

LA STELLA POLARE DELL'ART. 39 COST. E I CONTRATTI COLLETTIVI DI PROSSIMITÀ

THE POLAR STAR OF THE ART. 39 COST. AND THE COLLECTIVE PROXIMITY AGREEMENTS

di *Giada Della Rocca* *

ABSTRACT

L'articolo analizza i profili di rilevanza costituzionale dei contratti collettivi aziendali di prossimità, previsti dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 conv. legge n. 148/2011, rispetto all'art. 39 Cost., sia in riferimento al principio di libertà sindacale sia in relazione al tema dell'efficacia generale, rianimati dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2023.

The article analyzes the profiles of constitutional relevance of the proximity company collective agreements, provided by the art. 8 of the legislative decree no. 138/2011 conv. law n. 148/2011, with respect to art. 39 of the Constitution, both in reference to the principle of trade union freedom and with respect to the issue of general effectiveness, revived by the recent sentence of the Constitutional Court n. 52 of 2023.

SOMMARIO: 1. Contratti di prossimità e il comma 1 dell'art. 39 Cost. – 2. I contratti di prossimità e il comma 4 dell'art. 39 Cost. – 3. Brevi rilievi conclusivi.

1. Contratti di prossimità e il comma 1 dell'art. 39 Cost.

L'art. 8 del d.l. n. 138/2011 conv. legge n. 148/2011 ha suscitato numerose questioni interpretative riguardo alla compatibilità degli accordi ivi previsti, aziendali e territoriali, comunemente identificati come contratti di prossimità, con l'art. 39

* Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

Cost., sia in riferimento alla lesione del principio di libertà sindacale – intesa sia quale libertà del singolo lavoratore di associarsi in formazioni sindacali sia come libertà del sindacato di organizzarsi per svolgere la funzione di rappresentanza dei propri iscritti –, previsto al comma 1, sia rispetto all’efficacia generale – che subordina la possibilità per i sindacati di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes* alla sussistenza di specifici presupposti procedurali e soggettivi –, prevista al comma 4.

Com’è noto, il comma 1 dell’art. 8 afferma che “i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggior 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”.

Per la validità dell’accordo è, dunque, necessario che questo sia sottoscritto da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale: l’uso della “o” indica la sufficienza di tale rappresentatività sull’uno oppure sull’altro piano alternativamente, mentre l’espressione “da” e non “dalle” permette la stipulazione anche da parte di una soltanto di tali associazioni¹. Secondo l’art. 8, inoltre, i contratti collettivi aziendali possono essere stipulati non solo dalle associazioni comparativamente più rappresentative² sul piano nazionale o territoriale, ma anche dalle “loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011”.

Evidente caratteristica dell’art. 8 sarebbe quella di intervenire, da una parte, nella questione della prevalenza dell’accordo di secondo livello su quello di primo livello e, dall’altra, sulla “neutralizzazione del dissenso del singolo”³ attribuendo

¹ A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, in questa *Rivista*, 2011, p. 684.

² Di dubbia funzionalità è la riproposizione del parametro di associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, in quanto già in passato la rappresentatività così individuata aveva sollevato nella prassi qualche difficoltà con conseguenti problemi di delegittimazione, v. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 133/2011, p. 18.

³ V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione tenuta al XVII Congresso Nazionale Aidalass tenutosi a Pisa il 7,8 e 9 giugno 2012, p. 9; G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in questa *Rivista*, 2012, p. 157.

l'efficacia *erga omnes* alle intese sottoscritte con le procedure descritte dalla norma stessa. Da questo punto di vista l'art. 8 appare, innanzitutto, in contrasto con la classica nozione di libertà sindacale prevista dall'art. 39, comma 1, Cost.

Nel comma 1 dell'art. 39 Cost. sono riconosciute e garantite sia la libertà individuale del prestatore di tutelare in forma organizzata i propri interessi di lavoro, sia la libertà del gruppo organizzato di selezionare l'interesse collettivo di identificazione⁴. È, quindi, un accentuato pluralismo rappresentativo a caratterizzare il nostro sistema di relazioni industriali⁵ quale espressione della libertà di scelta dell'interesse nel quale cercare realizzazione e delle modalità organizzative attraverso le quali perseguire l'autotutela dei rapporti individuali di lavoro⁶, fondamento dell'autonomia collettiva⁷.

L'attività sindacale⁸, pertanto, risulta storicamente declinata in ragione di una pluralità di modelli organizzativi⁹ e di parametri di aggruppamento ed individua-

⁴ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, Torino, 2017, p. 81; Corte cost. n. 29/1960, che ha espresso il principio di bilateralità della libertà sindacale, riferendo il dettato costituzionale anche alle associazioni sindacali datoriali e Corte cost. n. 241/1975, che ha considerato estesa la tutela costituzionale anche ai lavoratori autonomi parasubordinati.

⁵ «La tutela della libertà sindacale presuppone comunque la potenziale frammentazione dei soggetti sulla base degli specifici interessi collettivi», F. SANTONI, *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 343.

⁶ Secondo la lettura «ampia» dell'art. 39 Cost., comma 1, data da Corte cost. n. 29/1960. e, successivamente, in dottrina, da E. GHERA, in U. PROSPERETTI (diretto da) *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, p. 413 ss., G. GIUGNI, *Sub art. 39*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, p. 266 ss.; G. PERA, *libertà sindacale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 523 ss.

⁷ La prima completa sistematizzazione del principio di autonomia negoziale collettiva è, unanimemente, fatto risalire a F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1949, p. 138; quindi U. PROSPERETTI, *Preliminari sull'autonomia sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1955, I, p. 158.

⁸ Nel senso che l'attività sindacale è funzionalmente tipica P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Roma, 1998, p. 20; sulla tipicità dell'attività sindacale, cfr., *ex pluribus*, R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1978, p. 1978; U. PROSPERETTI, *Libertà sindacale (premesse generali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, p. 497, per il quale la garanzia costituzionale di cui all'art. 39, comma 1, Cost., si distingue dalla generale libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. nella misura in cui questa implica un potere (non solo) di autorganizzazione interna e (in particolare) di attribuzione al sindacato della possibilità giuridica di porre una «disciplina degli interessi collettivi professionali indipendentemente dalla normativa statale»; R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. Autotutela degli interessi di lavoro*, Milano, 1963, nota 7 di p. 8, per il quale una differenza tra le associazioni non riconosciute ed i sindacati, deve essere rinvenuta proprio nella circostanza per cui «mentre la scelta e la determinazione dei fini delle prime è lasciata all'esercizio della autonomia privata, i fini dei secondi e i relativi interessi sono predeterminati dall'ordinamento costituzionale».

