

L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*

Edoardo Ghera

1. La crisi del modello volontario della rappresentanza sindacale: gli accordi Fiat e il sostegno legislativo ai contratti collettivi di prossimità. 181
2. La libertà di organizzazione sindacale e la speciale efficacia riconosciuta ai contratti collettivi aziendali e locali: profili di legittimità o illegittimità dell' art. 8 d. l. n.138/2011 conv. in l. n. 148/2011. 183
3. Dalla non attuazione alla rivisitazione dell'art. 39 della Costituzione: i possibili percorsi della scienza e della politica del diritto. 186

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 202/2014

1. La crisi del modello volontario della rappresentanza sindacale: gli accordi Fiat e il sostegno legislativo ai contratti collettivi di prossimità.

Cosa fare dell'art. 39 della Costituzione? L'interrogativo o meglio la risposta può sembrare scontata. Dopo sessantacinque anni di non attuazione della norma costituzionale nella sua seconda parte – i commi 2, 3 e 4 nei quali è prefigurata una disciplina dei sindacati e del contratto collettivo avente “*efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*” (c. 4) - le ragioni storiche dell'omissione del legislatore non son più in discussione. Della norma costituzionale resta, con tutto il suo vigore, il principio fondamentale della libertà sindacale (recita il c.1: *l'organizzazione sindacale è libera*) nel cui ambito di garanzia si è sviluppato e consolidato un sistema di attori e di relazioni sindacali che si è dimostrato capace di evolversi nel tempo e di autoregolarsi su basi esclusivamente volontarie. Il legislatore è intervenuto, ma fuori della previsione costituzionale, per sostenere i sindacati dei lavoratori: in particolare per assicurarne l'ingresso nelle aziende con lo statuto dei lavoratori, prima; e poi per disciplinare lo sciopero nei servizi pubblici).

Gli ultimi cinquanta anni del '900 sono stati favorevoli al movimento sindacale in Italia, più che in altri paesi europei. Le cose cambiano con il nuovo secolo che vede il sindacato costretto a misurarsi con gli scenari sempre più ardui, dell'economia globalizzata e sottomessa al potere finanziario del capitale e lo porta sulla difensiva (quando, come in altri paesi, non arretra). Inoltre il sistema politico non è più – salvo la parentesi Prodi (2006-2007) - favorevole ed i vincoli europei sono più pesanti. Si apre così una fase di divisione tra i sindacati confederali, che si manifesta anche nella linea politica e nelle scelte contrattuali, violando la prassi dell'unità di azione che è stata invece il presupposto implicito della legislazione di sostegno. Nel nuovo contesto ritorna di attualità la seconda parte dell'art. 39 cost. non tanto nella sua valenza o efficacia impeditiva di una legislazione di estensione *erga omnes* dell'efficacia del contratto collettivo, quanto come modello (o possibile strumento) di organizzazione del pluralismo sindacale *competitivo*.

In effetti negli stessi anni della crisi economica entra in crisi il sistema volontario della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva e la sua proiezione (neo)istituzionale: la figura del *sindacato maggiormente rappresentativo*, riconosciuto dalla legge sulla base di un criterio di rappresentatività presunta (maggiore oppure comparata). Tra il 2010 e il 2011 si verificano due importanti fatti nuovi, tra loro strettamente collegati: la vicenda FIAT e l'emanazione dell'art.8 d. l. n.138/2011 conv. in L. n.148/2011. È allora naturale chiedersi quale sia o possa essere la collocazione o meglio il grado di devianza di questi fatti (e delle loro conseguenze) rispetto al modello disegnato dall'art.39 della Costituzione.

Nella vicenda FIAT l'azienda disdetta il contratto nazionale di categoria e si separa dalla Confindustria per passare – vera novità per l'Italia – ad un sistema di contrattazione aziendale *esclusiva* sul modello americano. L'intesa è raggiunta con due su tre dei sindacati confederali: uno, la FIOM CGIL rifiuta la firma del nuovo contratto che viene sottoposto (altra prassi inedita) ad un referendum improprio – perché indetto al di fuori del modello unitario previsto dall'art. 21 st. lav. - tra i lavoratori interessati, con esito favorevole per l'azienda e i sindacati firmatari (seguirà una lunga vertenza giudiziaria FIOM – FIAT il cui risultato finale è stato favorevole al sindacato FIOM per

quanto attiene alla rappresentanza in azienda⁵⁴⁷, ma non ha intaccato la validità del contratto c.d. separato e la sua applicazione concreta. Insomma la rottura del modello contrattuale centralizzato rimane, con l'effetto di separare il settore auto dal resto dell'industria meccanica e metalurgica.

