

CONTRATTO COLLETTIVO DI PROSSIMITÀ E SUA DECLINAZIONE
TRA LE FONTI DEL DIRITTO¹

LARA LAZZERONI **

Sommario

Premessa. – 1. Il contratto di prossimità al cospetto degli articoli 70 e seguenti della Costituzione. – 2. Il dimensionamento del contratto di prossimità fra le fonti del diritto. – 3. Equilibrismi ed incertezze regolative. – 4. Le dinamiche in atto nel cono d'ombra della Costituzione.

Abstract

The essay proposes a reflection on systematization, among sources of law, of the so-called collective bargaining agreements of "proximity", i.e. collective bargaining agreements entered into by companies or territorial bodies, that are allowed – by virtue of Art. 8, d.l. 138/2011, converted in law no. 148/2011 – to derogate in pejus many labor laws with erga omnes effect. Unexpectedly, the ten years use of Art. 8 leads the A. to develop an analysis about the limits that are being encountered (pursuant to Art. 70 and following of the Constitution) in conferring to a third subject a regulatory function, which can be held equivalent to the one of the law: an analysis about Art. 8 like a "legal rule" for a "law making process". The reflection moves from the diversity of the regulatory models developed until 2011 (e.g. the 1959 Vigorelli law; the public labour reform law of '93; or the delegification regulations in general) in the attempt to highlight the anomalies of Art. 8 and, therefore, the anomalies of proximity contract. Such peculiarities entail in particular that the rule in question does not belong to so-called "fonti-atto" but still possesses its characteristics (such as the ability to innovate objective law and its resistance to repeal). At the same time, it should be excluded from the so-called "fonti-fatto", in light of the general interests that it is called upon to pursue.

Suggerimento di citazione

L. LAZZERONI, *Contratto collettivo di prossimità e sua declinazione tra le fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

¹ Il presente contributo è destinato ad un volume curato da L. Gaeta e P. Passaniti, *Il sistema sindacale italiano. Un omaggio senese a Bruno Fiorai*, per la Collana Studi «Pietro Rossi», Esi, Napoli, 2021.

** Professoressa associata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Siena.
Contatto: lara.lazzeroni@unisi.it

Premessa

Dieci anni or sono il Governo varava l'art. 8 del d.l. 138/2011 (c.d. "Manovra di Ferragosto", nel prosieguo anche solo "art. 8") poi convertito in l. n. 148/2011, in tema di contratti collettivi c.d. "di prossimità", dunque contrattazione sindacale di livello territoriale o aziendale. Si tratta, come noto, di contratti collettivi che, laddove diretti a perseguire determinati interessi o finalità¹ e laddove sottoscritti da specifici soggetti sindacali², sono in grado, per espressa previsione normativa, di derogare *in pejus*, con efficacia generalizzata, ai trattamenti previsti dalla legge e dal contratto collettivo nazionale riguardanti svariati ambiti e materie espressamente indicati dalla norma³. La previsione ha dato vita ad un dibattito accademico e sindacale così ampio da non poter essere ripercorso; un dibattito sopito nel tempo dal sopraggiungere di altre rilevanti novità regolative. L'art. 8, tuttavia, a dispetto delle molte previsioni funeste, non è mai approdato alla Corte costituzionale per un giudizio in rapporto all'art. 39 Cost.⁴ che, come altrettanto noto, nella parte inattuata, traccia una diversa via per il conferimento di efficacia generalizzata ai contratti collettivi⁵.

¹ Tali intese devono essere «finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività».

² I contratti devono essere sottoscritti «da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale», oppure, nel caso di contrattazione aziendale, anche «dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda»; in quest'ultimo caso adottando sostanzialmente i criteri previsti dall'accordo sindacale del 28 giugno 2011, peraltro richiamato dall'art. 8, che prevede l'approvazione ad opera della maggioranza delle componenti la RSU, oppure, in caso di RSA, della maggioranza di quelle, costituite nell'ambito di associazioni sindacali destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali, e poi avallati da un referendum che preveda la partecipazione del 50% più uno dei lavoratori interessati e l'approvazione a maggioranza semplice dei votanti.

³ Più esattamente istituti o materie attinenti «a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alla modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro (...), alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro [ad eccezione dei licenziamenti riconducibili alle fattispecie sanzionate da nullità]».

⁴ C. cost. n. 221/2012 è stata infatti chiamata ad esprimersi in rapporto all'art. 117 Cost., a cui *adde* una richiesta di pronuncia nei riguardi dell'art. 39 Cost. che, tuttavia, la Corte ha sapientemente declinato, affermando che una «eventuale violazione dell'art. 39 (quarto comma) Cost. (...) non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite», dando ad intendere l'insidiosità del tema e la non piana declinazione della questione, in rapporto alla funzione esplicita dalla contrattazione aziendale.

⁵ Per dare opportunamente conto delle posizioni della dottrina che ritengono di escludere o al contrario sostenere la riconduzione della contrattazione di livello aziendale al modello ipotizzato dai Costituenti con l'art. 39 Cost., si rinvia a L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. Cap. I.

Il bilancio, a dieci anni dall'ingresso di tale articolo, è quello che riconosce il largo impiego del contratto collettivo di prossimità tra i processi negoziali delle imprese. I dati descrivono una concreta assimilazione di tale tipologia contrattuale all'interno dei più disparati settori produttivi imponendo di riflettere, più sistematicamente di quanto inizialmente fatto, sul posizionamento di tale norma nel panorama delle fonti del diritto.

1. Il contratto di prossimità al cospetto degli articoli 70 e seguenti della Costituzione

La questione relativa all'inquadramento del contratto di prossimità tra le fonti implica un *focus* sulle norme costituzionali coinvolte e dunque non solo sull'art. 39, che riconduce ai sindacati il potere di regolare i diritti dei lavoratori con "contratto collettivo", ma anche sugli artt. 70 ss. Cost., conferenti il potere legislativo in capo a Parlamento e Governo; e ciò in ragione del fatto che l'art. 8 è, dal canto suo, una previsione normativa che legittima un terzo alla deroga di se stessa, con conferimento di efficacia, peraltro pari alla legge medesima, nei riguardi delle intese collettive a cui viene demandato il potere regolativo derogatorio.

Tale notazione porta a riflettere sui *limiti* che la Costituzione detta a carico della legge (*ex artt. 70 ss.*) nello stabilire da quale fonte poter essere modificata. Il legislatore non è, infatti, pienamente libero nell'esercizio del potere, che invero costituisce prerogativa della Costituzione, di conferire ad un *qualunque* soggetto *terzo* una funzione normativa, con forza equiparata alla legge stessa, e da esercitare, in luogo o in deroga agli atti da sé medesimo prodotti⁶. Il che è ancor più vero in presenza di un art. 39 Cost. che comunque stabilisce chi debba essere il soggetto titolato all'utilizzo dello specifico strumento regolativo che è il contratto collettivo.

Tale questione riflette, almeno nelle linee di fondo, quanto fu detto in ordine, dapprima, alla legge delega Vigorelli (l. n. 741/1959) e, successivamente, agli artt. 72 e 2, comma 2-*bis* (qui solo 2-*bis*), d. lgs. 29/1993.

