

Limiti e flessibilità dell'orario di lavoro
 MINISTERO DEL LAVORO, Circolare 1° febbraio 1999, n. 10 ... pag. 235

La giurisdizione del giudice del lavoro

PRET. ROMA, ordinanza 22 settembre 1998	»	240
PRET. CAMPOBASSO, ordinanza 12 settembre 1998	»	245
PRET. ANCONA, decreto 8 ottobre 1998	»	248
PRET. ANCONA, ordinanza 27 luglio 1998	»	250
PRET. ANCONA, ordinanza 22 ottobre 1998	»	252

I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi

CASS., Sez. LAV., sentenza 23 marzo 1998, n. 3057	»	257
CASS., Sez. LAV., sentenza 24 marzo 1998, n. 3133	»	259

Crediti di lavoro, rivalutazione ed interessi legali

CASS., Sez. LAV., sentenza 12 dicembre 1998, n. 12523	»	266
PRET. RAVENNA, sentenza 26 novembre 1998	»	269

SAGGI

MATTEA PERSIANI
 Prof. ord. dell'Università di Roma

*
**CONTRATTI COLLETTIVI NORMATIVI
 E CONTRATTI COLLETTIVI GESTIONALI (*)**

SOMMARIO: 1. La funzione unitaria del contratto collettivo. - 2. L'evoluzione dei compiti della contrattazione sindacale e l'ipotesi dell'esistenza di nuovi « tipi » di contratto collettivo. - 3. Fondamento giuridico, disciplina ed efficacia soggettiva dei nuovi « tipi » di contrattazione collettiva. - 4. Efficacia costitutiva ed efficacia normativa del contratto collettivo. - 5. L'efficacia normativa dei contratti collettivi « gestionali ». - 6. Contratti collettivi « delegati » e disciplina dei rapporti individuali di lavoro. - 7. L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi « gestionali ». - 8. Interesse collettivo, conflitto tra capitale e lavoro, conflitti tra interessi dei lavoratori. - 9. Conclusione.

1. - Oltre trent'anni fa, Cino Giugni, con la relazione letta al congresso dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale che si tenne a Pescara nel giugno 1967, diede un fondamentale contributo allo studio del contratto collettivo (1).

Contributo assai significativo nel panorama della letteratura del diritto sindacale di allora anche perché muoveva dalla convinzione che « il punto di partenza di ogni indagine sul contratto collettivo debba essere costituito da una indagine empirica, diretta a rilevare la configurazione della fattispecie nella concretezza dei rapporti giuridici » (2).

Orbene, proprio la considerazione della realtà economica e sociale lo indusse, in quell'occasione, ad affermare che « la nozione di tutela del lavoro, cui deve essere indirizzato il contratto collettivo, non può essere intesa come mero riferimento alla regolamentazione del rapporto di la-

(*) Questo saggio è dedicato agli *Scritti in onore di Cino Giugni* e viene qui pubblicato con qualche modifica formale e l'aggiunta di qualche riferimento bibliografico.

(1) C. Criventi, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in Atti del Congresso Aicllass, *Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968, pag. 11 e segg. Sul significato di quella relazione vedi: R. Borroni, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Bari, 1992, pag. 54 e segg.

(2) C. Criventi, *La funzione ecc.*, op. cit., pag. 12.

voro, che ciò equivarrebbe a limitare l'ambito della contrattazione stessa alla parte normativa» (3).

Per contro, il contratto collettivo può estendersi a «regolare addirittura modalità di esercizio dell'impresa» (4), essendo «riconducibile al principio della tutela del lavoro, in quanto essa si dispiega direttamente, o in via mediata, attraverso l'autonomia di gruppo; non al rapporto di lavoro, che, preso a sé, costituisce una finalizzazione troppo limitata rispetto alla ben più ampia area di svolgimento dell'autonomia collettiva» (5).