⁹ L'art. 39 Cost., non impone alcun modello organizzativo per lo svolgimento dell'attività sindacale potendo questa consistere, nel suo nucleo essenziale, nella semplice organizzazione dell'attività indivi-

zione dell'interesse collettivo stesso¹⁰, incluso il diverso orientamento politico e ideologico¹¹ cui ciascuna coalizione aderisce. La convivenza di più organizzazioni sindacali nel medesimo ambito di riferimento non comporta conflitti tra libertà concorrenti se considerata nella sua componente statica di pluralismo rappresentativo, rilevando, in tal senso, la dimensione assoluta della garanzia costituzionale intesa come diritto di espressione nell'interesse collettivo.

Tuttavia, la soddisfazione dell'interesse prescelto nella negoziazione collettiva ovvero la sua rivendicazione conflittuale comportano un inevitabile confronto tra concorrenti libertà collettive¹² e tra libertà collettiva ed individuale dei singoli aderenti¹³. Infatti, da un lato ogni gruppo organizzato si trova a confrontare la propria attitudine rappresentativa con le organizzazioni operanti nel medesimo settore ed ambito; dall'altro, nei rapporti con i propri iscritti, l'imputazione soggettiva dell'interesse collettivo in capo al gruppo, implica che questo si ponga nei confronti dei singoli come fonte eteronoma¹⁴.

duale, così come storicamente verificatosi nell'esperienza precostituzionale; G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Scritti giuridici*, vol. VI, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, 1948, pp. 24 e 37. Per tutti, M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO-G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, spec. p. 72 ss.

¹⁰F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1949, p. 177 che giustificava l'autonomia ed indivisibilità dell'interesse collettivo definendolo "l'interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare non già il bisogno individuale di una o alcune di quelle persone, ma il bisogno comune di tutte". Cfr. anche M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1962, p. 22 ss. *Contra*, nel senso cioè della inutilità di enucleare un concetto di interesse collettivo accanto alla posizione giuridica fondamentale dei singoli individui, v. R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, cit. p. 56. e G. BALZARINI, *Considerazioni sulla nozione di autonomia collettiva con riguardo al diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. in comp. lav.*, 1964, p. 1 ss. Per l'avvicinarsi storico dei differenti modelli organizzativi, v. G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Bari, 2001, p. 41 ss.

¹¹Cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, cit., p. 94, per il quale il fenomeno del pluralismo sindacale "si manifesta in modo davvero marcoscopico nella presenza di più sindacati per ogni ramo d'industria, come conseguenza della divisione del movimento sindacale in confederazioni ideologicamente rispecchianti le divisioni politiche del Paese".

¹²Sul punto, cfr. F. SCARPELLI, *Una riflessione sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 3 ss.; A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 29; G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 487; M. MAGNANI, *28 giugno 2011, come cambiano le relazioni industriali italiane? Opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 642.

¹³Sottolinea le difficoltà di garantire a tutti gli interessi organizzati la possibilità di esprimersi a pari titolo, nell'ambito di un sistema pluralista. P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Roma, 1998, p. 119.

¹⁴Anche ove si volesse rinvenire, come teorizzato da autorevole dottrina, l'efficacia delle pattuizioni collettive dal rinvio espresso in sede di contrattazione individuale v. G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989, p. 144.

È la stessa Costituzione ad esaltare la portata eteronoma della regolamentazione pattizia, presentando un sistema di relazioni industriali che coniuga pluralismo sindacale ed unicità dell'agente negoziale e inalveando la libera scelta organizzativa del singolo verso una contrattazione svolta secondo il modello della rappresentanza proporzionale¹⁵, mutuato dalla democrazia politica.

L'evoluzione del concorso fra interessi concorrenti di gruppo e tra interesse individuale e collettivo ha trovato composizione in regole poste al di fuori della coalizione di appartenenza, andando oltre i principi della rappresentanza associativa e dell'adesione volontaria quali strumenti di formazione ed imputazione dell'interesse stesso¹⁶.

Invero, la coesistenza di più organizzazioni concorrenti implica che la funzione normativa del contratto collettivo, seppur collegata al "potere originario del gruppo organizzato"¹⁷, sia attribuita dal legislatore ovvero dal contropotere datoriale in ragione della forza rappresentativa del sindacato¹⁸.

Per quanto attiene alla contrattazione rinviata, la norma rinviante prevede che la funzione normativa del sindacato possa essere esercitata oltre i limiti del mandato associativo¹⁹, pur non mutando la natura privatistica del prodotto della negoziazione²⁰. Infatti, anche nella contrattazione rinviata, le determinazioni collettive restano prodotto dell'autonomia privata collettiva, non consentendo di ricondurre il contratto selezionato nell'ambito delle fonti formali dell'ordinamento statale, ossia una fonte atto

¹⁵ Sottolinea M. MAGNANI, *La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 4, p. 967, come la contrapposizione tra comma 1 e seconda parte dell'art. 39 Cost. "faccia parte del DNA del nostro diritto sindacale".

¹⁶ Per tutti, G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, cit., pp. 25-26.

¹⁷ Non riveniente dunque dal mandato conferito dai singoli lavoratori, secondo la teoria espressa da M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, cit., p. 142. Per l'A., infatti, il potere di rappresentare i singoli nella realizzazione dell'interesse collettivo "deve ritenersi che si tratti di poteri e di posizioni giuridiche che non derivano dall'atto di adesione dei singoli lavoratori al sindacato, ma che trovano la loro origine nella organizzazione stessa di quest'ultimo".

¹⁸ "La maggiore rappresentatività non è, infatti, la capacità di soddisfare la domanda dei lavoratori, ma l'individuazione della coesistenza sociale del potere sindacale, che è appunto la sua forza rappresentativa", v. M. NAPOLI, *Occupazione rappresentatività conflitto, note di legislazione del lavoro (1987-1991)*, Torino, 1992, p. 229.

¹⁹ È stato sostenuto come "la rappresentatività del sindacato stipulante rappresenti l'*escamotage* con il quale il diritto del lavoro tenta di eludere i rischi connessi al dissenso individuale"; cfr. V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell' "archetipo" Fiat di Pomigliano D'Arco*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2010, n. 3, p. 10 che sul punto rinvia a A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 381 ss.

²⁰ L'utilizzazione da parte della legge di alcuni prodotti dell'autonomia collettiva non la funzionalizza in senso pubblicistico, trattandosi di un effetto legale esterno al libero negozio privatistico", così A. VALLEBONA, *L'autonomia privata collettiva nel diritto vivente*, in questa *Rivista*, 8/9, 2008, p. 623.

ovvero fonte fatto²¹. Il legislatore, affidandosi al criterio del sindacato comparativamente più rappresentativo²², ricorrere alla selezione di un unico contratto collettivo cui assegnare la funzione di svolgimento del precetto legale²³, superando il criterio del sindacato maggiormente rappresentativo a livello confederale²⁴, figlio della necessaria convergenza verso solidarietà di classe. Nell'impiego pubblico privatizzato, la legge fa ricorso al principio maggioritario e definisce i requisiti di rappresentatività degli attori legittimati a negoziare e sottoscrivere il contratto collettivo, fissando altresì i rapporti tra prodotti contrattuali stipulati a livelli differenti.