A riguardo della legge Vigorelli, c'è chi affrontò esattamente la questione di una possibile violazione degli artt. 70 ss. Cost. in rapporto ad una delle due possibili proposte legislative utili al conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi. Rilevando la legittimità formale di recepire in decreti delegati i contenuti dei contratti collettivi – trattandosi, nella sostanza, di far propri i

⁶ Tali presupposti sono stati ampiamente accreditati dalla dottrina giuspubblicista: V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, III, 1965, p. 181, nt. 14; A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, VI, 1991, p. 425; F. SORRENTINO, G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, ivi, IX, 1994, p. 104; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1993, p. 5.

contenuti del contratto collettivo ma consentendo all'atto normativo di esprimere comunque pienamente la volontà dello Stato – Del Giudice avanzava invece perplessità in ordine al secondo meccanismo all'epoca ipotizzato, e diretto a conferire, dall'esterno, efficacia vincolante agli accordi collettivi stipulati dai sindacati: così «degradando la funzione legislativa al dovere di rivestire dell'autorità e dell'efficacia della legge norme elaborate dai privati ed a richiesta dei privati medesimi»⁷. I rilievi non si limitavano dunque ad aspetti di incostituzionalità per supposta violazione dell'art. 39 Cost., ma arrivavano a dedurre la possibile violazione degli artt. 70 e 71 della Costituzione. La questione è per certi versi di rilievo, ancora oggi, al cospetto dell'art. 8 che esattamente prevede quel «rivestire dell'autorità e dell'efficacia della legge» i contratti collettivi di prossimità.

All'epoca della legge Vigorelli, come noto, la seconda soluzione del conferimento dall'esterno al contratto collettivo di una efficacia generalizzata fu scartata. Il che avvenne nonostante una parte della dottrina avesse tentato di riconoscere comunque, al legislatore, la possibilità di assumere quei contratti collettivi come un “fatto”, dal quale far derivare le conseguenze già ipotizzate dalla legge (attraverso una lettura elastica del sistema costituzionale)⁸.

Nel tempo, la prospettazione dell'assunzione di un “fatto” a fondamento di un precetto normativo, che a quel fatto riconnetta effetti giuridici (o a partire dal quale momento far decadere gli effetti giuridici fino a quel momento esistenti), è stata più ampiamente ammessa⁹, ma pur sempre con dei rilevanti distinguo, come non ha mancato di evidenziare una parte della dottrina che si è al tempo occupata della riforma del lavoro pubblico¹⁰, ed in particolare dell'*ex* art. 2, comma 2-*bis*, d.lgs. 29/1993¹¹. Un *escamotage*, anche in questo caso, che

⁷ R. DEL GIUDICE, *Le fonti di produzione del diritto del lavoro*, in *DL*, 1959, I, p. 192, si spingeva oltre nel ragionamento, per dedurre l'illegittimità costituzionale di una previsione che avesse reso arbitro il sindacato della emanazione della legge delegata (derivando questa dal deposito o meno dei contratti collettivi da parte del sindacato stesso).

⁸ Cfr. il dibattito seminariale in AA. VV., *Valutazione di costituzionalità del disegno di legge Vigorelli sull'estensione erga omnes dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè, 1959 che raccoglie i resoconti stenografici delle ampie discussioni guidate dal G. MAZZONI nel corso dei seminari fiorentini; e in AA. VV., *La categoria e la contrattazione collettiva*, Milano, Giuffrè, 1964, spec. p. 256, nella seduta dell'11 maggio 1963, ore 16 in tema di “*La categoria sindacale in relazione alle norme legislative che determinano l'inquadramento di determinate categorie*” (spec. intervento GUERRIERI).

⁹ Già M. TASSINARI, *Delegificazione e regolamenti in materia di pubblico impiego. Orientamenti giurisprudenziali e art. 17 della legge 400/1988*, in *DS*, 1990, p. 547 ss. V. inoltre A. BARBERA, *Le fonti del diritto del lavoro fra legge e contratto*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 34-38.

¹⁰ Cfr. i contributi apparsi nel volume *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹¹ La norma così recitava nel testo qui richiamato: «Nelle materie non soggette a riserva di legge ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. e), della L. 23.10.92, n. 421, eventuali norme di legge, intervenute dopo

ha consentito di salvare l'impostazione di fondo della riforma *de qua*, giungendo a dire che l'efficacia generalizzata promana dalla legge che conferisce forza regolativa all'accordo e che si produce dal momento di emanazione di quello.

Anche il legislatore dell'art. 8 assume come "fatto" ciò che ancora "fatto" non è, rimettendo ad un terzo, non costituzionalmente identificato, il potere di impedire gli effetti della norma giuridica, una volta che lo stesso fatto, nel futuro, sia assunto come precetto regolativo attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale da parte di quel terzo. Il legislatore *de quo* non priva se stesso del potere di modificare o anche abrogare in un futuro l'art. 8 oppure gli accordi collettivi che in ragione della norma prendano vita, ovvero anche stabilire, come fu detto in relazione al comma 2-*bis*¹², che in rapporto ad una successiva riforma normativa (pensiamo alla disciplina delle mansioni) non trovi più applicazione il potere derogatorio con contratto di prossimità.

Non può tuttavia tacersi delle diverse valutazioni sistemiche e pratiche di quelle due riforme (art. 8 e art. 2-*bis*) oltre che della diversità di presupposti e grado di impatto, nel settore privato rispetto a quello pubblico, della normativa qui in discussione.

Al *potenziamento* generale delle prerogative sindacali che connota la riforma complessiva del lavoro pubblico ed anche il comma 2-*bis* (sorretto, in questo, anche da un latente richiamo al principio di eguaglianza e imparzialità), corrisponde invece un *depotenziamento* di quelle prerogative sindacali da parte dell'art. 8. A dispetto della rubrica della norma che invoca la funzione di *sostegno* al contratto di prossimità, la relativa adozione si risolve in un detrimento rispetto alla contrattazione collettiva di livello nazionale. Fra l'altro, se lo scopo del comma 2-*bis* era quello di limitare, per mezzo della contrattazione collettiva, la frammentazione regolativa settoriale cui era indotto il legislatore in rapporto alla disciplina delle pubbliche amministrazioni (spesso a motivo di logiche compromissorie parlamentari), l'art. 8 ingenera la dinamica inversa, diretta a stimolare quella frammentazione regolativa ad opera della contrattazione periferica, in una dinamica non proprio aderente alla finalità europea di incremento della coesione sociale.

Se in conseguenza dell'art. 2-*bis* fu messo più volte in dubbio l'inverarsi di

la stipula di un contratto collettivo, cessano di avere efficacia, a meno che la legge non disponga espressamente in senso contrario, dal momento in cui entra in vigore il successivo contratto collettivo».