Ed è su tale rottura, con l'esplicito obiettivo di consolidarla sul piano giuridico, che si innesta l'intervento del legislatore (il governo con un decreto-legge approvato dal parlamento). L'art.8 chiama in causa direttamente l'art. 39 cost. perché, oltre ad avere introdotto una norma transitoria (c.3) di salvaguardia (retroattiva) degli accordi FIAT, ha previsto la nuova figura dei contratti collettivi di prossimità – e cioè sottoscritti a livello aziendale o territoriale – dotati di *“efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati”*. Tale efficacia è subordinata (c.1), per altro, alla condizione che la sottoscrizione sia avvenuta per mano *“di associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano aziendale o territoriale ovvero delle 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”*; ed inoltre – anche questa è una novità – *“sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali.”* A questi requisiti soggettivi il legislatore fa seguire (cfr. ancora il c.1) ulteriori requisiti - o limiti - di scopo e di materia. I contratti di prossimità devono infatti essere finalizzati all'incremento dell'occupazione, al miglioramento della qualità dei contratti di lavoro e agli altri obiettivi (incrementi di competitività e di salario, investimenti, forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, gestione di crisi aziendali e occupazionali) indicati dalla stessa norma; e possono riguardare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione elencate nel successivo c.2 e in specie: *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) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, compresi i rapporti atipici anche di lavoro autonomo, 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 il licenziamento in caso di adozione o affidamento”*.

La quantità e l'estensione delle materie in elenco ed il loro intreccio con gli obiettivi assegnati dalla legge, lasciano intendere la volontà politica di fare della contrattazione di prossimità lo strumento privilegiato per la flessibilità e l'adattamento della disciplina del rapporto di lavoro (e quindi del trattamento dei lavoratori) alle esigenze della produzione.

⁵⁴⁷ Si v. Corte cost. 13 luglio 2013 n. 231 in *Arg. Dir. Lav.* 2013, p. 1396 ss. e *ivi* p.1407 ss. il commento di V. Di Stefano *La corte costituzionale e l'art 19 dello statuto dei lavoratori: molto più che un semplice aggiornamento*. La sentenza ha dichiarato illegittima la norma dell'art. 19 l. 20 maggio 1970 n. 300, nella parte in cui non riconosce il diritto alla (costituzione della) rappresentanza aziendale *“alle associazioni sindacali che pur non avendo sottoscritto i contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*.

Ma non è tutto. L'art.8 attribuisce (c. 2 bis) ai contratti collettivi di prossimità anche la capacità (il potere) di derogare, nelle stesse materie, anche alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali. Alla efficacia generale si aggiunge così 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 (viene così derogato, a sua volta, il c.d. principio del *favor* o della inderogabilità *in pejus*: la cui implicita enunciazione si rinviene nell'art. 2113 c.c.). Da notare che la suddetta capacità derogatoria, pur andando incontro ad importanti limiti di natura *ordinamentale* (e cioè vincolanti al rispetto dei principi costituzionali, delle norme comunitarie e delle norme internazionali), non è circoscritta a specifiche materie, anche ampie, ma si estende alla totalità o quasi della disciplina del rapporto e dei diritti che ne derivano al prestatore di lavoro. Vi è quindi una devoluzione della funzione normativa ai contratti decentrati che va oltre il consueto rinvio della legge ai contratti collettivi per integrare o anche derogare le proprie disposizioni. Con l'art.8, insomma, vi è la possibilità che attraverso la contrattazione di prossimità si arrivi ad un decentramento spinto delle relazioni sindacali e ad una altrettanto spinta - al ribasso - differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro.