A ben vedere, in entrambi i casi, seppur il pluralismo sindacale venga salvaguardato nella sua componente organizzativa²⁵, tuttavia gli effetti delle diverse regole di selezione hanno una ricaduta sui rapporti tra organizzazioni sindacali concorrenti e sulla dimensione individuale della libertà sindacale, poiché il lavoratore non può vantare pretese individuali non rinvenibili dall'organizzazione cui ha conferito mandato²⁶ e, quindi, il singolo rapporto di lavoro in questo caso è disciplinato da organizzazioni sindacali diverse da quella di appartenenza.

²¹ Fonte atto nell'analisi di A. PIZZOFRERATO, *Il c.c.n.l. quale strumento di attuazione delle direttive comunitarie: verso una possibile revisione del ruolo delle fonti in materia sociale*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 116 ss.; ovvero fonte fatto, come sostiene G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, p. 198 ss. Per una completa sintesi del dibattito in materia si rinvia a AA.VV. *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia, Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002.

²² P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 2, p. 378 ss.; ID., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005, p. 116 ss.; P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, n. 2, pp. 367 ss.; M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 546.

²³ In tal senso si è correttamente sostenuto come la legge "costituisca la fonte della rappresentatività sindacale, nel senso che essa non solo stabilisce i poteri e le situazioni per le quali tale rapporto si instaura, ma è anche fonte in senso proprio perché costituisce il titolo per esercitare le funzioni rappresentative", v. P. GRECO, *La rappresentatività sindacale*, Torino, 1996, p. 68.

²⁴ La rilevanza giuridica del criterio è fatta risalire all'art. 19 Stat. Lav., nella sua formulazione preferendaria, *ex pluribus*, cfr U. PROSPERETTI-V. SIMI-C. SMURAGLIA, in *La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori*, Atti delle giornate di studio di Perugia, 22-23 maggio 1970, Milano, 1971, rispettivamente p. 56, p. 94, p. 114; R. FERRUCCI, *Il sistema costituzionale e l'organizzazione sindacale interna all'impresa (a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori)*, in *Riv. giur. lav.*, 1970, I, p. 563; A. VALLEBONA, *Il padre disconosce il cambiamento del figlio: critica alla tesi del Prof. Giugni sulla parziale abrogazione referendaria dell'art. 19, Stat. lav.*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 153; G. GIUGNI, *Il sindacato rappresentativo nello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, p. 305; ID., *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 357; Corte cost. n. 54/1974; Corte cost. n. 30/1990; Corte cost. n. 334/1988.

²⁵ Cfr. A. VALLEBONA, *L'autonomia privata collettiva nel diritto vivente*, cit., p. 623.

²⁶ Secondo M.G. GAROFALO, *Crisi del sistema di relazione industriali e legittimazione della rappresentanza*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*,

In altri termini, dal punto di vista della negoziazione, la prevalenza dell'associazionismo sindacale sugli altri gruppi organizzati e delle organizzazioni qualificate sulle altre viene a turbare la logica stessa della garanzia costituzionale del pluralismo rappresentativo, per cui ciascun sindacato dovrebbe tutelare gli interessi dei propri iscritti, segnando quello che viene definito come il passaggio dalla rappresentanza alla rappresentatività²⁷. Come individuale e collettivo si compongono nella scelta organizzativa iniziale, questo processo viene a scomporsi nella prospettiva dell'efficacia del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro²⁸ dove la selezione del contratto collettivo si sgancia dall'originaria scelta del singolo.

È noto come la Corte Costituzionale sia intervenuta su tali interventi legislativi affermando la superiorità dell'interesse generale su quello collettivo²⁹ e l'inesistenza di una riserva normativa a favore dei sindacati in materia di disciplina del rapporto di lavoro³⁰. Ciò ha comportato rinvii legali selettivi anche in funzione non soltanto derogatoria, nell'impiego privato, e una "minuziosa regolamentazione legale degli aspetti fondamentali della contrattazione collettiva, nel settore pubblico"³¹.

È, comunque, il potere di accreditamento datoriale che riconosce al contratto

Napoli, 2010, p. 41 "non è certo nuovo il fenomeno per cui nei confronti di alcuni lavoratori il contratto collettivo, in quanto autonomamente voluto dalla collettività organizzata si presenti come un comando, come una regola eteronoma e non autonoma".

²⁷ Secondo B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Rappresentanza e Rappresentatività*, Atti delle giornate di studio di Macerata 5,6, maggio 1989, Milano, 1990, pp. 14 e 15, nel concetto di rappresentatività va ricompresa l'idoneità dell'organizzazione sindacale a farsi portatrice degli interessi unitari del gruppo, ma anche la capacità dell'organizzazione di interpretare la volontà collettiva di rappresentarla per esplicito conferimento di un mandato; in questo senso il sindacato finisce col porsi soprattutto come un'entità autonoma e non come mero rappresentante.

²⁸ F. LISO, *Intervento*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass, Pesaro-Urbino, 2002, Milano, p. 725 secondo il quale il rinvio ai contratti autorizzati pone un sostanziale filtro a tutta la contrattazione, anche cioè a quelle parti del contratto che non esprimono un rinvio legale.

²⁹ La stessa Corte Costituzionale, pur essendosi espressa nel senso della immediata precettività della tutela costituzionale dell'autonomia collettiva e della conseguente impossibilità per il legislatore di rimuoverne gli effetti (Cass. n. 3789/1978), ha tuttavia rilevato (Corte cost. n. 34/1985) l'inesistenza di una riserva normativa a favore dei sindacati e la prevalenza dell'interesse generale su quello collettivo. Con la sentenza n. 492/1995, la Corte ha altresì desunto dall'art. 39 Cost. il principio secondo il quale, laddove si renda necessaria od opportuna una selezione delle associazioni sindacali cui estendere misure di sostegno, il criterio di selezione deve essere quello della maggiore rappresentatività, da accertarsi non una volta per tutte, ma in modo da consentire una verifica periodica, poiché essa è "per sua natura soggetta a variazioni sia in aumento che in diminuzione, per cui non pare consentito perpetuare una situazione che deve invece essere considerata contingente".

³⁰ G. GIUGNI, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *Dir. econ.*, 1959, p. 866 ss., ove considera l'inderogabilità assoluta delle norme di legge un retaggio corporativo sicché "l'inderogabilità unidirezionale non è un dato metastorico, ma discende da precise scelte di politica del diritto".

³¹ A. VALLEBONA, *Diritto Sindacale*, cit., p. 246; Corte cost. n. 313/1996; Corte cost. n. 309/1997.

collettivo accreditato effetti normativi sul rapporto di lavoro dei prestatori aderenti a coalizioni diverse da quella firmataria,³² anche al di fuori dei casi di rinvio legale e dell'impiego pubblico privatizzato. Sicché, l'interesse del datore di lavoro alla selezione della controparte con cui negoziare le modalità di esercizio dell'impresa³³, scompare³⁴ gli effetti del contratto collettivo dalla dichiarazione individuale di volontà del prestatore, pur non incidendo sul pluralismo rappresentativo, neppure dove la negoziazione sia contrattualmente indirizzata³⁵.