¹² Ritiene invece che possano esservi dubbi di legittimità costituzionale – distinguendo tra obblighi imposti al legislatore successivo (come sarebbe nel caso del comma 2-*bis*) e obblighi che il legislatore impone all'esecutore – G.U. RESCIGNO, *Legge e contratto collettivo nel pubblico impiego. L'art. 2-bis del d.lgs. n. 29 del 1993 come modificato dal d.lgs. n. 546 del 1993*, in LD, 1994, p. 507 ss. In argomento, anche per i richiami, C. PADULA, *I contratti collettivi per il pubblico impiego: una fonte normativa fonte di problemi*, in www.osservatoriosullefonti.it, contributo n. 14 del 25.3.2011.

un nuovo sistema delle fonti¹³, l'art. 8 compie una diversa operazione normativa: non si limita a conferire un potere regolativo alle rappresentanze sindacali o agli organismi territoriali del sindacato, ma dispone espressamente l'efficacia generalizzata per quelle intese derogatorie, rispetto ad una nutrita schiera di istituti lavoristici. Tale conferimento *espresso* non è semplicemente il disvelamento di un potere che i contratti collettivi implicitamente possiederebbero, e che agli stessi è più volte riconosciuto dalla giurisprudenza (si pensi ai contratti gestionali, ma non solo). Se dal punto di vista degli effetti prodotti il risultato può anche apparire il medesimo – quello di vincolare ai contenuti contrattuali, *per legge o per sentenza*, i lavoratori dissenzienti – altrettanto non può dirsi dal punto di vista della attribuzione formale di un potere di normazione di tipo generale che è presente esplicitamente nell'art. 8 e per nulla presupposto, mentre è solo implicitamente riconosciuto nei casi decisi dalla giurisprudenza. L'art. 8 *esplicita*, infatti, un dato di non poco conto, consistente nel conferire espressamente ad alcuni organismi sindacali il potere di fare contratti di prossimità con cui dettare regole vincolanti per legge¹⁴.

Aspetti di divergenza, quelli appena segnalati, che in parte consentono di affacciarsi da una nuova angolatura per affrontare il tema del rapporto tra art. 8 e artt. 70 ss. della Costituzione.

Il fatto che il contratto collettivo di prossimità acquisisca forza abrogativa vincolante come prerogativa propria¹⁵ – il che sembra inconcepibile fintanto che resta inattuato l'art. 39 Cost. – e non per intercessione del precetto normativo (come invece ha più volte detto la giurisprudenza a riguardo dei rinvii normativi¹⁶), induce ad affrontare la questione del contratto di prossimità come *fonte* del diritto; una fonte che sarebbe stata meramente *apocrifa*, se non avesse ricevuto una identificazione formale attraverso il conferimento di efficacia vincolante, mentre pare acquisire i connotati di fonte a tutti gli effetti *legittimata* quand'anche non necessariamente legittima.

Senza contare che quello che al tempo della riforma del lavoro pubblico

¹³ Nel senso che il comma 2-*bis* non muta la natura giuridica del contratto collettivo, V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo ad "efficacia abrogativa": l'art. 2, comma 2 bis, del d.lgs. n. 29 del 1993*, in RGL, 1995, I, p. 180.

¹⁴ A commento dell'art. 2-*bis*, V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 178, rilevò che un aspetto eventualmente salvifico di quella riforma del lavoro pubblico poteva risiedere nel non equiparare il contratto collettivo alla legge.

¹⁵ Sul potere del contratto collettivo di prossimità di operare sul contratto individuale «allo stesso modo della fonte primaria» e sulla sua «applicazione immediata» (caratteristica tipica della legge che considera il contratto di prossimità «un atto negoziale a sé equivalente»), V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Le relazioni industriali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 219 s.

¹⁶ Sulla diversità di prospettiva tra art. 8 e sistema dei rinvii normativi e della delegificazione cfr. sistematicamente L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, cit., pp. 114-130.

veniva dibattuto come il tema della creazione, *ex comma 2-bis*, di una sorta di *gerarchia* fra le fonti legislative (ovvero fra il comma *2-bis* stesso e la futura legge intermedia), nell'art. 8 diviene il tema del rapporto fra due fonti parificate, quanto ad efficacia normativa (ovvero le norme regolanti il rapporto di lavoro abrogabili, *ex art. 8*, e il contratto collettivo abrogante), ma sviluppanti un possibile rapporto di sudditanza del contratto collettivo abrogante rispetto alla eventuale successiva legge che tale potere venga, ad un certo momento, ad eliminare, condizionare o restringere.

Per quanto il decennio trascorso dia motivo di credere che non ci sarà quella legge di abrogazione dei contratti di prossimità, le successive riforme Fornero (l. 92/2012) e Renzi (in particolare d. lgs. 81/2015) non risulta abbiamo mai dato motivo di invocare un depotenziamento dell'art. 8 in ragione di quella riscrittura di buona parte degli istituti del diritto del lavoro che l'art. 8 consente di derogare. Tale norma, invero, è in grado di modificare non solo il diritto del lavoro che era già scritto, con legge, fino all'agosto 2011, bensì anche il diritto che verrà scritto, per legge, potendo esprimere piena potenzialità derogatoria delle leggi anche successivamente emanate in tema di mansioni, inquadramento, impianti audiovisivi, tipologie contrattuali, etc., laddove non espressamente escludenti il potere derogatorio da parte della contrattazione di prossimità.

Occorre poi aggiungere che, oltre alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 nel condizionare, attraverso la creazione del contratto collettivo di prossimità "fonte", i contenuti della legge successiva che potrebbe essere appunto derogata dai contratti di prossimità a ciò legittimati dall'art. 8 – che, come accennato, costituiva la principale obiezione¹⁷ sollevata in rapporto al comma *2-bis*, e più diffusamente scartata¹⁸ – il tema di una possibile violazione dell'art. 70 ss. Cost. potrebbe essere legata alla limitazione che incontra l'art. 8 nel porsi come *norma sulla normazione*.

2. Il dimensionamento del contratto di prossimità fra le fonti del diritto

L'esigenza di una compiuta sistematizzazione, anche di stampo teorico-dogmatico, del contratto collettivo in genere nel novero delle fonti del diritto, si rinviene in particolare negli studi di diritto del lavoro e sindacale. Il che può apparire singolare laddove si badi che, per ciò che attiene alla classificazione del contratto collettivo, anche la storia narra di un rifiuto – inattuato l'art. 39 Cost. (e già a motivo delle vicende legate alla sua inattuazione) – nei riguardi di un inquadramento dogmatico nel sistema ordinamentale statale di un fenomeno,

¹⁷ *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico*, cit., nei contributi di A. MARESCA (p. 35 ss.), U. RESCIGNO (p. 507 ss.), V. SPEZIALE (§ 8), G. GHEZZI (p. 121), G. SUPPIEJ (p. 212 ss).

¹⁸ Particolarmente critica è la posizione di M.V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni sugli obiettivi della riforma del pubblico impiego e sulle ragioni della loro mancata realizzazione*, ivi, pp. 233-236.

da un lato, compiutamente inquadrabile attraverso una nozione *teoretica*, sostanzialistica¹⁹, di fonte del diritto e, dall'altro, più opportunamente percepibile attraverso la lente dell'ordinamento intersindacale²⁰.

Eppure, i contratti collettivi – i tanti²¹ che si vanno delineando lungo la scena su cui si muovono le relazioni industriali – paiono costantemente contesi, come i personaggi pirandelliani, per un motivo o per l'altro, nel palcoscenico del diritto delle fonti²².

Ed in questo senso appare perfino evidente l'utilità di un parallelismo fra contratti di prossimità e regolamenti di delegificazione²³, dal momento che i primi sono impiegati come strumenti per conseguire interessi superiori, o anche parzialmente divergenti²⁴, rispetto a quelli del contesto sul quale il contratto collettivo incide, presupponendo un dato indefettibile, oltretutto che alla contrattazione collettiva non possano essere assegnati poteri più ampi di quelli

¹⁹ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 92.