Sulla base di queste premesse, Cino Giugni osservava che, se si ha riguardo alla struttura del contratto collettivo e «al tipo di assetto pratico di interessi che in tale contratto si realizza, dobbiamo dedurre che una tipologia unitaria non c'è, appunto perché il contratto collettivo può esplicare la sua funzione in guise diverse» (6), ma concludeva che, «in una ottica più propriamente funzionale, non è difficile individuare una trama unitaria tra le varie fattispecie. E questa è data dalla realizzazione dell'interesse di tutela (*lato sensu*) dei lavoratori quale si esprime nella esperienza organizzativa o, in altre parole, nella «coalizione», fenomeno storico-sociale ben identificato, a cui l'ordinamento stesso finisce per rinviare» (7), ond'è che «il contratto collettivo, pur estrinsecandosi in una varia tipologia ha quindi, una fisionomia tipica ben individuata e radicata nel contesto delle relazioni sociali da cui esso emerge come mezzo fondamentale di tutela dei lavoratori» (8).

L'idea che il contratto collettivo assolve ad una funzione unitaria che comprende anche la disciplina dei rapporti individuali di lavoro (9), ma con questa non si esaurisce, è, a mio avviso, di importanza fondamentale per la ricostruzione in termini giuridici dei fenomeni corrispondenti all'esercizio dell'autonomia privata collettiva.

L'unitarietà di quella funzione, nonostante le «guise diverse» in cui può essere esercitata, è, del resto, postulata da ciò che l'unica disposizione che consente di individuare il fondamento giuridico dell'autonomia privata collettiva e, quindi, del contratto collettivo, è l'art. 39 Cost. (10).

(3) C. GIUCNI, *ibidem*, pag. 22.

(4) C. GIUCNI, *ibidem*, pag. 22.

(5) C. GIUCNI, *ibidem*, pag. 22.

(6) C. GIUCNI, *ibidem*, pag. 23.

(7) C. GIUCNI, *ibidem*, pag. 23.

(8) C. GIUCNI, *ibidem*, pag. 23.

(9) Sulla funzione normativa del contratto collettivo, vedi già C. GIUCNI, *La funzione ecc.*, op. cit., pag. 34 e segg. e, per una più articolata ricostruzione in termini giuridici, vedi A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, pag. 545; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, pag. 149 e segg.; L. MENCIONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1980, pag. 692.

(10) Sul punto e per l'assimilazione, quanto a funzione, del contratto collettivo di di-

Al tempo stesso, l'elemento unificante di quella funzione può, e deve, essere individuato in ciò che l'autonomia privata collettiva si caratterizza, e si distingue rispetto a quella individuale, proprio perché è abilitata a realizzare la soddisfazione non già di interessi individuali, ma dell'interesse collettivo, sintesi e non somma degli interessi individuali dei lavoratori. Onde, quando si tratta di soddisfare interessi collettivi, quel contratto assolve costantemente ad un'identica funzione, indipendentemente dall'oggetto e dai possibili contenuti del regolamento con esso dettato (11).

Soprattutto, però, l'idea che il contratto collettivo assolve ad una funzione unitaria, ancorché «in guise diverse», consente di continuare a far riferimento al concetto di autonomia privata collettiva anche quando si tratti di tener conto della costante evoluzione delle modalità e dei termini nei quali quel contratto realizza l'interesse collettivo dei lavoratori.

Evoluzione costante in quanto determinata dalle costanti variazioni del contesto economico e sociale in cui l'autonomia sindacale è chiamata ad esplicarsi e per effetto della quale la contrattazione collettiva ha finito per investire «materie rispetto alle quali... non svolge la tradizionale funzione acquisitiva di miglioramenti economici e di nuove garanzie, ma «amministra» una situazione di rischio alla quale è sottoposta una collettività di lavoratori» (12).

2. - Già nell'immediato dopoguerra (13), ma sempre più frequente-

rito comune al contratto collettivo ad efficacia generale previsto dal quarto comma dell'art. 39 Cost., vedi M. PERSIANI, *Saggio ecc.*, op. cit., pag. 38 e segg.