Pertanto, quale che sia il criterio adottato, sul piano contrattuale la composizione del pluralismo organizzativo si dispiega necessariamente nella prevalenza delle scelte di un gruppo organizzato su quelle dei singoli e degli altri gruppi organizzati³⁶.

Come evidenziato, l'art. 8 della legge n. 148/2011 ha previsto l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali e territoriali sottoscritti secondo un principio maggioritario da agenti negoziali qualificati ed a condizione, da un lato, di essere finalizzati a scopi di incremento dell'occupazione, della competitività o di gestione delle crisi aziendali e, dall'altro, di riferirsi alle materie tassativamente indicate dalla legge stessa.

In tale ipotesi, la legittimità costituzionale della norma rispetto al comma 1 del-

³² L'esigenza di una uniforme gestione dei rapporti alle dipendenze dell'impresa aveva, in passato, portato alla teorizzazione della indivisibilità degli interessi collettivi aziendali, cfr. G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, p. 181 ss.; F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 21 ss.; M.N. BETTINI, *Efficacia del contratto collettivo aziendale*, in *Soluzionilavoro.it*, 2017; Corte cost. n. 96/1987; Cass. n. 19396/2014; Cass. n. 11939/2004; Cass., n. 4218/202; Cass., n. 17674/2002; Cass. n. 5584/1999; Cass. n. 1438/1993.

³³ G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968, p. 19. Per una efficace sintesi delle posizioni dottrinali formatasi sulla dibattuta questione della funzione del contratto collettivo (argomento che l'economia del presente scritto non consente di affrontare), si rinvia a V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli, 2008, spec. p. 193 ss.

³⁴ Secondo P.G. ALLEVA, *Rappresentanza, rappresentatività sindacale e riforma del sistema contrattuale*, in *www.adapt.it*, p. 6, "(...) questo significa che quei due fondamentali effetti di unicità del contratto e di sua efficacia nel sistema dell'ordinamento di fatto non sono per nulla conseguenza della rappresentatività maggiore o minore delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, ossia della fiducia che esse hanno meritato tra i lavoratori, e da questi manifestata con il voto o con l'adesione associativa, ma di scelte di comodo della parte datoriale".

³⁵ Sull'argomento, per tutti, cfr. C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992, spec. p. 224 ss. Il potere del datore di lavoro di negoziare con qualsiasi sindacato deve intendersi infatti libero anche allorché questi si sia contrattualmente impegnato a negoziare con alcune organizzazioni sindacali. *Contra* R. PESSI, *Le regole della rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 440, per il quale il datore di lavoro sarebbe invece obbligato a rifiutare le trattative proposte da altre organizzazioni dei lavoratori.

³⁶ In tal senso, per tutti, G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, cit., pp. 143-144, "(...) le fonti collettive, seppure trovano il titolo della loro operatività quali fonti di disciplina del contratto individuale nella volontà della parti di tale rapporto, e dunque, in un atto di *autonomia* negoziale, si pongono sempre come fonti di disciplina *eteronoma* del rapporto".

l'art 39 Cost., può ritenersi salvaguardata alla sola condizione che “alla trattativa e alla stipulazione a maggioranza [...] possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell’ambito dei lavoratori interessati³⁷” per la necessaria tutela delle minoranze. Diversamente, nonostante l’adozione del criterio maggioritario nell’ambito di riferimento negoziale, la disciplina sarebbe incostituzionale per violazione della libertà di organizzazione sindacale, non potendo il semplice rinvio al sindacato comparativamente più rappresentativo giustificare una diretta efficacia generalizzata del prodotto negoziale, per la quale è necessaria “una rappresentanza trattante aperta a tutti con stipulazione a maggioranza in proporzione agli iscritti”³⁸.

2. I contratti di prossimità e il comma 4 dell’art. 39 Cost.

La disciplina prevista dall’art. 8, comma 1, della legge n. 148/2011, nel prevedere espressamente contratti collettivi aziendali e territoriali con efficacia generale, ha suscitato vari dubbi anche rispetto al meccanismo di conferimento dell’efficacia generalizzata del contratto collettivo prevista dal comma 4 dell’art. 39 Cost.³⁹.

³⁷ A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali*, cit., p. 686 che prosegue: “Sicché i contratti collettivi con valida efficacia generale potrebbero essere quelli stipulati dalle r.s.u. oppure da un gruppo di r.s.a. o di sindacati esterni aperto alla partecipazione di tutti i sindacati e/o da loro rappresentanze aventi in azienda un numero ragionevole di iscritti, che la Corte costituzionale potrebbe individuare ad esempio nel 5% del personale”; C. ASSANTI-G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 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”.

³⁸ A. VALLEBONA, *op loc. ult. cit.*, p. 686.

³⁹ *Ex pluribus*, si rinvia, per quanti ritengono costituzionalmente illegittima la previsione: M. RUSCIANO, *L’art. 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza e libertà*, 9 settembre 2011; G. FERRARO, *L’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Quaderni Fond. M. Biagi*, 2011, VI, 2, p. 22; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, 127, p. 12; A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2012, 139, p. 8; A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali*, cit., p. 685; M.C. CAUDADELLA, *L’efficacia generale degli accordi aziendali e territoriali*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, pp. 59-72. Per la teoria opposta, E. GHERA, *L’art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 202, 2014, p. 8; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’art 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138*, in *Cuore&Critica.it*, n. 138, 2011, p. 2; E. ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, 134, p. 26; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, n. 132 che assumono la natura gestionale delle “specifiche intese” previste dal legislatore. In generale, sull’art. 39 Cost., comma 4, si deve ricordare M. D’ANTONA, *Il quarto*

Fermo restando che i contratti collettivi possono avere efficacia generale solo se stipulati nel rispetto della disciplina dell'art. 39, comma 4, Cost.⁴⁰, resta da chiarire se l'art. 39 Cost. riguardi solo i contratti collettivi di categoria o possa riferirsi anche a quelli aziendali e, in particolare, ai contratti di prossimità previsti dall'art. 8.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 8 della legge n. 148/2011, l'assenza di una compiuta disciplina legislativa inerente l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali creava potenzialmente dei problemi inerenti all'applicabilità delle clausole contrattate alla totalità dei lavoratori presenti all'interno della struttura produttiva a cui il contratto si riferiva soprattutto allorché si è diffusa la prassi di utilizzare il contratto aziendale non esclusivamente con finalità acquisitiva, ma anche ablativa o gestionale (la c.d. "contrattazione in perdita"). Nessun problema sorge infatti ai fini del valore *erga omnes* del contratto aziendale laddove si abbia a che fare con contratti acquisitivi, in quanto appunto migliorativi dei trattamenti dei lavoratori, rispettosi del principio del *favor* verso quest'ultimo ed insuscettibili di causare eventuali dissensi individuali: in tali casi è stato sufficiente riferirsi a principi quali l'idea della vincolatività del contratto per l'intera "comunità aziendale" o la sufficienza della sottoscrizione del contratto da parte del datore di lavoro. I dubbi relativi all'efficacia generale della contrattazione aziendale hanno riguardato la contrattazione gestionale, soprattutto, come abbiamo visto, nel momento in cui interviene un dissenso esplicito da parte del lavoratore o del sindacato cui quest'ultimo è associato.