²⁰ «Né nel diritto scritto né nel diritto vivente sono rinvenibili tutti i requisiti necessari per identificare nel contratto collettivo una fonte del diritto obiettivo»: L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come "fonte": teorie ed applicazioni*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 3. Cfr. altresì E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, I, p. 208 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, I, spec. p. 516.

²¹ Ma pur sempre rivolti a conseguire il medesimo ed unitario interesse collettivo dei lavoratori, «sebbene in "guise" diverse»: G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA. VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 11 ss.

²² B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (voce per un Dizionario)*, in *WP*, IT-97, 2010, p. 4 ss., condividono «l'assenza di una compiuta – o di una condivisa teorica – del contratto collettivo come fonte del diritto». Sulla tendenza del sistema dei rinvii legislativi verso una omologazione del contratto collettivo alla legge, cfr. G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Napoli, Jovene, 1981; C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI, F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, I, Padova, Cedam, 2010, spec. p. 493 ss.; M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, Padova, Cedam, 2005, spec. p. 105 ss. (sui caratteri di tipicità e atipicità del contratto collettivo nel sistema delle fonti).

²³ Propone invece un paragone fra il rapporto che lega i contratti collettivi *tout court* alla legge ordinaria, e il rapporto che lega invece la legge regionale alla legge statale, F. MODUGNO, più ampiamente in *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 25-26 ed implicitamente in *Le fonti del diritto*, cit., p. 191.

Sfruttando la proposta di quel parallelo, non pare azzardato valutare se il limite che incontra la legge statale nel delegificare quanto l'art. 117 Cost. riserva alla competenza delle Regioni, quella legge statale (qui art. 8) non lo incontra anche nel "delegificare" (verso le rappresentanze sindacali aziendali o verso i sindacati territoriali) quanto l'art. 39 Cost. aveva previsto di attribuire al potere regolativo delle sole organizzazioni sindacali *registrate*. Il che porterebbe ad interrogarci, sempre in termini di tenuta costituzionale dell'art. 8, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale (ex artt. 70 e 39 assieme) della devoluzione di un amplissimo potere normativo generalizzato ai contratti di prossimità – e dunque ai relativi soggetti sindacali in quella norma individuati – senza che questi sino quelli legittimati, ex art. 39 Cost., ad una contrattazione collettiva chiamata ad avere efficacia per tutti, iscritti e non iscritti.

²⁴ V. nt. 1.

attribuibili ad un regolamento, laddove non si voglia incorrere nella violazione dell'art. 70 e ss. Cost. (altra cosa continuerebbe, comunque, ad essere quella della eventuale violazione dell'art. 39 Cost., se non altro in ragione di un inciso di C. Cost. n. 221/2012 che legittima una applicazione limitata dell'art. 8 non oltre «i casi e i tempi in essa considerati»: *omnia tempus habent*).

Dunque non vi è nulla di singolare nelle esigenze di sistematizzazione del contratto di prossimità nel novero delle fonti, considerato che tale questione, per il diritto del lavoro, «tende a coincidere con quella dell'identità della materia»²⁵, e la discussione sulle fonti non può che accompagnare l'evolversi e l'involgersi del diritto del lavoro²⁶, a maggior ragione in presenza di una nuova stagione di quelle fonti, che vede il contratto collettivo di prossimità ormai pacificamente parificato, non solo in potenza, alla legge, ma pur sempre ad essa subordinato, in fatto, in base alle regole del diritto costituzionale. È dunque la costante tensione tra ciò che il contratto collettivo *può fare* (ed è chiamato a fare con forza di legge) e ciò che, in ordine alle regole delle fonti *sulla* produzione, il contratto collettivo *può essere* (o sarebbe meglio dire “ciò che non può essere”), a stimolare inevitabilmente le attenzioni e ad adombrare dubbi sul rapporto della contrattazione di prossimità con l'art. 70 Cost., oltre che con l'art. 39.

Perché il contratto collettivo, oggetto di rinvio legislativo, non può che avere, sul piano formale (nel suo “essere”), una dimensione sotto-ordinata rispetto alla legge²⁷, pur anche se investito (nel suo “fare”) di funzioni ad essa sostanzialmente equiparate. È indubbio che «non sono configurabili fonti atti primari al di là di quelli espressamente previsti dalla Costituzione», come è vero che «per gli atti secondari subordinati a quelli primari, il sistema delle fonti del diritto è invece un sistema aperto»²⁸.

Ma proprio perché il contratto di prossimità non costituisce un comune caso di rinvio normativo, e proprio in ragione del costante ricorso a tale tipologia negoziale, si è indotti a riprendere le fila del ragionamento sulla sua esatta collocazione nel sistema delle fonti²⁹, anche senza prospettare la questione dal

²⁵ O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in RIDL, 2001, I, p. 220.

²⁶ Cfr. la ricostruzione del contratto collettivo nella gerarchia delle fonti prospettata da P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, Cedam, 1990, p. 27 ss.

²⁷ Sulla necessaria superiorità gerarchica delle norme prodotte dagli organi legislativi, già G. MARANINI, A. MARZOTTO, *L'articolo 39 della Costituzione e l'organizzazione pubblica della categoria professionale*, in RDL, 1949, p. 183.

²⁸ A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2016, rispettivamente pp. 96 e 97.

²⁹ Riscontra l'ampio processo di cambiamento della concezione del contratto collettivo fonte, G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in ADL, 2009, p. 970 ss.

punto di vista della teoria generale³⁰.

In rapporto a quanto enunciato dall'art. 8, circa l'attribuzione al contratto di prossimità del potere di realizzare intese abilitate a derogare a larga parte della disciplina del diritto del lavoro, quella norma mancherebbe degli attributi necessari alla sua *classificazione dogmatica* come norma giuridica in senso tecnico, la quale può dirsi tale solo se posta da atti normativi che siano stati deliberati nel rispetto delle regole *sulla* produzione. Con riferimento alle sole fonti "atto", è pur sempre necessario che la volontà espressa dalla legge (in questo caso) rispecchi il procedimento di produzione stabilito. Nella sostanza si tratterebbe di valutare se il contratto collettivo di prossimità sia, perlomeno al pari dei regolamenti di delegificazione, dotato dei necessari presupposti e connotato dalle necessarie prerogative; ma la risposta negativa, in ordine all'art. 8, è già stata in questo senso argomentata altrove³¹.

Se da un lato è vero che il contratto collettivo di prossimità presenta contenuto di norma generale e astratta che sia perlomeno riferibile ad una determinata categoria sociale; se è vero che ad esso è conferita l'abilitazione³² a realizzare intese ad efficacia generalizzata; se è inoltre vero che l'inosservanza dei suoi precetti abilita al ricorso presso l'autorità giudiziaria; è altresì vero che non possiede ciò che è proprio delle fonti del diritto³³, con ciò intendendo, ad esempio, la sua pubblicazione in forma ufficiale; l'applicazione ad esso dei principi *iuris novit curia* e di quello secondo cui *ignorantia legis non excusat* (§ 3).

Dal punto di vista rigorosamente formale, il contratto di prossimità non potrebbe quindi che essere considerato un atto gerarchicamente subordinato rispetto alla legge³⁴ (un atto sub-primario), pur nella sua piena anomalia regolativa³⁵. Una anomalia che «rimanda ad una nuova ri-costruzione concettuale»³⁶, la quale pare dunque derivare: dalla necessità di una sua esclusione dalle fonti

³⁰ Sempre ammesso che ci sia modo di accedere ad una sistematizzazione delle fonti che possa dirsi universalmente condivisa: F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, cit., p. 26.