Al di là della prudenza (o dell'incertezza?) delle parole usate dal legislatore (si parla di *intese specifiche* e di *efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*), la norma conferisce ai contratti di prossimità una efficacia soggettiva non diversa da quella prevista dal c.4 dell'art.39 cost. ed attribuisce ai soggetti collettivi autorizzati dal c.1 dell'art.8 un potere normativo *erga omnes* analogo a quello attribuito dalla norma costituzionale ai sindacati registrati. L'art. 8 è quindi sospettabile di illegittimità, essendo vietato al legislatore emanare norme rivolte ad ottenere il medesimo "*risultato della dilatazione o estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria in maniera diversa da quella stabilita al precetto costituzionale*"(così Corte cost. 19 dicembre 1962 n.103).

2. La libertà di organizzazione sindacale e la speciale efficacia riconosciuta ai contratti collettivi aziendali e locali: profili di legittimità o illegittimità dell'art. 8 d. l. n.138/2011 conv. in l. n. 148/2011.

Gli accordi siglati tra le aziende del gruppo FIAT e i sindacati di categoria, eccetto la FIOM-CGIL, non pongono problemi a fronte dell'art. 39. La sottoscrizione o meno dei contratti collettivi è una facoltà sicuramente compresa nella libertà sindacale; e lo stesso deve dirsi della partecipazione al negoziato e, a monte, della decisione di trattare con l'uno o l'altro sindacato dei lavoratori (evidentemente in presenza di una pluralità di organizzazioni all'interno della medesima categoria o azienda). La libertà sindacale è infatti riconosciuta nel comma 1 non tanto (solo) come libertà di associazione quanto come autonomia collettiva ovvero potere di organizzazione ed azione per la tutela dei gruppi professionali e in genere degli interessi collettivi rilevanti nei rapporti di lavoro e nel conflitto di lavoro. In questo senso si può affermare che l'art.39 c.1 funge, oltre che da norma di riconoscimento del conflitto, da norma di raccordo tra l'ordinamento dello stato e l'autonomia collettiva come ordinamento particolare (e tuttavia originario a fronte del primo ordinamento)⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Si v. G. Giugni *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* Giuffrè Milano 1960 p. 22 ss. e ivi p. 46-48. Sulla relazione tra l'art.39 e l'ordinamento intersindacale mi permetto di rinviare al mio *Sulle fonti del diritto del lavoro* in *Riv. It. Sc. Giur.* (nuova serie) 2010, p. 306 e ss.

L'unico aspetto costituzionalmente sensibile – come dimostra proprio la vicenda FIAT – è quello della tutela del dissenso, sia organizzato che spontaneo o individuale. Ma questa tutela non può arrivare a rendere inefficaci, i contratti collettivi stipulati a livello di categoria o di azienda, esentando i lavoratori dissenzienti dalla loro applicazione. Al contrario tale applicazione e quindi l'efficacia (o forza obbligatoria) del contratto collettivo trae fondamento dai principi caratteristici dell'autonomia collettiva come ordinamento: il riconoscimento reciproco tra i soggetti collettivi stipulanti e l'indivisibilità della norma o disciplina collettiva, oltre ad essere i cardini dell'ordinamento intersindacale, sono i presupposti in virtù dei quali l'adesione al contratto collettivo diventa irrevocabile per entrambi i contraenti del concreto rapporto di lavoro. Come ha statuito, integrando la norma dell'art.19 st. lav., la sentenza 13 luglio 2013 n. 231 della Corte costituzionale, il diritto dell'associazione sindacale alla costituzione della rappresentanza aziendale non deve essere subordinato alla sottoscrizione dei contratti collettivi; ma da questa enunciazione, certo vincolante, non può trarsi la conclusione che la mancata sottoscrizione può legittimare il rifiuto dei lavoratori iscritti o aderenti al sindacato dissenziente di sottoporsi al contratto collettivo c.d. separato.