(11) Ed è sulla base di questa affermazione che Cino Giugni riconduceva all'autonomia collettiva anche la parte obbligatoria del contratto collettivo (*La funzione ecc.*, op. cit., pag. 36 e segg.) e ciò ancorché questa parte non abbia efficacia normativa, ma, come avviene per gli atti di autonomia privata individuale, ha come effetto il sorgere di obbligazioni tra le stesse parti stipulanti. Conclusione argomentata, appunto, in base alla considerazione che anche la parte obbligatoria è funzionalizzata al perseguimento, sia pure in modo mediato e indiretto, dell'interesse collettivo dei lavoratori. Per le perplessità suscitate da quella conclusione, vedi, però, M. PERSIANI, *Saggio ecc.*, op. cit., pag. 188 e segg. Per l'affermazione di una funzione sociale unitaria del contratto collettivo vedi: C. SURPES, *Funzione del contratto collettivo*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. KRVA SANSEVERINO e da G. MAZZONI, I, Padova, 1971, pag. 211 e segg.

(12) Vedi: R. DE LUCA TAMASO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, pag. 38. Sulla contrattazione collettiva definita di tipo «difensivo» vedi, però, anche C. SURPES, *La contrattazione collettiva tra crisi economica e riforme strutturali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, pag. 218.

(13) Per la prima affermazione giurisprudenziale della legittimità degli accordi sindacali di «salvataggio» delle imprese in crisi e della loro necessaria efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati dalle conseguenze della crisi, vedi Cass. 7 dicembre 1981, n. 6482, in *Civ. It.*, 1982, I, col. 1560 relativa agli accordi di salvataggio del Pignone S.p.A. del 1954. Sul significato di quella giurisprudenza, vedi: C. PAOLA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 1994, pag. 26.

mente negli ultimi decenni, alle tradizionali funzioni del contratto collettivo si è spontaneamente aggiunta quella di concorrere all'organizzazione del lavoro e, in particolare, di gestire le vicende e le crisi aziendali e i conseguenti problemi dell'occupazione⁽¹⁴⁾.

Funzione alla quale, oramai, è la stessa legge ad abilitare l'autonomia collettiva avendo imposto la previa consultazione sindacale, dapprima, per i provvedimenti in materia di dichiarazione di crisi e di interventi della cassa integrazione guadagni straordinaria (art. 5 della legge n. 164 del 1975) e, poi, per i trasferimenti di azienda (art. 47, primo e secondo comma, della legge n. 428 del 1990). Al tempo stesso, la legge ha previsto che, con accordo sindacale, possano essere definiti i limiti nei quali mantenere, in deroga all'art. 2112 Cod. Civ., l'occupazione nell'impresa in crisi che sia trasferita a un nuovo imprenditore (art. 47, quinto comma, della legge n. 428 del 1990 che generalizza quanto già era stato previsto dalla legge n. 215 del 1978) o possa essere regolato il riassorbimento, totale o parziale, dei lavoratori eccedenti quando l'impresa è in crisi, anche in deroga alle disposizioni che tutelano i diritti dei lavoratori e, in particolare, alle disposizioni dell'art. 2103 Cod. Civ. (art. 4 della legge n. 223 del 1991).

Ancor più recentemente, la legge ha assegnato all'autonomia collettiva la funzione, che ancora una volta questa già aveva spontaneamente assolto, di controllare o di individuare i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in cassa integrazione guadagni (art. 1, settimo comma, della legge n. 223 del 1991), o, addirittura, di definire i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità a seguito delle procedure di licenziamento collettivo (art. 5 della legge n. 223 del 1991).

Fuori del campo delle imprese in crisi, la legge ha utilizzato la contrattazione collettiva « come strumento di attenuazione di certe norme garantiste allo scopo di favorire una maggiore flessibilità del fattore lavoro »⁽¹⁵⁾.

(14) Ed è per questi accordi sindacali che si iniziò ad usare l'espressione descrittiva « contratti collettivi gestionali ». Vedi, così, F. LISSO, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1981, pag. 567 e segg. Sui mutamenti « funzionali » della contrattazione collettiva, si vedano: G. VANDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985, pag. 404 e segg. e *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, pag. 229 e segg. il quale, però — analogamente a G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, specialmente pag. 153 e segg. — studia quei mutamenti avendo riguardo prevalentemente alla problematica dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello; R. DE LUCA TAMAYO, *L'evoluzione ecc.*, op. cit., pag. 16; L. MARUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, pag. 297 e segg.; C. SUFFRINI, *La contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 215; R. BOKRONI, *Il contratto collettivo ecc.*, op. cit., pag. 104 e segg.