L'art. 8 non detta una disciplina generale, ma regola solo alcune ipotesi determinate. Infatti, il sistema alternativo creato dal suddetto articolo è destinato ad operare solo al ricorrere dei requisiti individuati dalla stessa norma ed inoltre è sempre ritenuto possibile ed opportuno un sindacato del giudice sulla congruità delle intese in deroga rispetto alle finalità e alle materie indicati nella norma⁴¹.

C'è da dire, poi, che il riconoscimento legislativo della deroga⁴² non dovrebbe avere comunque effetti su quell'orientamento giurisprudenziale che accordava, già

comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi, in B. CARUSO-S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Milano, 2000, p. 399 ss.

⁴⁰ A. VALLEBONA, *op loc. ult. cit.*, p. 685; R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 3 ss.

⁴¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 L. 148/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 21.

⁴² Sul tema ampio della "deroga", che l'economia del presente contributo non consente di affrontare, *ex pluribus*, cfr., E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2014, n. 1, p. 185-186 per il quale "la criticità dell'art. 8 non è tanto nella efficacia *erga omnes* quanto nella efficacia derogatoria conferita ai contratti di prossimità"; R. PESSI, *La contrattazione in deroga*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, 2012, Milano, pp. 317-330; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, n. 129; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, 1994, p. 192; G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, 1987, pp. 256-257.

prima dell'art. 8 legge n. 148/2011, prevalenza al contratto collettivo di livello aziendale. Infatti, con la previsione legale non si propone un cambiamento radicale dell'intero sistema sindacale e della contrattazione collettiva, ma si detta una regola specifica di natura eccezionale: al di là delle ipotesi previste dall'art. 8 legge n. 148/2011, continuerà a porsi un problema di conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, rispetto al quale la norma rimarrà ininfluenza. È stato, infatti, sostenuto ragionevolmente in dottrina come l'orientamento giurisprudenziale consolidato che, sulla scorta del diritto dei contratti, assicura prevalenza al contratto aziendale non può essere messo in discussione alla luce del recente intervento legislativo⁴³.

Anche prescindendo dall'art. 8, il contratto aziendale può derogare al contratto nazionale: la reale innovazione è costituita dall'efficacia *erga omnes* con il conseguente noto interrogativo riguardo alla questione se il contratto aziendale sia o meno ricompreso nell'art. 39 Cost. e, nell'ipotesi in cui sia ricompreso, se i criteri adottati dal legislatore siano coerenti con esso⁴⁴.

In particolare, l'art. 39, comma 4, Cost. attribuisce ai sindacati, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, la possibilità di stipulare contratti collettivi di lavoro “con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce”. La norma, non indica alcun riferimento al livello dei contratti, ma l'utilizzazione del termine “categoria” ha portato a ritenere esclusi dall'ambito di applicazione della norma costituzionale i contratti aziendali⁴⁵.

Innanzitutto, la nozione stessa di *categoria* deve essere intesa, in necessaria armonia con il principio di libertà sindacale, come il mero perimetro della comunità professionale assunta a riferimento dell'azione sindacale, senza necessità, quindi, di ancorarla a riferimenti oggettivi, merceologici o territoriali, avulsi dalle scelte sindacali; di conseguenza, la comunità professionale di riferimento potrebbe ben essere individuata anche come quella comprendente i lavoratori di una singola impresa”⁴⁶.

⁴³ V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012, p. 158.

⁴⁴ M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 308.

⁴⁵ In tal senso, E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2014, n. 1, p. 184; A. MARESCA, *Prime interpretazioni del decreto*, in *Diario del lavoro*, 2011 disponibile in www.ildiariodellavoro.it; R. DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 105, che sottolinea la riferibilità della c.d. seconda parte dell'art. 39 Cost. solo alla contrattazione nazionale; M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 49; M. MAGNANI, *La manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*, in *Cuore&Critica.it*, 2011, p. 3.

⁴⁶ V. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570 ss.; A. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, cit., p. 203, afferma “il rilevato contrasto con il dettato costituzionale riguarda anche i contratti aziendali, poiché anche il gruppo dei lavoratori dipendenti dal medesimo datore costituisce una delle “categorie alle quali il contratto si riferisce” (art. 39, comma 4, Cost.) ed i contratti aziendali sono veri contratti collettivi sottoposti a tutta la relativa disciplina”.

Inoltre, va aggiunto che non è considerazione “banale”⁴⁷ quella per cui il testo costituzionale vada contestualizzato e, quindi, va tenuto in conto che fosse normale nel 1948 il riferimento del legislatore costituente soltanto al contratto nazionale di categoria, in quanto unico residuo del sistema corporativo di cui si voleva, dunque, perpetuare la funzione di regolazione generale; tant’è, infatti, che, negli anni successivi, è stato fatto dire alla norma ben più di quanto era nei suoi espliciti intenti al momento del suo concepimento.

Infine, come autorevole dottrina ha sostenuto⁴⁸, “non si vede come un’eventuale legge attuativa, che avesse dovuto scontare la presenza del doppio livello, avrebbe trovato difficile introdurre una delegazione sindacale aziendale formata secondo la regola proporzionale/associativa, con una qualche forma di correlazione con quella nazionale; né si vede come tale legge potrebbe considerare una forzatura ritenere quella stessa regola preconditione di un’efficacia generale, non solo per la contrattazione di categoria ma anche per quella aziendale”.

Peraltro, la riferibilità dell’art. 39, comma 4, Cost. anche alla contrattazione aziendale trova conferma nella Corte cost.⁴⁹ che non ha mai espressamente escluso che l’art. 39 Cost. trovi applicazione anche per i contratti collettivi aziendali, escludendo, tuttavia, i contratti di gestione e ricomprendendo i contratti normativi (tra i quali rientrano anche quelli aziendali)⁵⁰.

⁴⁷ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.LE. Massimo D’Antona*, n. 133, 2011, p. 45.

⁴⁸ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., p. 46.

