarebbe stato coerente farne discendere una pronuncia di rigetto nel merito (per non essere le deduzioni, articolate in ricorso, suffragate dalla documentazione esibita), piuttosto che di improcedibilità.

Mantenendo ferma la concezione del contratto di diritto comune, inoltre, la Corte non potrebbe riunire ricorsi, esperiti sulla medesima questione, ma impostati in altro modo: con il richiamo, cioè, a differenti clausole contrattuali. Neppure potrebbe richiamare una propria giurisprudenza, fondata sulla lettura di altre clausole, non allegate nel successivo giudizio.

Conclusivamente, può dirsi che, anche sul piano processuale, non mancano indizi, che, tecnicamente, avvicinano il regime del contratto collettivo a quello della fonte giuridica. Sono solo «frammenti», è vero. Essi forse non riescono a comporre in tutto e per tutto il mosaico di questo nuovo regime, ma valgono quanto meno a palesare paradossi e aporie del regime precedente. E, ciò facendo, inevitabilmente prospettano una nuova configurazione giuridica del contratto collettivo.

Rispetto alla qualificazione di fonte giuridica del contratto collettivo, è soprattutto il giudice, al momento, a fare da cerniera tra l'ordinamento generale dello Stato e l'ordinamento particolare, prodotto dalle parti sociali. È inutile dire che la certezza del diritto trarrebbe grande vantaggio da un esplicito intervento del legislatore intorno all'efficacia del contratto collettivo e al funzionamento della rappresentanza sindacale. Un intervento leggero, che potrebbe giovare delle intese preventive tra le stesse parti sociali: le quali, proprio in questo periodo, stanno discutendo la revisione complessiva del modello di contrattazione collettiva⁽⁶⁶⁾. A distanza di circa quaranta anni dallo Statuto dei lavoratori, avremmo così — finalmente — un nuovo importante raccordo legislativo tra ordinamento statale e ordinamento sindacale.

⁽⁶⁶⁾ Su cui v. G. FERRARO, *La riforma del sistema contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 31 ss.