(15) Sulla tendenza del legislatore a utilizzare la contrattazione collettiva anche co-

Così, la legge ha devoluto alla contrattazione collettiva la materia del contratto di formazione e lavoro (art. 5 della legge n. 863 del 1984) e, in misura ancora più notevole, quella dei contratti di lavoro a termine (art. 23 della legge n. 56 del 1987), nonché aspetti essenziali della disciplina del contratto di fornitura di lavoro temporaneo (art. 1 della legge n. 196 del 1997), consentendo di sostituire il controllo sindacale alle tutele e alle garanzie previste da norme inderogabili della legge.

L'attribuzione di questa funzione all'autonomia collettiva è stata ritenuta corrispondere a un « modello di amministrazione delegata e negoziata del mercato del lavoro » in quanto, il suo esercizio avrebbe « effetto costitutivo della speciale legittimazione necessaria al singolo datore di lavoro per stipulare contratti del tipo flessibile »⁽¹⁶⁾.

Infine, la legge ha demandato all'autonomia collettiva di specificare le prestazioni indispensabili che devono essere, comunque, garantite in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali a tutela dei diritti costituzionali garantiti degli utenti (art. 2 della legge n. 146 del 1990)⁽¹⁷⁾.

Orbene, le nuove funzioni alle quali, spontaneamente o per effetto di un strumento di attenuazione della rigidità della disciplina garantistica, vedi: L. MENCONI, *Legge ecc.*, op. cit., pag. 697 e G. GIUCCHI, *Giustificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giur. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 317 e segg.

(16) Così M. D'ARROVA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giur. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 553 e segg.

(17) È qui da ricordare che la legge ha anche disposto che la retribuzione assoggettata a contribuzione previdenziale non possa essere inferiore a quella prevista dai contratti collettivi (art. 1, primo comma, d.l. 10 ottobre 1989, n. 137, convertito nella legge n. 389 del 1989).

Per un'analisi di tale disposizione e per l'individuazione della sua ratio vedi: M. PERSIANI, *Autonomia collettiva e retribuzione imponibile*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, pag. 670 e segg. Al riguardo, va notato, da un lato, come quella disposizione della legge non è stata né abrogata, né modificata dalla nuova disciplina della retribuzione assoggettata a contribuzione previdenziale dettata dal d.lgs. n. 314 del 1997, posto che, a ben guardare, la funzione di quella disposizione non è quella di individuare la base imponibile della contribuzione previdenziale, quanto quella di realizzare la migliore effettività della tutela previdenziale nel presupposto che i « mezzi adeguati alle esigenze di vita » garantiti dal secondo comma dell'art. 38 Cost. debbono essere individuati tenendo anche conto della retribuzione « proporzionata e sufficiente » che, a mente dell'art. 36 Cost., il lavoratore ha diritto di percepire in costanza di rapporto di lavoro. D'altro lato, va notato che, il riferimento fatto dalla legge n. 389 del 1989 alla contrattazione collettiva non ne generalizza l'efficacia né incide sulla funzione di questa, posto che quel riferimento non è destinato a regolare aspetti del rapporto di lavoro, ma esclusivamente ad influire sulla obbligazione contributiva del datore e, sia pure in parte, del prestatore di lavoro. Ne deriva che, quella legge non sembra possa essere sospettata di contrastare con l'art. 39 Cost., ma eventualmente con l'art. 23 Cost. nella misura in cui demanda la determinazione dell'obbligo contributivo alle libere valutazioni accolte in sede sindacale, restandole, sia pure indirettamente e a particolari effetti solo indirettamente connessi al rapporto di lavoro, vincolanti anche per i non iscritti alle associazioni stipulanti.

previsioni legislative, assolve, oramai, il contratto collettivo impongono di verificare se siano o no ancora valide le conclusioni alle quali era pervenuto trent'anni fa Cino Ciugni in ordine all'esistenza di una «trama unitaria» tra le diverse manifestazioni dell'esercizio dell'autonomia privata collettiva.