³¹ L. LAZZERONI, *op. cit.*, pp. 118-123.

³² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 58 ss.

³³ Per una sintesi efficace della dimensione giuslavoristica sulle teorizzazioni dei criteri per delineare una fonte, cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo come fonte del diritto*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., p. 231 ss.

³⁴ Così anche S. BELLOMO, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga, accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 2012, p. 285.

³⁵ Ritiene che l'uso del sintagma "sistema delle fonti" non sia in grado di dare conto dell'emergere, nella realtà sociale, di nuove fonti regolative, F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., pp. 28-30. In tal senso potrebbe dunque ritenersi sterile il dibattito attorno a tentativi classificatori in un contesto delle fonti destinato a subire continui mutamenti dal punto di vista sostanziale. In tal senso, non dovrebbe rilevare la qualificazione di fonte ma la natura teoretica che si possa assegnare alla fonte.

³⁶ A. PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013, I, p. 922.

“atto”, per ragioni eminentemente sistemiche o di teoria generale del diritto; ma anche dall’esclusione del contratto di prossimità dalle fonti “fatto”³⁷. Circo- stanza, quest’ultima, che deriva dal considerare che lo stesso è chiamato a perseguire interessi³⁸ che si presumono superiori a quelli del contesto collettivo normato³⁹; ma anche dal rilevare che l’applicazione del contratto di prossimità alla generalità dei lavoratori di riferimento non deriva dalla volontà dei singoli (espressa con il mandato), e non deriva neppure dalle generali o specifiche con- tingenze volta a volta individuate dalla giurisprudenza per una più pervasiva efficacia dell’azione della contrattazione collettiva⁴⁰, ma deriva esclusivamente dall’appartenenza al gruppo normato dalla legge (singola azienda o aziende del contesto territoriale di riferimento) che a quella condizione riconosce *espressa- mente* valenza per l’efficacia generalizzata del contratto di prossimità.

Il contratto di prossimità pare tuttavia possedere entrambi i profili delle fonti “atto”. Per ciò che attiene a quello *attivo* ha, innanzitutto, la capacità di innovare il diritto oggettivo, abrogando fonti atto subordinate o equiparate e, soprattutto, il profilo attivo fa emergere la piena contraddizione (di rilievo co- stituzionale) di una fonte che non può darsi per parificata alla legge (trattandosi di un contratto collettivo) ma che è purtuttavia capace di innovare la legge con efficacia verso tutti gli interessati, senza limiti predefiniti dalla fonte legislativa stessa⁴¹.

Il contratto di prossimità possiede tuttavia anche il profilo *passivo*, ovvero la capacità di resistere all’abrogazione o modificazione da parte di atti fonte non dotati della medesima forza. Ed in effetti, l’aspetto legato alla capacità di *resistenza* fa sì che il contratto di prossimità (naturalmente destinato ad inci- dere anche sui futuri rapporti individuali di lavoro) abbia la capacità di resi- stere alla normazione secondaria eventualmente emanata, senza badare al fatto che tale capacità di resistenza si esprime altresì nei riguardi delle leggi succes- sive che innovino gli istituti trattati dal contratto di prossimità, come sopra detto, quand’anche non certamente verso quelle leggi che dovessero disporre l’abrogazione dei singoli contratti di prossimità (circo stanza concretamente

³⁷ Per una ricostruzione della teoria delle fonti fatto, G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le “funzioni” della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., spec. p. 134.

³⁸ Interessi declinati alla nt. 1.

³⁹ «Se di “fonte” si trattasse, il contratto collettivo non sarebbe più espressione di libertà, essendo necessariamente funzionalizzato all’interesse pubblico»: M. NAPOLI, *Cosa significa attuare l’art. 39 della Costituzione, oggi*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 496.

⁴⁰ Come la procedimentalizzazione dei poteri datoriali nei contratti gestionali o l’immediata pre- cettività dell’art. 36 Cost. quanto a retribuzione proporzionata e sufficiente.

⁴¹ Sugli *escamotage* che a tal riguardo sono stati utilizzati per la delegificazione che ha dato corso a questioni analoghe (amplificate nel caso dell’art. 8), R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 199.

poco probabile).

Ancor più rilevanti sono però le considerazioni, connesse pur sempre al profilo *passivo*, relative alla capacità abrogativa del contratto di prossimità – che allo stesso deriva da quella particolare collocazione dal punto di vista delle fonti – da parte di fonti “fatto” non dotate della medesima forza, quale è il contratto collettivo nazionale. Se badiamo al dato letterale dell’art. 8 che abilita alla deroga verso il contratto nazionale con efficacia generalizzata, va aggiunto che al contratto di prossimità è attribuita una prerogativa che non trova riscontro nella casistica dei rinvii legislativi. Il contratto nazionale non potrebbe mai invalidare quanto previsto dal contratto aziendale, *ex art. 8*, a prescindere dai contenuti, dai principi o dai criteri ai quali ricorra. Non potrebbe derogarvi, si intende, neppure in senso migliorativo. Ma non v’è chi non noti come una legge che genera un meccanismo impeditivo di migliorie da parte della contrattazione nazionale, sviluppando una tale capacità di resistenza, è norma che svela un contrasto con i criteri direttivi ricavabili dai principi generali dell’ordinamento giuridico, in particolare quello che si fonda sul *favor prestatoris*. Ciò per quanto sia vero, tuttavia, che il contratto di prossimità è stato dotato di potere derogatorio per ragioni emergenziali, e nel perseguimento di interessi generali (sopra rappresentati in nota 30), che l’art. 8 assume come prevalenti per giustificare la deroga.

A dispetto delle ambiziose formule degli enunciati che caratterizzano l’art. 8, resta dunque la questione di fondo, legata alla constatazione che il contratto di prossimità non possa che essere subordinato alla legge, pena dover ammettere, in contrasto con il sistema ordinamentale, la legittimità di interventi legislativi che attribuiscono ad altre fonti un potere esattamente equiparato alla legge stessa. Senza contare che i dubbi di legittimità costituzionale della norma in questione sono ancora aperti e si tratta dei dubbi noti, legati alla indeterminatezza dei confini della deroga peggiorativa autorizzata dalla legge (che non circoscrive i livelli essenziali dei diritti dei lavoratori non suscettibili di modificazione da parte della fonte sub-primaria⁴²); alla mancata declinazione dei parametri guida che definiscano le condizioni di quella deroga peggiorativa (parametri che non sarebbero peraltro ricavabili da altre norme dell’ordinamento); all’esplicito conferimento di un’efficacia generalizzata che ricostruttivamente può assumersi in contrasto con l’art. 39 Cost.⁴³.

Un conferimento di potere normativo che è stato letto come un pericolo sia per la funzione sociale dell’autonomia collettiva, sia per il sistema stesso di negoziazione collettiva, in ragione del rafforzamento del contratto collettivo di prossimità rispetto al contratto nazionale che la Costituzione avrebbe previsto

⁴² C. cost. 19 dicembre 2012, n. 297.

⁴³ V. la ricostruzione nel complesso proposta in L. LAZZERONI, *op. cit.*, *passim*.

di innalzare a fonte del diritto⁴⁴.