⁴⁹ Cfr. Corte cost. nn. 52/2023; 268/1994, 244/1996, 344/1996. In dottrina, cfr. G. FERRARO, *L’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 21 per il quale “...è del tutto revocabile in dubbio che la norma costituzionale non sia vincolante con riferimento al contratto aziendale. (...)”. Ciò si desume chiaramente dall’elaborazione della Corte costituzionale (v. per tutte sent. n. 268/1994) la quale differenzia i contratti collettivi, non in base al livello di operatività – come semmai fa una parte della dottrina – ma in base alla funzione esercitata, collocando in ambito separato o specialistico soltanto i contratti cd. gestionali”; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., pp. 49-52 che rinviene proprio nelle sentenze della Corte Costituzionale sulla contrattazione collettiva aziendale gestionale la principale argomentazione per contestare l’esclusione di quel livello di contrattazione dal campo di applicazione dell’art. 39 Cost.; M.C. CATAUDELLA, *L’efficacia generale degli accordi aziendali e territoriali*, cit., pp. 59-72. sottolinea come la Corte cost., affrontando il discorso dell’efficacia generalizzata degli accordi aziendali, non sia mai ricorsa all’argomentazione che vorrebbe questo livello di contrattazione escluso dalla previsione di cui al comma 4 dell’art. 39 Cost. (il riferimento, ovviamente, è a Corte cost. n. 344/1996 in materia di prestazioni indispensabili; n. 268 del 1994 sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità; n. 309/1997 nell’impiego pubblico). In generale sul dibattito relativo all’esclusione o riconduzione della contrattazione di livello aziendale all’art. 39 Cost., v. L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Torino, 2017, spec. Cap. 1.

⁵⁰ La possibilità di attribuire un’efficacia generale alla contrattazione aziendale, anche in deroga ai contratti di livello nazionale e alle norme legislative, è stata lasciata aperta da una parte della giurisprudenza, Cass. nn. 3607/1990, 298/1992, 1438/1993, 4295/1994, 11634/2004, 19351/2007. *Contra*, cfr. Cass. nn. 1403/1990, 1102/1993, 4802/1993, 4295/1994, 10353/2004, 6044/2012, 27115/2017, 31201/2021.

Da ultimo, la Corte cost. n. 52/2023 ha specificato che i contratti aziendali “ordinari” hanno un’efficacia solo “tendenzialmente” estesa a tutti i lavoratori in azienda in quanto la loro efficacia trova un limite nell’espresso dissenso dei lavoratori o associazioni sindacali che lo esprimono. E il loro dichiarato dissenso non inficia la validità dell’accordo aziendale ma incide solo sulla sua efficacia che in questo caso non è generale. Mentre i contratti di prossimità, come *species* del *genus*, vengono inquadrati come una speciale fattispecie di contratto aziendale che “ha efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati”, solo se ricorrono specifici presupposti previsti dalla legge⁵¹.

Con il sistema di efficacia generale di fonte legale, previsto dall’art. 8, il legislatore per la prima volta si è indirizzato verso il superamento del principio dell’efficacia soggettiva limitata o “tendenziale” dei contratti collettivi aziendali o territoriali per riconoscere un’efficacia generale (*erga omnes*) “eccezionale”⁵² solo ai contratti aziendali o territoriali definiti “accordi di prossimità”.

Infatti, questi contratti si caratterizzano per avere un’efficacia nei confronti di tutti i lavoratori dell’azienda “eccezionale” proprio perché sussiste solo se ricorrono specifici presupposti. Innanzitutto, occorre che l’accordo aziendale sia sottoscritto “da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda. In secondo luogo, è necessario che tali “specifiche intese” – ossia gli accordi aziendali – siano sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali – e quindi, sia il contratto territoriale sia quello aziendale si applicano a tutti i lavoratori di una determinata azienda se i soggetti stipulanti, siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentano la maggioranza dei lavoratori dell’azienda medesima.

Inoltre, l’accordo deve risultare finalizzato al perseguimento di determinati obiettivi ossia “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”⁵³. Infine, l’accordo deve riguardare “la regolazione delle materie inerenti l’organizzazione del

⁵¹ Come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. nn. 33131/2021, 16917/2021, 19660/2019.

⁵² Carattere “eccezionale” espresso da Corte cost. n. 221/2012, in *Lav. giur.*, 2012, p. 1166, con nota di M. MISCIONE, *In difesa dei “contratti di prossimità”, di competenza esclusiva dello Stato*, in questa *Rivista*, 2012, p. 915. Con tale sentenza la Corte costituzionale ha escluso la violazione della competenza legislativa delle regioni poiché la deroga riguarda materie tassative tutte attinenti all’“ordinamento civile” cui appartiene il rapporto di lavoro e quindi rimesse alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

⁵³ Obiettivo che la giurisprudenza di legittimità identifica soprattutto nel superamento di crisi aziendali e occupazionali, v. Cass. nn. 16917/2021 e 19660/2019.

lavoro e della produzione” con riferimento a specifici settori elencati dall’art. 8, comma 2⁵⁴.

Tale eccezionalità è ancora più marcata in ragione della prevista possibilità, ex art. 8 comma 2-*bis*, che il contratto collettivo aziendale di prossimità deroghi – sempre con efficacia generale – alle disposizioni di legge che disciplinano le materie suddette e le relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, “fermo restando il rispetto della Costituzione nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro”⁵⁵. A ben vedere, essendo estremamente vasto e quasi omnicomprensivo l’elenco delle materie indicate nel testo dell’art. 8, comma 2, si fornisce un potere derogatorio quasi privo di limiti al livello di contrattazione collettiva aziendale ed “una speciale forza normativa prevalente sulle fonti di grado superiore e bidirezionale: la norma in deroga può disporre anche in senso meno favorevole al lavoratore”⁵⁶.

Tuttavia, va attentamente considerato il quadro socio-economico in cui è avvenuto l’intervento legislativo, un quadro segnato dalla crisi, in particolare dal punto di vista della produttività⁵⁷. Per affrontare questa difficile situazione, si è fatto ri-

⁵⁴ Comma 2 art. 8 legge n. 148/2011: le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione 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) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento. Secondo F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., pp. 38-39, “Tale elencazione finisce per coprire un buon 50-60% di quello che viene insegnato in un corso universitario come diritto del rapporto individuale di lavoro, individuando le materie con espressioni a volte imprecise e sempre molto ampie, facendosi precedere da una clausola *omnibus*, per la quale le materie regolabili sono quelle inerenti “(vedi elencazione che precede). “Data la natura assolutamente eccezionale di questa normativa, tale e tanta da far dubitare della sua costituzionalità, è da escludere che la clausola *omnibus* premessa a “conferimento” possa trasformare l’elencazione da tassativa ad esemplificativa”. Per un’analisi critica punto per punto delle materie oggetto dell’elencazione v. L. GALANTINO, *L’art. 8 della Legge N. 148 del 2011 e il ruolo della contrattazione aziendale*, in *Quad. Fond. M. Biagi*, 2011, n. 2, pp. 7-12.

⁵⁵ Come affermato da F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., p. 76 ed *ivi* nota 114, “peggio la topa che il buco” in quanto si tratta di una copertura destinata ad essere universale prevedendo una disciplina collettiva largamente modificativa della normativa di legge.