In altri termini, si tratta di verificare se può ancora essere escluso che la funzione tipica della contrattazione collettiva sia limitata alla regolamentazione del rapporto individuale di lavoro, ricomprendendo essa anche la regola delle «modalità di esercizio dell'impresa»⁽¹⁸⁾, ovvero se sia, oramai, necessario configurare l'esistenza di «tipi» o «specie» di contratti collettivi tra loro diversi e, quindi, assoggettati a differenti regimi. Da un lato, i tradizionali contratti collettivi «normativi» e, d'altro lato, quei contratti collettivi che, adempiendo ad «una funzione regolamentare delegata dalla legge», sarebbero diversi dai primi sia perché produrrebbero effetti diversi da quelli, sia perché non regolerebbero i rapporti individuali di lavoro, ma si limiterebbero a porre limiti, altrimenti inesistenti, al potere del datore di lavoro.

A quest'ultima conclusione, è, per prima, pervenuta un autorevole dottrina con riguardo agli accordi sindacali abilitati a derogare a disposizioni inderogabili della legge per favorire la flessibilità del fattore lavoro⁽¹⁹⁾.

Peraltro, quella conclusione è stata condivisa anche dai giudici costituzionali sia con riguardo agli accordi sindacali che, sostituendosi alla «determinazione unilaterale dei criteri di scelta originariamente spett-

(18) C. GUENI, *La funzione ecc.*, op. cit.

(19) M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 554 e segg. che, peraltro, utilizza i risultati ai quali già era giunto C. VARDARO, *Differenze di funzione ecc.*, op. cit., pag. 247 ancorché quest'ultimo, allo stesso modo di C. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, pag. 155, avesse tentato soprattutto di individuare le differenti funzioni con riguardo alla diversità di livelli della contrattazione collettiva. Nello stesso senso: S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986, pag. 151 e seg.

Diversa, invece, è la posizione di L. MARUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, pag. 452 e segg., che propone una diversa classificazione tra i contratti collettivi normativi, che sarebbero di diritto comune, e quelli gestionali che, essendo previsti dalla legge si diversificherebbero dai primi quanto a valenza normativa, e di C. SANTORO PASARELLI, *Intenzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, pag. 357 per il quale, tra contratti collettivi gestionali e quelli normativi la differenza sarebbe soltanto descrittiva non rilevando sul piano della tipologia degli effetti, ma, se mai, su quello della loro efficacia soggettiva.

Altra parte della dottrina, infine, ha avvertito l'esistenza del problema, ma non si è preoccupata di risolverlo. Così R. BORRONE, *Il contratto collettivo ecc.*, op. cit., pag. 106 e A. TURSI, *Autonomia contrattuale. Contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996, pag. 130 e segg. si limitano a prendere atto della probabile esistenza di una pluralità di cause del contratto collettivo.

tante all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo», procedimentalizzano quest'ultimo stabilendo consensualmente quei criteri⁽²⁰⁾, sia con riguardo agli accordi sindacali ai quali la legge affida l'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali⁽²¹⁾.

3. - Quella verifica può essere opportunamente preceduta da due considerazioni critiche di carattere generale.

La prima considerazione è che la prospettazione dell'esistenza di un «tipo» o di una «specie» di contratto collettivo avente funzione distinta e diversa da quella del tradizionale contratto collettivo «normativo», non solo postulerrebbe ne venisse rigorosamente individuato il concetto, e prima ancora, postula ne venga individuato il fondamento giuridico e, al tempo stesso, il regime applicabile.