Molto più problematico è il rapporto dell'art.8 con l'art. 39 cost. A prima vista, la norma di legge non entra in collisione con la seconda parte della norma costituzionale perché il legislatore del 2011 ha confezionato un modello di contratto *erga omnes* radicalmente diverso da quello costituzionale. La diversità sta nel fatto che, mentre l'art. 39 contempla i contratti collettivi di categoria, al contrario i contratti di prossimità previsti dall'art.8 sono aziendali o territoriali (e cioè, questi ultimi, decentrati a livello locale). La diversità non solo è evidente ma è sembrata sufficiente a risolvere il problema: la norma costituzionale – si è detto⁵⁴⁹ - non può entrare in contrasto con l'art.8 per il semplice fatto che l'art.39 contempla soltanto i contratti collettivi di categoria e quindi l'efficacia impeditiva che deriva dal c.4, non può essere estesa ai contratti aziendali. La tesi non è però esente da una forzatura perché nell'art.8 l'efficacia soggettiva generale è prevista anche per i contratti decentrati a livello territoriale, per i quali l'argomento testuale ricavato dal c.4 dell'art. 39 non è evidentemente applicabile. Si dovrebbe allora concludere che la speciale efficacia, generale e derogatoria, disposta dall'art.8 può essere attribuita legittimamente soltanto ai contratti aziendali - i quali, d'altronde, sono lo strumento normale di decentramento del nostro sistema contrattuale - e non ai contratti territoriali, del tutto simili ai contratti di categoria. Ne risulterebbe una differenza di trattamento manifestamente contraria all'intenzione del legislatore e, in definitiva, una contraddizione capace di viziare la ragionevolezza - e quindi la legittimità - della nuova norma (oltre che un sicuro depotenziamento della sua efficacia).

Di rilievo maggiore è invece una considerazione di fondo. Il sistema sindacale extracostituzionale, nato dalla non attuazione dell'art. 39 seconda parte (e superata la prima fase, quella dell'astensionismo del legislatore), si è stabilmente indirizzato al riconoscimento legale del contratto collettivo come fonte-atto produttiva di effetti paralegislativi attraverso la tecnica del rinvio della legge ai contratti collettivi. Nel quadro della legislazione di sostegno l'efficacia generale dei contratti collettivi stipulati *dalle – o da – associazioni sindacali maggiormente rappresentative*. è una regola o – meglio - un modulo di produzione normativa utilizzato normalmente dal legislatore in funzione del risultato di volta in volta perseguito. Tale modulo si ritrova anche nell'art.8 e la sua compatibilità con l'art.39 cost. è stata più volte ammessa dalla Corte costituzionale che, seguendo

⁵⁴⁹ A. Maresca *Prime interpretazioni del decreto in Il Diario del lavoro* 2011 disponibile in: <http://www.il-diario-del-lavoro.it>

diversi percorsi argomentativi, ha sempre assecondato la volontà del legislatore, intenzionato ad instaurare tra legge e contrattazione collettiva un modello di raccordo alternativo a quello prefigurato dalla costituzione. Anche se si deve avvertire che tale modello alternativo deve restare saldamente ancorato al fondamentale principio della libertà e del pluralismo sindacale sancito nel c.1 dell'art. 390.

Non possono perciò essere accolte le obiezioni avanzate, con argomentazioni invero sottili, contro la legittimità dell'art.8. nella parte in cui dispone l'efficacia, per tutti i lavoratori interessati, dei contratti collettivi di prossimità. In particolare non convince l'opinione⁵⁵⁰ che, muovendo da una interpretazione antiletterale della norma costituzionale (dalla quale viene cancellato, nella sostanza, il riferimento testuale alla *categoria*), vorrebbe equiparare i contratti aziendali ai contratti di categoria, al solo scopo di estendere ai primi l'effetto impeditivo della *erga omnes*. Una simile interpretazione non può essere accolta perché in contrasto, oltre che con la lettera, con la genesi storica e la *ratio* dell'art.39. Nel modello costituzionale tutto si tiene: anche se la categoria non è più quella eteronoma - determinata dall'autorità, come nell'ordinamento corporativo - ma la sua formazione (o aggregazione) è libera e quindi determinata dall'autonomia collettiva, il contratto collettivo di categoria conserva la sua tipicità non solo sociale ma anche giuridica, come strumento di unificazione del trattamento dei lavoratori occupati nelle diverse aziende ed unità produttive. L'estensione *erga omnes* è una esigenza necessaria alla funzione del contratto collettivo di categoria (o nazionale) ma, per le stesse ragioni, rimane estranea al contratto aziendale, rispetto al quale il fattore unificante è dato dalla dipendenza da una stessa azienda o datore di lavoro.