L'esito della valutazione del sistema delineato dall'art. 8 impone, tuttavia, anche una osservazione di fatto. A dispetto delle notevoli difficoltà di una adeguata ricostruzione della contrattazione di prossimità nel sistema delle fonti, la sua larga diffusione nei contesti produttivi non può che rendere cedevoli le ragioni del diritto rispetto alle esigenze regolative specifiche che dunque, a distanza di un decennio esatto, continuano a reclamare, come sta avvenendo, quel bisogno di prolungato silenzio sui dubbi di legittimità che dalla norma scaturiscono. *Ex facto oritur ius*.

3. Equilibrismi ed incertezze regolative

La distorsione del modello delineato dall'art. 8, che consegna al nuovo sistema delle relazioni industriali uno strumento estremamente ibrido dal punto di vista delle fonti, emerge inoltre nella contraddizione di fondo che esso genera. Una contraddizione che, da un lato, sostiene l'inapplicabilità alla contrattazione di prossimità del principio *iuria novit curia* – anche in adesione agli oneri di allegazione che gravano sul ricorrente, tra i quali è menzionato il contratto collettivo – mentre, dall'altro lato, ovvero nella capacità abrogativa al Ccnl e soprattutto alla legge, quella contraddizione consiste nel presupporre una oggettiva (od oggettivabile) conoscibilità del contratto di prossimità. E di quella conoscibilità la legge stessa non si cura, astenendosi dal definire obblighi di natura procedurale per rendere nota una deviazione peggiorativa dal precetto legale, se non attraverso la recente previsione amministrativa di un obbligo di deposito di tutti i contratti collettivi, per via telematica, presso l'Ispettorato territoriale competente⁴⁵, che tuttavia non è in grado di sanare le relative esigenze di conoscibilità.

Di quella pendula ambiguità sono altresì espressione le tematiche del ruolo del contratto collettivo nel processo del lavoro e della censurabilità dei contenuti del contratto collettivo di prossimità di fronte alla Corte costituzionale.

Un tema, *il primo*, che fu già affrontato attraverso l'apertura riformatrice dell'art. 360 e dell'art. 420-*bis* c.p.c., che si rivolgono alla contrattazione collettiva di livello nazionale. Ma pur avendo, tale riforma, reintrodotto il dibattito sul contratto collettivo nel sistema delle fonti del diritto⁴⁶, la stessa appare, allo

⁴⁴ Ritiene che «uno degli effetti più pregnanti della garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva [sia] quello di porre un argine alle pur legittime operazioni di "istituzionalizzazione" dell'autonomia collettiva» e che tale argine consista «nell'inammissibilità di effetti invalidatori nei confronti di atti negoziali posti in essere da lavoratori organizzati a scopo di autotutela», A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 37.

⁴⁵ Cfr. circ. INL del 31 luglio 2020.

⁴⁶ Cfr. in particolare G. AMOROSO, *Art. 360*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova, Cedam, 2009, p. 96; F. ROSELLI, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*,

stato attuale, inadeguata in ordine alle prospettive della contrattazione decentrata⁴⁷.

Un tema, *il secondo*, della censurabilità dei contenuti del contratto collettivo, diversamente decifrabile in base al punto di vista che si intenda far prevalere: se quello dell'efficacia generalizzata che al contratto collettivo è nei fatti conferita (e che lo rende per nulla dissimile dalla legge: quindi sottoponibile al vaglio di costituzionalità?), o se quello della rigida conformazione delle fonti del diritto del nostro sistema costituzionale, nel connotarlo come fonte *sub*-primaria, simil-regolamentare e come tale escluso dal vaglio della Consulta.

Ed in effetti, laddove si badi all'assimilazione diffusamente prospettata del contratto aziendale al regolamento di delegificazione – o se non altro nel senso che, come i regolamenti, il contratto collettivo non potrebbe che definire una regolazione di livello secondario – la Consulta avrebbe già ampiamente escluso la propria giurisdizione, a vantaggio di quella del giudice ordinario o amministrativo⁴⁸, laddove il controllo di legittimità si attesti sull'atto chiamato a “degradare” alla legge, ovvero sia «proprio ed esclusivo del regolamento stesso»⁴⁹.

L'orientamento è fra l'altro linearmente conformato a quello che la Consulta aveva da tempo assunto a proposito della interpretazione delle clausole normative di contratto collettivo⁵⁰, stabilendo che, come fu per la legge Vigorelli, il fine che il legislatore ha perseguito con la delega, consistente nel «conferire transitoriamente efficacia generale a contratti collettivi [...] non vuole alterare o modificare l'efficacia propria delle clausole dei contratti collettivi», in guisa che l'interpretazione degli stessi va condotta alla stregua dei canoni di ermeneutica contrattuale, e quindi dei criteri fissati per i contratti *ex art.* 1362 c.c. e non di quelli fissati per la legge, con la conseguenza che «spetta al giudice ordinario accertare volta per volta se sussista il contrasto di queste clausole contrattuali con le norme imperative di legge e, in caso affermativo, di disapplicarle»⁵¹.

Milano, Giuffrè, 2007; M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 2009, p. 29 ss.; I. ABIGNENTE, *Per una lettura rights based del rapporto tra le fonti del diritto del lavoro*, in *QC*, 2015, p. 113.

⁴⁷ Cass. 3 dicembre 2013, n. 27062 e Cass. 5 dicembre 2008, n. 28859 negano l'applicazione dell'art. 360 c.p.c. alla contrattazione di secondo livello.

⁴⁸ P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982, p. 374 s.

⁴⁹ C. cost. n. 427/2000.

⁵⁰ In tema, E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè, 2000; A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, Cedam, 2004, spec. p. 153 ss., e il fascicolo *I saggi di NGL*, 1999, n. 1, a cura di R. FLAMMIA, in particolare i contributi di L. CASTELVETRI (p. 17 ss.); M. BIAGI, M. TIRABOSCHI (p. 59 ss.); O. MAZZOTTA (p. 73 ss.); S. LIEBMAN (p. 93 ss.). V. inoltre M. MARAZZA, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali*, in *ADL*, 2006, p. 1093 ss.

⁵¹ In tema è copiosa la giurisprudenza successiva a C. cost. n. 106/1962 (qui citata), tra cui C. cost. 8 maggio 1974, n. 120; C. cost. 15 maggio 1974, n. 129; C. cost. 25 marzo 1975, n. 68; C. cost. 20 luglio

Va tuttavia considerato che una esclusione del giudizio di legittimità costituzionale sul contratto collettivo di prossimità – soluzione che pare appunto più probabile – rende materialmente impraticabile quel (naturale) controllo relativo “al rispetto della Costituzione” che l’art. 8 prevede per i contratti di prossimità⁵². E d’altro canto, una deviazione dai parametri ricavabili dalla Costituzione non pare inverosimile, come mostra la richiesta di cautela avanzata anche da chi ha proposto letture meno *tranchant* della riforma⁵³.

4. Le dinamiche in atto nel cono d’ombra della Costituzione

La strada intrapresa dalle moderne relazioni industriali pare dunque destinata a tracciare una conquista inedita da parte del nuovo modello di negoziazione a livello di impresa, e non solo dal punto di vista dell’inquadramento nel sistema delle fonti.

Il tema della partecipazione sindacale democratica al processo decisionale nella prospettiva dell’art. 39 Cost. è senza dubbio implicato nella questione dei poteri di negoziazione collettiva con efficacia generalizzata che l’art. 8 demanda ai soggetti sindacali ivi individuati («associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale ovvero loro rappresentanze sindacali operanti in azienda»).