⁵⁶ E. GHERA, *L’art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2014, n. 1, p. 183 che prosegue: “viene così derogato, a sua volta, il c.d. principio del *favor* o della inderogabilità *in peius*: la cui implicita enunciazione si rinviene nell’art. 2113 c.c.”.

⁵⁷ Il 5 agosto del 2011 sopravvenne un episodio che può definirsi “straordinario”, in quanto una let-

corso all'attenuazione della tecnica della norma inderogabile con efficacia sostitutiva, una delle tecniche storicamente fondamentali per la tutela dei lavoratori, che, nel tempo, è parsa crescere eccessivamente fino a costituire un serio ostacolo alla stessa evoluzione dinamica delle imprese. Una plausibile soluzione è dunque quella di prevedere appositi procedimenti che, partendo pur sempre da regole specifiche e certe del caso concreto, all'occorrenza consentano anche di discostarsi dalle norme inderogabili di più ampia dimensione⁵⁸.

A queste finalità risponde la disciplina in esame, a partire dalla base dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, nel quale già vengono previsti contratti aziendali con efficacia generale derogatori del contratto nazionale per "una politica di sviluppo maggiormente adeguata alle differenti necessità produttive". Con il successivo art. 8 della legge n. 148/2011 viene poi, come già evidenziato, esplicitamente riconosciuta ai contratti aziendali o territoriali la facoltà di derogare la disciplina legale e quella collettiva nazionale, nelle fondamentali materie contenute nel successivo comma, "con specifiche intese 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".

La scelta di fornire questo amplissimo potere ai sindacati a livello locale ed aziendale appare, sul piano concreto, convincente proprio in quanto essi saranno liberi di intervenire se e nei limiti in cui lo riterranno necessario per il "bene comune", in particolare per il superamento di crisi aziendali ed occupazionali, adeguando e modellando gran parte della disciplina del lavoro nelle forme più idonee e più utili in ciascuna azienda o in ciascun territorio⁵⁹.

tera della Banca Centrale Europea indirizzata al Governo Italiano conteneva direttive per "ristabilire la fiducia degli investitori": il Consiglio Direttivo chiedeva al Governo, in sostanza, di adottare con urgenza diverse misure, tra le quali quella diretta ad una riforma ulteriore del sistema di *contrattazione salariale collettiva*, "permettendo accordi a livello d'impresa in modo da ritagliare salari e condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo così questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione", v. C. PISANI, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 67 ss.

⁵⁸ In tal senso, A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali*, cit., p. 684. Secondo L. GALANTINO, *L'art. 8 della Legge N. 148 del 2011 e il ruolo della contrattazione aziendale*, in *Quad. Fond. M. Biagi*, 2011, 2, pp. 6-7, l'art. 8 rischia di "produrre una singolare eterogeneità dei fini" (...) "molto più opportuno dunque sarebbe stato che il legislatore, con chiarezza di obiettivi, avesse proceduto in prima persona all'operazione certamente necessaria di adeguamento del diritto del lavoro al mutato contesto sociale. In tal modo so sarebbe ottenuto il duplice scopo di realizzare una regolamentazione unitaria del rapporto di lavoro su tutto il territorio nazionale e di lasciare poi spazio alla contrattazione aziendale di intervenire per l'adeguamento rispetto alle diverse esigenze produttive dei singoli territori o delle aziende".

⁵⁹ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali*, cit., p. 684; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, n. 1, pp. 31-54, secondo cui ai fini della resistenza alla globalizzazione possano giovare – molto più dei contratti

3. Brevi rilievi conclusivi

Attraverso le varie pronunce della Corte costituzionale emerge come la sua posizione sia stata, da un lato, di rigida e ferma difesa della norma costituzionale⁶⁰, da un punto di vista letterale e formale, ma, dall'altra parte, si può riscontrare un atteggiamento più flessibile quando, per salvare alcune normative sottoposte al suo vaglio di legittimità, non ha esitato a ricorrere ad espedienti interpretativi⁶¹. In altri termini, tutte le volte in cui ha trovato nei vari provvedimenti legislativi uno scopo "ragionevole" ed un testo manipolabile, la Corte ha manifestato una sorta di presunzione di legittimità non esplicita allo scopo di "supplire" al vuoto normativo lasciato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost., commi 2 ss.

Certo è che "la mancata attuazione dell'art. 39 ha condizionato negativamente tutto lo sviluppo successivo del diritto sindacale, ostruendo la via di una qualunque regolazione legislativa che fosse diversa da quella costituzionalmente prevista con un'incidenza paralizzante sulla legislazione sindacale"⁶², fino al discusso art. 8, "giustificato" solo per il bene comune tanto che anche la recente sentenza della Corte Cost. n. 52 del 2023, ha trovato modo di non pronunciarsi sulla sua illegittimità costituzionale dichiarando inammissibile la questione posta dalla Corte di appello di Napoli⁶³ per lasciare le parti sociali libere di operare per come possono fuori dalle grigie dell'art. 39, in via di eccezione di una regola mai attuata.

nazionali, adusi a governare situazioni di equilibrio statico – forme dinamiche di contrattazione, che muo-
vano da problemi specifici delle singole realtà produttive e dei rispettivi mercati di riferimento.

⁶⁰ Cfr. Corte cost. n. 10/1957 per la quale è incostituzionale il rinvio legale in bianco; n. 106/1962 è incostituzionale una legislazione a tappeto che recepisca il contenuto dei contratti collettivi; n. 334/1988 è incostituzionale l'attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi stipulati dai sindacati maggiormente o comparativamente più rappresentativi in contrasto con il ben diverso principio della rappresentanza proporzionale sancito nella Costituzione.

⁶¹ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., p. 49 secondo il quale "la adamantina rigidità e nettezza della teoria viene sistematicamente elusa dalla pragmatica flessibilità e adattabilità della pratica" (...) "a testimoniare una sofisticata capacità manipolativa, spesa al servizio di una *realpolitik*, comprensibile e financo giustificabile" p. 50.

⁶² R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008, p.185. Anche secondo A. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, Milano, 2017, p. 191 "Tutta l'evoluzione del sistema è stata condizionata da siffatto accantonamento della via maestra per l'*erga omnes*, risolvendosi in una affannosa e talvolta contorta ricerca di strumenti alternativi in qualche modo compatibili con il dettato costituzionale, per fronteggiare i pressanti problemi derivanti prima dalla fuga di molti imprenditori dal contratto collettivo acquisitivo e, poi, anche dalla fuga di molti lavoratori dai contratti gestionali o ablativi. La barbarie del nostro diritto (...) consiste anche nella scelta politica di non attuare norme costituzionali così importanti, ma neppure di abrogarle o modificarle con il previsto procedimento di revisione, lasciando agli interlocutori del diritto sindacale a sbrigarcela da soli in un deleterio clima di incertezza."