L'esclusione del contratto aziendale dalla previsione dell'art.39 è confermata non solo dai lavori preparatori ma ancor più dalla lettura della norma nel suo insieme: ed invero all'obiettivo dell'*erga omnes* sono funzionali i diversi elementi presenti nel modello costituzionale.. Sia la registrazione (e la personalità giuridica) dei sindacati - ed il loro ordinamento interno democratico - sia la loro rappresentanza unitaria, sono previsti sul presupposto che la stipulazione del contratto collettivo sia espressione del potere di rappresentanza legale della categoria professionale che la norma costituzionale attribuisce direttamente al collegio formato dai sindacati registrati.

Piuttosto l'art.8 desta perplessità dal punto di vista della *compressione dell'autonomia collettiva* e quindi della libertà sindacale nel suo aspetto più geloso: la garanzia dell'ordinamento intersindacale - e perciò della distribuzione delle competenze all'interno del sistema contrattuale - stabilita nella prima parte dell'art. 39. Avere attribuito una efficacia non solo generale ma altresì derogatoria soltanto ai contratti di secondo livello - aziendali e territoriali - costituisce indubbiamente una invasione della organizzazione sindacale e in particolare dei rapporti interni al sistema contrattuale fondato liberamente dalle parti su due livelli di contrattazione coordinati tra loro ma governati dal contratto nazionale (da ultimo la superiorità del livello nazionale è stata confermata dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, richiamato dallo stesso art.8 nel c.1 allo scopo di individuare, per altro non in via esclusiva, le rappresentanze sindacali aziendali abilitate alla contrattazione di prossimità). L'art.8 capovolge la gerarchia dei livelli di contrattazione assegnando al secondo livello una efficacia derogatoria - e quindi prevalente - sul primo livello; e - di più -

⁵⁵⁰ Nel senso criticato, tra gli altri, si v. V. Leccese *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e legittimità costituzionale* in *D.L.R. I.* 2012 p. 479 ss.

sembra configurare una riserva di competenza, dai contorni molto ampi, in favore del contratto di livello inferiore e a svantaggio non solo del contratto nazionale ma anche della legge. Sembra infatti che il contratto nazionale, in presenza di una norma derogatrice a livello inferiore, non possa disporre in senso difforme per cancellare la deroga o modificarla e così riappropriarsi della materia; e nemmeno possa richiamare o rinviare alla legge come fonte di disciplina della materia, dato che anche la legge è derogabile dal contratto di prossimità.

L'esito finale di questa *sovrapposizione*⁵⁵¹ - della (norma di) legge - come è l'art.8 - sul sistema autoregolato dagli accordi interconfederali vigenti nel settore industriale (e in genere, dalle fonti dell'ordinamento intersindacale) è, se non la destrutturazione, la deformazione della struttura del sistema creato dalla contrattazione collettiva: questo è spinto dal legislatore nella direzione di un decentramento disorganizzato, reso incapace di assicurare le tutele specifiche necessarie ai lavoratori. Si è detto⁵⁵² che tale esito può essere evitato non solo dal *self-restraint* degli attori collettivi (ciò è avvenuto con l'apposita Postilla all'accordo interconfederale 28 giugno 2011, aggiunta dalle parti in data 21 settembre 2011) ma anche accompagnando l'esercizio del potere derogatorio *in pejus* con benefici compensativi *in melius*; e che, in ogni caso, la capacità derogatoria del contratto di prossimità va incontro ai limiti materiali e finalistici previsti dallo stesso art.8 e dunque, alla fine, al controllo giudiziale sulla validità dei contratti collettivi aziendali o territoriali.

Ma queste notazioni, anche se hanno un fondo di verità, non colgono il punto essenziale. In questione è la violazione dell'autonomia collettiva e, a monte, il contrasto con la libertà di organizzazione sindacale, che incide non sull'esercizio del potere derogatorio ma - in sé - sull'attribuzione di tale potere (e, in specie, colpisce il suo conferimento soltanto ai contratti di livello inferiore).