Badiamo che l’art. 39 Cost. propone di risolvere il problema della democratizzazione *del* sindacato e della democratizzazione del processo decisionale *fra* sindacati (ma non anche di quello determinativo della rappresentanza unitaria⁵⁴) attraverso l’adozione di regole formalistiche e sostanzialistiche. Le prime – legate alla mera definizione di un ordinamento interno a base democratica dei sindacati – furono essenziale completamento del processo di giuridificazione democratica dell’ordinamento post-fascista, e strumento atto a

1978, n. 76. La prospettiva non sarebbe mutata in ragione della riforma del processo civile, dal momento che l’equiparazione del contratto collettivo agli atti normativi sarebbe avvenuta ai soli fini processuali – relativi quindi all’ammissibilità della denuncia di violazione e falsa applicazione di clausole del contratto collettivo – e non ai fini sostanziali, quindi senza che ciò determinasse un mutamento della natura degli atti negoziali (Cass., S.U., 8 luglio 2008, n. 18621), che continuano ad essere interpretati secondo i canoni di ermeneutica contrattuale. Tuttavia, perlomeno in rapporto al lavoro pubblico, M.L. MADDALENA, *Legge e contrattazione collettiva nel lavoro privato e nel lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il parlamento repubblicano*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 497 ss. ritiene che una volta affermata la natura normativa, l’interpretazione dei contratti collettivi debba avvenire alla stregua di criteri dettati in materia di atti normativi.

⁵² «Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge (...)».

⁵³ R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, p. 48.

⁵⁴ U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell’art. 8 con riferimento all’efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *RGL*, 2012, I, p. 554.

legittimare la devoluzione di potere para-legislativo ad apparati esterni allo Stato⁵⁵. Il piano di quella democraticità corrisponde oggi ad una dimensione meramente esteriore e formalistica dell'essere sindacale; una dimensione che ha trovato un proprio *sucedaneo* nel rinvio legislativo al sindacato più rappresentativo.

Quanto alle regole sostanzialistiche, quella democratizzazione va oltre l'asse della partecipazione al processo di contrattazione collettiva – che ivi non è democraticamente ma unitariamente strutturata – e si ricompone nella regola proporzionalistica, utile alla fase decisionale (quale forma di attuazione di un principio maggioritario *lato sensu*, ed in ciò democratica⁵⁶, laddove riferita alla fase di stipulazione del contratto collettivo). «Il diritto di stipulare il contratto collettivo deve essere riconosciuto a quello dei sindacati che conti nel proprio seno la maggioranza assoluta dei lavoratori che ne sono interessati. Ma perché lo stesso sindacato maggioritario non abbia una posizione di monopolio, e quelli minoritari, eventuali, non ne siano completamente esclusi, si può stabilire il principio che le trattative per la stipula dei contratti collettivi di lavoro abbiano diritto di partecipare anche i rappresentanti autorizzati dei sindacati minoritari, in proporzione al numero dei rispettivi aderenti»⁵⁷.

Gli anni successivi all'emanazione della Costituzione vedranno un offuscarsi di quella dimensione formalistica dell'essere del sindacato, come anche di quella sostanzialistica, con la stagione del sindacato maggiormente (e poi comparativamente più) rappresentativo, abilitato alla partecipazione al contratto collettivo a prescindere dalla preventiva ricomposizione dell'unità sindacale. Il che avverrà già con la stagione post-referendaria sull'art. 19 dello Statuto⁵⁸, grazie alla quale non sarà più il sindacato a “legittimare” l'efficacia del contratto collettivo (anche aziendale), ma il contratto collettivo a legittimare la rappresentatività del sindacato in azienda⁵⁹.

Ma è il fronte della *partecipazione* al processo decisionale a rappresentare ancora oggi il punto nodale del tema dell'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva nel prisma della libertà sindacale. Una partecipazione che, per compensare la non attuazione dell'art. 39, si è andata dipanando sia in ordine alla definizione dell'agente – la quale si è infine risolta nella soluzione elettiva

⁵⁵ V. CARULLO, *Diritto sindacale transitorio*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 74.

⁵⁶ L. MARIUCCI, *Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art. 39 della Costituzione*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO, *op. cit.*, p. 489.

⁵⁷ Così G. DI VITTORIO, *La validità obbligatoria dei contratti collettivi di lavoro*, in AA. VV., *I sindacati in Italia*, Bari, Laterza, 1955, p. 72.

⁵⁸ Di perdita di equilibrio dell'art. 19 in esito al referendum del 1995 parla R. DEL PUNTA, *L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in LD, 2013, p. 530.

⁵⁹ In argomento, U. GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello “statutario” di rappresentanza sindacale in azienda*, in RIDL, 2013, I, p. 196.

delle Rsu (*ex ante*), nel caso della contrattazione aziendale, ma anche nella consultazione preventiva dei lavoratori; oppure nella validazione referendaria del contratto collettivo sottoscritto (dunque *ex post*)⁶⁰ – sia in ordine alla stessa predisposizione del contratto collettivo, con la sostituzione della soluzione unitaria (originaria) con quella maggioritaria.

La contraddizione interna all'art. 39 ha avuto così la sua massima esplicazione, in ragione dell'esigenza di selezionare in altro modo – rispetto alla registrazione – l'agente sindacale da ammettere al tavolo delle trattative⁶¹, in vista di una contrattazione da applicare alla generalità⁶².

Il sindacato maggiormente (o comparativamente più) rappresentativo è dunque la dimensione modernizzata, ad art. 39 inattuato, del sindacato registrato. Ma quel modello di selezione dei sindacati – un modello anch'esso, come quello basato sulla registrazione – anche avallato dal legislatore dell'ultimo mezzo secolo che ad esso si è quasi sempre rivolto, ha inevitabilmente accresciuto la tensione con il principio di libertà sindacale e con gli altri criteri costituzionali, nel momento in cui ha inteso rendere maggioritaria anche la fase preparatoria del contratto collettivo, che maggioritaria non è, ma piuttosto egualitaria, in nome del principio di libertà (qui intesa come libertà di non subire la sorte scelta da altri senza aver a quella tentato di contribuire).

Un criterio, quello della maggiore rappresentatività o della rappresentatività comparata che, come in molti hanno sostenuto, non è necessariamente in contraddizione con quello della libertà sindacale, per il fatto di rispondere ad un principio di democraticità (ed a patto di ritenere che il principio maggioritario

⁶⁰ Il tema della partecipazione referendaria è stato ampiamente affrontato in dottrina. In specie in ragione della riforma prospettata da Gino Giugni nel corso degli anni '80, cfr. U. ROMAGNOLI, *Rappresentatività del sindacato: sì alla legge, ma con meno referendum*, in *LI*, 1989, n. 2, p. 11 ss.; G. ZAN-GARI, *Per una disciplina legislativa del referendum sindacale*, in *DPL*, 1989, spec. p. 2036; F. BORGOGELLI, *Contrattazione aziendale e referendum sindacale*, in *RTDPC*, 1988, p. 544 ss. Cfr. inoltre B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *DLRI*, 1989, p. 414 s. In senso contrario, G. GHEZZI, *Razionalizzazione del sistema di contrattazione e procedure di consultazione: luci ed ombre della proposta Giugni*, in F. AMATO, S. MATTONE (a cura di), *Il sindacato alla svolta degli anni '90. Contrattazione rappresentanza, democrazia sindacale*, Milano, Angeli, 1988, p. 143 ss. Sul rischio di illegittimità del referendum *ex art. 39*, cfr. G. GIUGNI, *La ragion pratica di una riforma*, in *PD*, 1985, p. 485 s., e su altri limiti dello stesso B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *AA. VV.*, *Rappresentanza e rappresentatività*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 3 ss. Censura più recentemente il modello referendario come succedaneo del diverso modello costituzionale, A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali si sgretola sotto l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, § 6.