⁶³ La Corte cost. con sentenza del 28 marzo 2023, n. 52 ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti dell'art. 8. da parte della Corte di Appello di

Il problema vero è a monte e risiede nell'art. 39, commi 2-4, Cost. che, come una stella morta di cui continuiamo a vedere la luce a distanza di 75 anni dalla sua previsione⁶⁴, non regge più, è anacronistico, avvinto, per contrapposizione, al sistema corporativo del quale è il figlio buono ma che di quel periodo ne porta l'impronta tanto che il timore sindacale di ingerenze da parte dello Stato fu il primo motivo ostativo alla sua attuazione e già nel 1957 la Corte cost. definiva "astratta" la "specie" di contratto collettivo ivi prevista⁶⁵. Le altre ragioni storiche di questa inadempienza costituzionale, voluta dagli stessi sindacati, sono ampiamente note; ci si chiede se oggi quelle stesse ragioni siano ancora valide, se non rientri nel "bene comune", non solo la libera competizione tra gruppi privati quanto anche avere un ordinamento sindacale chiaro e ordinato, con punti di riferimento certi. I sindacati

Napoli (sent. 3 febbraio 2022) perché ha ritenuto vi fosse un difetto di un'adeguata motivazione in ordine alla rilevanza e/o non manifesta infondatezza della questione. I Giudici partenopei avevano evidenziato che la stipula di un contratto collettivo di prossimità ha efficacia immediata e vincolante nei confronti di tutta la forza lavoro in azienda, anche laddove lo stesso sia stato stipulato da una sola sigla sindacale. Questo significa però che, di fatto, una sola sigla sindacale può decidere le "sorti lavorative" anche dei dipendenti iscritti a quelle sigle sindacali che, per loro motivi, hanno ritenuto di non dover stipulare il contratto collettivo di prossimità in questione (diniego, questo, che rientra tra le forme di c.d. "libertà sindacale negativa"). Ciò detto, la medesima Corte d'Appello rilevava come l'unico meccanismo di efficacia generalizzata possibile dei contratti collettivi sia solo quello previsto dall'art. 39, comma 4, Cost. Pertanto, considerato che l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, pur idoneo ad attuare – a livello aziendale – un'efficacia "stabile" e generalizzata dell'accordo così sottoscritto, non è una norma conforme alla previsione costituzionale. Da qui, in conclusione, la rimessione della relativa questione alla Corte Costituzionale, affinché decidesse in proposito. I medesimi Giudici partenopei hanno prospettato che, se il meccanismo previsto dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 fosse stato meramente transitorio, nessun dubbio di legittimità costituzionale si sarebbe, verosimilmente, posto: invero, l'art. 39 Cost. sembrerebbe riferirsi soltanto a meccanismi di "stabile" efficacia generalizzata dei contratti collettivi. Del resto, la stessa Corte costituzionale (n. 106/1962) non ebbe a sancire l'illegittimità costituzionale della legge n. 741/1959, che aveva portata meramente transitoria, bensì soltanto delle sue successive proroghe. Cfr. M. FERRARESI, *Accordi di prossimità efficaci erga omnes: l'art. 8, D.L. n.138/2011, al secondo vaglio della Corte costituzionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, pp. 997 ss.

⁶⁴ "... si pone all'interprete il problema di ritornare, dopo mezzo secolo, a leggere nella sua intenzione l'art. 39 della Costituzione e di reperire strumenti per fronteggiare la crisi del sistema sindacale, vero e proprio pilastro del diritto del lavoro italiano. Con tale norma, infatti, bisogna fare i conti: sia perché sta lì e non si può far finta che non esista; sia perché, nel groviglio di norme legislative e di accordi sindacali separati o contestati, essa costituisce comunque un punto di riferimento fermo ed ineludibile", così M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della costituzione*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, II, p.279.

⁶⁵ Solo pochi anni dopo la sua previsione già poneva problemi di legittimità costituzionale. La prima sentenza della Corte cost. n. 10/1957 sull'art. 39 individuava "tre specie o tipi di contratti collettivi". "Una prima specie è costituita dai contratti corporativi formati anteriormente al 1944 dalle associazioni sindacali riconosciute (...)", una seconda specie sono quelli ex art. 39 Cost. che "esiste per ora solo come possibilità astratta", una terza specie "in una fase transitoria" (e sono passati altri 66 anni) sono "i contratti cosiddetti di diritto privato" e "questa terza specie ha provocato questioni molto dibattute sulla efficacia delle disposizioni contenute nei contratti collettivi stessi e sui limiti oggettivi e soggettivi di tale efficacia".

hanno scelto la libertà, da cui è scaturito il modello pluralistico-conflittuale, ma di questa scelta se ne paga ormai da lungo tempo il prezzo in termini di disordine sociale: un proliferare di sigle sindacali, in concorrenza tra loro, ed una giungla contrattuale in cui un qualsiasi lavoratore fa fatica ad orientarsi. Non è un caso che le iscrizioni al sindacato siano ormai in continua diminuzione.

Libertà e ordine non possono più essere disgiunti. Preso atto che ormai l'art. 39, commi 2 ss., Cost "sopravvive tra una formale certificazione di esistenza ed una sostanziale pratica di elusione (...), un pezzo di articolo che c'è e non c'è al tempo stesso (...) tale da compromettere il "vecchio" ed impedire il "nuovo", il legislatore dovrebbe intervenire per "un riordino complessivo di un'area sempre più comparabile ad un'autentica giungla"⁶⁶.

L'art. 39, commi 2-4, è una stella polare non più in grado di dettare la rotta se non attraverso una sua revisione⁶⁷. Possiamo continuare ad arrampicarci sugli specchi per legittimare forme alternative di *erga omnes* che, per quanto speciali ed eccezionali, saranno sempre altro rispetto alla previsione costituzionale e quindi, teoricamente, incostituzionali.

⁶⁶ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., pp. 77-78.

⁶⁷ "La barbarie del nostro diritto (...) consiste anche nella scelta politica di non attuare norme costituzionali così importanti, ma neppure di abrogarle o modificarle con il previsto procedimento di revisione, lasciando agli interlocutori del diritto sindacale a sbrigliarsi da soli in un deleterio clima di incertezza", così A. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, op. cit., p.191. Come afferma E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 202, 2014, p.12 "I possibili percorsi sono almeno tre: l'abrogazione pure e semplice dei commi 2, 3 e 4; l'abrogazione e la sostituzione degli stessi commi con una norma che faccia rinvio alla legge ordinaria per la disciplina della rappresentanza sindacale ed il conferimento della efficacia generale ed inderogabile alla contrattazione collettiva; la conservazione della norma attuale, malgrado la sua sostanziale desuetudine". Secondo L. VALENTE, *Il feticcio dell'art. 39, comma 4, della Costituzione e le sue conseguenze sul sistema delle relazioni sindacali*, in *Lav. dir. merc.*, 2021, 3, p. 7 "per superare lo stallo si deve sostituire il quarto comma dell'articolo 39 con uno che reciti più o meno così: "La legge stabilisce i requisiti affinché il contratto collettivo sia efficace in tutta la categoria alla quale esso si riferisce".