3. Dalla non attuazione alla rivisitazione dell'art. 39 della Costituzione: i possibili percorsi della scienza e della politica del diritto.

In conclusione la criticità dell'art.8 non è tanto nella efficacia *erga omnes* quanto nella efficacia derogatoria conferita ai contratti di prossimità. A causa del suo impatto invasivo del sistema contrattuale la norma entra in contrasto con l'art.39 nella prima parte, posta a garanzia dell'autonomia collettiva come ordinamento, mentre può coesistere con la seconda parte, nella quale è previsto un modello di legge sindacale. È il modello della organizzazione dei sindacati registrati predisposto dai costituenti per fungere da apparato per la produzione di norme collettive (aventi cioè natura contrattuale e però dotate di efficacia obbligatoria generale). L'art.39 seconda parte è una *norma sulla produzione*⁵⁵³ - e cioè strumentale alla produzione delle norme finali (nel nostro caso i contratti collettivi) per la disciplina dei rapporti di lavoro – finalizzata alla stipulazione dei

⁵⁵¹ Così V. Leccese *op. cit.* p. 493 ss.

⁵⁵² Ad esempio cfr. M. Magnani *Diritto sindacale* Giappichelli, Torino 2013, p. 144-146.

⁵⁵³ Sia consentito il richiamo a E. Ghera *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per la estensione dei contratti collettivi Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 1963 p. 1177 ss. e per la distinzione tra norme sulla produzione e norme di produzione *ivi* p. 1182-1183 il rimando a C. Mortati *Istituzioni di diritto pubblico* Cedam, Padova 1960, p.28-30. La natura organizzatoria e quindi strumentale della norma dell'art. 39 c.2-4 cost. è stata da tempo avvertita dalla dottrina costituzionalistica: cfr. M. Mazziotti *Il diritto al lavoro* Giuffrè, Milano 1956 p.235 ss. Aggiunge G. Pera *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano* Feltrinelli, Milano, 1960 p. 108 ss. che i contratti collettivi previsti dall'art.39 cost. sono compresi nella gerarchia delle fonti di diritto positivo.

contratti collettivi-fonte, dotati di una forza imperativa *propria* perché derivante dall'esercizio della funzione normativa attribuita – dallo stesso art.39 - ai sindacati registrati. Come norma sulla produzione la seconda parte dell'art.39 ha efficacia differita nel tempo (in quanto subordinata all'attuazione del modello costituzionale)⁵⁵⁴, mentre nell'immediato si limita ad impedire alla legge ordinaria l'attribuzione ai sindacati di un potere assimilabile al potere normativo riconosciuto ai sindacati registrati.

Nell'art.8, invece, l'efficacia generale e derogatoria riconosciuta ai contratti di prossimità non è una qualità propria del contratto collettivo – che resta atto negoziale, di autonomia privata – ma è disposta dalla legge sul presupposto della esistenza (e della efficacia obbligatoria *inter partes*) del contratto, attraverso un meccanismo (di produzione normativa) non troppo distante da quello a suo tempo (nel 1959) utilizzato dal legislatore allo scopo di conferire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi (in quel caso ai contratti di categoria ed attraverso i decreti legislativi emanati nell'esercizio della delega conferita al governo dalla l. 14 luglio 1959 n.741). In virtù di questo meccanismo, tipico della c. d. legislazione di rinvio, l'art.8 non attribuisce alcuna funzione normativa ai sindacati stipulanti; ma dispone, in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge stessa, il conferimento della efficacia generale e inderogabile al contratto collettivo stipulato a *livello di prossimità, dai sindacati comparativamente più rappresentativi e/o dalle loro rappresentanze* in azienda. Ma vi è una importante novità: l'utilizzazione del criterio maggioritario come strumento per l'accertamento della rappresentatività effettiva dei sindacati dei lavoratori. Ed infatti l'attribuzione della speciale efficacia (o forza normativa) è subordinata all'osservanza - agli effetti della sottoscrizione dei contratti di prossimità - della regola maggioritaria, riferita per altro non al numero dei lavoratori interessati ma al numero delle rappresentanze aziendali (nell'ipotesi che a sottoscrivere sia la RSU conterà il numero dei componenti).