⁶¹ Sulla selezione dell'agente negoziale in vista della stipulazione di accordi collettivi, la letteratura è particolarmente ampia. Anche per un resoconto delle prospettive, cfr. B. CARUSO, A. LO FARO, *op. cit.*, p. 6 ss.

⁶² In tema, rilevando che l'art. 39 si oppone alla selezione, diretta o indiretta di «sindacati diversi da quelli registrati» cui attribuire il «monopolio legale della rappresentanza legale», M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, pp. 672 e 686.

trovi pieno fondamento nella Costituzione⁶³). Ma il criterio del sindacato più rappresentativo continua a trovare un ostacolo insormontabile (*sub* art. 39 invariato) laddove lo si estenda *formalmente* alla selezione – in luogo della unitarietà⁶⁴ – dei *partecipanti* alla dimensione “dibattimentale”⁶⁵, e quindi nel momento che precede la fase della individuazione dei contenuti del contratto collettivo da sottoscrivere.

Su questo aspetto della unitaria partecipazione alle trattative⁶⁶ – che tuttavia reclama oggi l’adozione di un criterio di selezione dell’agente negoziale che possa dirsi “meritevole” di partecipare – si coglie la maggiore fragilità di una contrattazione di prossimità efficace *erga omnes*, non solo in rapporto all’art.

⁶³ Su compatibilità e limiti del principio maggioritario nei riguardi dell’azione sindacale, cfr. la compiuta ricostruzione di B. FIORAI, *Il sistema sindacale italiano e il principio di maggioranza*, Milano, Giuffrè, 1991, spec. p. 102 ss. Prima che la dottrina tentasse letture elasticizzanti del precetto costituzionale (già in G. PERA, *Il trentanovismo è nelle cose*, in *PD*, 1985, p. 506 s.), l’opinione prevalente era nel senso dell’estraneità di un principio di maggiore rappresentatività dall’art. 39: M. GRANDI, *L’efficacia del contratto aziendale*, in *PD*, 1985, p. 443; G.F. MANCINI, *Il problema dell’art. 39 (libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes)*, in *ID.*, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, Il Mulino, 1976; L. MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali*, in *AA.VV.*, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei paesi membri della C.E.C.A., Lussemburgo*, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, 1966, p. 424.

⁶⁴ Per quanto la posizione di G. PERA sia andata delineandosi in maniera evidente fin da *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960, nel senso di una maggiore elasticità di interpretazione del precetto costituzionale, l’A. non mancava di rilevare che il problema del dissenso del sindacato, pur dentro la rappresentanza unitaria, poteva risolversi assicurando il diritto di partecipazione, *id est* assolvendo alla regolare convocazione di tutti i sindacati in vista delle trattative (p. 104 s.). Ben nota è altresì la posizione di M. D’ANTONA, *op. cit.*, p. 690 s., in vista della contrattazione collettiva ad efficacia generalizzata, sulla non essenzialità della formazione dell’organo unitario ed invece sulla imprescindibilità del criterio proporzionalistico. Sulla interazione fra unitarietà e pluralismo sindacale, nella prospettiva dell’art. 39, in particolare P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, Cedam, 1998, p. 394 ss. Sulla «unità contrattuale» come «una delle manifestazioni più pregnanti dell’autodeterminazione dell’interesse collettivo garantita costituzionalmente dall’art. 39», M. BARBIERI, *Il rapporto tra l’articolo 8 e l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2012, I, p. 463.

⁶⁵ Alla Costituente, peraltro, l’ipotesi di un sindacato maggioritario fu prospettata da Giuseppe Di Vittorio nella sua relazione, ma esclusa. Sulla natura compromissoria della scelta (fra cattolici e social-comunisti) nella direzione di un sistema massimamente inclusivo, P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 64 ss. Cfr. inoltre B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli, 1992, p. 42; L. GAETA, «La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in *DLRI*, 2016, p. 587 s.; L. LAZZERONI, *Libertà sindacale e contrattazione collettiva: una norma impegnativa*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all’Assemblea Costituente*, Roma, Ediesse, 2014, p. 239.

⁶⁶ B. FIORAI, *op. cit.*, p. 100; C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, p. 34: «tutti i sindacati hanno diritto d’essere presenti e tutti i sindacati hanno diritto che la loro eventuale posizione di maggioranza o di minoranza sia legalmente constatata, fermo il diritto della maggioranza di governare». Al contrario, sulla incompatibilità di principio fra unicità sindacale e pluralità di organizzazioni in concorrenza fra loro, già L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1954, p. 155. Cfr. inoltre A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 106 ss.

39 Cost. e a quella «garanzia democratica che sorregge l'*erga omnes* in un sistema pluralistico»⁶⁷, ma anche a motivo di possibili ostruzioni datoriali alla ammissione di un qualche sindacato alle trattative⁶⁸.

Ma v'è da dire che qui è il caso di interrompere, per dare inevitabilmente atto che la realtà ha molta più fantasia del diritto e che le esigenze emergenti nei contesti produttivi a cui il contratto di prossimità pare aver dato risposte in questo lungo decennio di utilizzo, hanno finito per surclassare e mettere in secondo piano le esigenze di sistematizzazione giuridica degli istituti nel novero delle fonti (art. 8 / art. 70 ss. Cost.) e quelle di demarcazione dei confini di operatività tra norme giuridiche e relativa legittimità (art. 8 / art. 39 Cost.).

⁶⁷ M.V. BALLESTRERO, *Intervento*, in *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 315.

⁶⁸ R. DEL PUNTA, *L'art. 19*, cit., p. 536; V. LECCESE, *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'art. 19 l. 300 e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in *DRI*, 2012, p. 821. Cfr. inoltre S. SCARPONI, *Modelli di rappresentanza associativa ed elettiva, partecipazione al tavolo negoziale, costituzione delle rappresentanze nei luoghi di lavoro e articolo 39, comma 4, della Costituzione*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, Roma, Ediesse, 2016, p. 59, che pone la medesima questione anche per la scarsa chiarezza, in tema, di C. cost. n. 231/2013. Ampiamente, C. ZOLI, *Obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, Cedam, 1992; P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 226 ss. Cfr. in particolare C. cost. n. 244/1996, nella parte in cui è denunciato il criterio dell'accreditamento datoriale come riconoscimento della rappresentanza sindacale aziendale. In rapporto ai rimedi esperibili – sul presupposto, tuttavia, dell'esistenza di un criterio guida che definisca i soggetti che hanno diritto di partecipare alle trattative – cfr. F. GUARRIELLO, *L'art. 19 dello Statuto rivisitato*, in *DLRI*, 2014, p. 773 ss., nella prospettiva del giudizio antidiscriminatorio (pur con limiti) in rapporto alla mancata ammissione alle trattative.