L'adozione del criterio maggioritario, la cui concreta applicazione è rimessa alla libera determinazione dei sindacati stipulanti, costituisce un vincolo per l'autonomia collettiva. Tale vincolo è in sintonia con le soluzioni accolte, in tema di rappresentanza, dagli accordi interconfederali sul riordino del sistema contrattuale sottoscritti nell'ultimo biennio⁵⁵⁵, le cui previsioni sembrano ormai trovare sostegno proprio nell'art.8; e, in ogni caso, non sembra sollevare problemi di compatibilità con l'art. 39 prima parte: la sua previsione – oltre ad essere in armonia col principio democratico presente nel modello costituzionale - rispecchia l'esigenza, avvertita dal legislatore, di misurare la rappresentatività non solo effettiva ma altresì maggioritaria dei sindacati abilitati ad esercitare il loro potere negoziale attraverso la stipulazione dei contratti di prossimità. Ed in effetti la rappresentatività effettiva e maggioritaria è richiesta dalla forza normativa superiore anche nei confronti delle disposizioni di legge, per cui i contratti di prossimità possono incidere in senso peggiorativo sui trattamenti dei lavoratori interessati.

⁵⁵⁴ G. Giugni *sub Art. 39* in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca Zanichelli- Il Foro Italiano Bologna-Roma 1979, p. 268 ss.

⁵⁵⁵ Oltre l'A. l. 28 giugno 2011, testualmente richiamato nell'art.8, sono da considerare l'A. l. 21 novembre 2012 (c.d. accordo sulla produttività) e il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (c. d. accordo su rappresentanza e rappresentatività). La disciplina concordata in sede interconfederale è destinata ad essere completata dai contratti nazionali. In detta disciplina la regola maggioritaria è prevista come necessaria per la sottoscrizione dei contratti collettivi sia di primo che di secondo livello ai quali è riconosciuta dalle parti una efficacia obbligatoria estesa a tutti i lavoratori interessati.

In conclusione la seconda parte dell'art.39, nonostante il *dictum* pronunciato dalla Corte nella sentenza n.103/1962, va intesa non come ostacolo alla estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune, ma come divieto della (o impedimento alla) creazione di una categoria di contratti con efficacia generale (o contratti collettivi-fonte) alternativa a quella prefigurata dalla costituzione.

L'interpretazione qui prospettata dell'art.39 parte seconda – già proposta in sede di commento alla sentenza n.103/1962⁵⁵⁶ – trova conferma, anzitutto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale (come si è visto favorevole alla estensione *erga omnes*); ma ancora più importante è lo sviluppo e la continuità, nella legislazione di sostegno, del ricorso ai contratti collettivi come fonte di integrazione, anche derogatoria, della legge. Il dato storico conferma l'allontanamento da modello costituzionale ma anche la causa di tale allontanamento: la volontà delle forze politiche e degli stessi sindacati di rinunciare alla legge sindacale prevista dall'art. 39 come strumento necessario per la sua attuazione. La conseguenza di tale rinuncia è stata l'espansione della prima parte della norma costituzionale in luogo della seconda come strumento – e come principio – regolatore delle relazioni sindacali.

Resta da vedere cosa fare della seconda parte. I possibili percorsi sono almeno tre: l'abrogazione pura e semplice dei commi 2, 3 e 4; l'abrogazione e la sostituzione degli stessi commi - sulla falsariga della proposta avanzata nel 1985 dalla Commissione Bozzi – 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. Dico subito che il primo e il terzo dei percorsi ipotizzati, benché espressione entrambi di una linea di politica del diritto contraria all'intervento del legislatore nelle relazioni industriali, hanno esiti differenti: l'abrogazione semplice della seconda parte dell'art. 39, mettendo fine all'attuale effetto impeditivo, avrebbe il vantaggio di aprire la porta ad ogni tipo di legge *erga omnes* ; ma avrebbe anche un segno (ed un costo) politico neoliberalista, di esplicita rinuncia a garantire in costituzione l'attuale legislazione di sostegno del sindacato e i suoi possibili sviluppi. Conservare, benché non attuata, la seconda parte avrebbe invece una valenza opposta: di apertura alla possibilità di dare attuazione, se non al modello costituzionale (chiaramente irrecuperabile, a mio avviso), ai principi che possono ricavarsi da una lettura culturalmente (e politicamente) attualizzata del testo dell'art.39.

Viene in evidenza così il secondo percorso: la riscrittura della seconda parte della norma costituzionale. Si può pensare ad una norma "leggera", di rinvio alla legge ordinaria per la fissazione dei requisiti necessari alla stipulazione dei contratti collettivi e per il riconoscimento, a determinate condizioni, della efficacia generale. Il problema sarebbe così rimesso nelle mani del legislatore preferibilmente con la raccomandazione di non interferire nelle scelte auto regolatrici della contrattazione⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ E. Ghera *op.ult cit.*

⁵⁵⁷ In una simile prospettiva anche le conclusioni del brillante intervento di M. Rusciano *Lettura e rilettura dell'art.39 della Costituzione*.in *Dir. Lav. Merc.* 2013, p.263 ss. e *ivi* p.279 ss.

Entra qui in gioco la rivisitazione dell'art.39 proposta nel 1998 - interrompendo il silenzio della dottrina intorno alla non attuazione del modello costituzionale - dal compianto M. D'Antona. Oltre a confermare che la seconda parte della norma impedisce al legislatore di conferire ai sindacati non registrati lo stesso potere normativo – e a monte, il monopolio della rappresentanza legale della categoria - ma non la possibilità di attribuire ai contratti di diritto comune una efficacia superiore, per estensione e forza imperativa, a quella privatistica, viene individuato un nucleo *anelastico* di principi di organizzazione (e di garanzia) del pluralismo sindacale⁵⁵⁸, ritenuti separabili (ma questo è il punto critico della tesi) dal modello costituzionale e dalla sua attuazione. La presenza di tali principi – associativo, democratico, proporzionalistico, consensualistico (quest'ultimo riferito alla individuazione della categoria o gruppo professionale) – si manifesta nei diversi momenti, nessuno escluso, dell'organizzazione e dell'attività sindacale sino alla stipulazione dei contratti collettivi e conferisce alla norma costituzionale una valenza non più soltanto impeditiva ma altresì *direttiva* e cioè vincolante per il legislatore e la stessa autonomia collettiva, in ogni ipotesi in cui si tratti della regolazione dei rapporti non solo tra i sindacati ma anche tra il sindacato e la sua base: i singoli lavoratori, iscritti o altrimenti rappresentati.

Senza entrare in una valutazione critica di questa rilettura – fortemente manipolativa della norma costituzionale - occorre (in sintonia del resto con l'intenzione del suo autore) considerare la sua valenza di politica del diritto, progettuale di una riscrittura della seconda parte. Essa è chiaramente mirata a garantire *l'uguale diritto di tutti i sindacati riconosciuti di partecipare alla contrattazione* con efficacia *erga omnes*, contando in base al loro seguito effettivo e dunque secondo la regola maggioritaria (⁵⁵⁹). Vi è dunque una netta sconfessione del criterio della maggiore rappresentatività presunta dominante nella nostra legislazione di sostegno (con l'eccezione virtuosa delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni) ed una altrettanto netta propensione per un meccanismo di produzione normativa fondato sul principio proporzionalistico-maggioritario. È questo, d'altronde, l'orientamento preferito anche oggi dalla dottrina ed accolto dall'ordinamento intersindacale, con gli accordi interconfederali dell'ultimo biennio. In questa prospettiva, nonostante la forzatura nei rapporti interni al sistema contrattuale, si colloca anche l'art.8 con il quale il legislatore ha inteso approntare una norma di sostegno alla contrattazione collettiva.

⁵⁵⁸ M.D'Antona *Il quarto comma dell'art.39 della Costituzione, oggi* in D. I. R. I. 1998 p. 665 ss. (e in id. *Opere, I Scritti di diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 2000, II p. 399 ss. (da cui si cita).

⁵⁵⁹ M. D'Antona *op.cit.* p. 429: e, da ultimo, M. Rusciano *op. cit.*