Chì perché, non solo la formulazione testuale dell'art. 39 Cost., ma anche una consolidata interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, impongono di ritenere che quella disposizione, e la stessa garanzia di libertà in essa prevista⁽²²⁾, si riferisca e sia applicabile esclusivamente al

(20) Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, n. 1, pag. 249 e segg. Peraltro, i giudici costituzionali hanno, sia pure implicitamente, presupposto la possibilità di configurare l'esistenza di contratti collettivi di tipo diverso da quelli «normativi» anche quando, nel superare i sospetti di legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970 nel testo risultante dalla riforma referendaria, hanno ritenuto che la rappresentatività del sindacato non deriverebbe «dalla stipulazione di un contratto qualsiasi» ma soltanto dalla stipulazione «di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro» (sentenza 12 luglio 1996, n. 244). Tale limitazione ha trovato qualche consenso nella dottrina che, però, ha argomentato non già in base alla funzione di tali accordi, ma della circostanza che essi, essendo destinati a regolare vicende eccezionali, non sarebbero idonei ad attestare la rappresentatività del sindacato stipulante in quanto, non avendo un'effettiva e continuativa vigenza, non avrebbero il requisito di essere «applicati» nell'unità produttiva. Così: A. MAESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e prime osservazioni)*, in *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, *Quaderno di Arg. Dir. Lav.*, 1996, n. 1, pag. 37 e segg.; S. LIEBMAN, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, pag. 11. Per l'opinione contraria, vedi, però: C. GUENI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 363 e segg.; M. MAZZA, *Libertà negoziale e rappresentatività del sindacato nel nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, n. 5, pag. 125 e segg.

(21) Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, n. 5, pag. 295 e segg. (22) Sull'oramai acquisita riconducibilità della libertà di contrattare alla libertà di organizzazione garantita dal primo comma dell'art. 39 Cost., vedi, per tutti, M. DELL'ORTO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in *DELL'ORTO-BRANCA, L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, pag. 220 e segg. Dal riconoscimento di quella libertà consegue necessariamente l'esclusione di un sindacato giudiziario di merito o di razionalità sui contratti collettivi. M. FERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, n. 1, pag. 9 e segg.; C. MANNAGIO, *Legittimità costituzionale della normativa sui contratti collettivi*

contratto collettivo «normativo», in quanto destinato alla soddisfazione di un interesse collettivo dei lavoratori, considerato pur sempre interesse privato. Ne consegue che, una volta postulata l'esistenza di contratti collettivi diversi da quelli «normativi», essi, proprio perché diversi, non sarebbero ricompresi nelle previsioni dell'art. 39 Cost., come del resto vedremo tra poco, è esplicitamente ammesso da chi postula della diversità.

La configurazione di un «tipo» di contratto collettivo diverso da quello previsto dall'art. 39 Cost. fa, allora, sospettare che i contratti di quel tipo nemmeno potrebbero essere configurati come atti di autonomia collettiva essendo, a tal fine, irrilevante, o poco significativa, la circostanza che essi sono stipulati da una o più organizzazioni sindacali ed essendo, invece, significativo che essi, proprio perché «delegati o regolamento», non sarebbero destinati a soddisfare un interesse collettivo, ma piuttosto un interesse pubblico⁽²³⁾, con l'inevitabile conseguenza che, anche per questo, nemmeno godrebbero del regime di libertà costituzionalmente garantito soltanto per i contratti collettivi «normativi».

La seconda considerazione, in qualche modo derivante dalla prima, è che la configurazione di un «tipo» di contratto collettivo con funzione diversa e distinta da quella tradizionalmente assolta dai contratti collet-

che individuano i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, pag. 477; E. MANGANIELLO, *Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la Consulta introduce il controllo di ragionevolezza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 242.

(23) Così, invece, sembra propendere a ritenere M. D'ANTONA, *Publici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, pag. 226 e M. MARLANI, *La funzione del contratto collettivo nella recente esperienza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, pag. 330 e segg. Senonché, questi autori sembra anche dimentichino che la stessa previsione di un'autonomia privata è destinata a soddisfare, sia pure soltanto indirettamente, anche un interesse pubblico. L'autonomia privata, però, non per questo è funzionalizzata alla soddisfazione di questo ultimo interesse in quanto, per definizione, i relativi poteri sono attribuiti per l'esclusivo perseguimento di interessi privati. Così, può accadere e, come si dirà più avanti nel testo accade (cfr. n. 17), che l'affidamento di certe funzioni all'autonomia collettiva da parte della legge si spieghi esclusivamente con ciò che quell'autonomia è valutata idonea a realizzare il miglior e più effettivo perseguimento degli interessi in giuoco, ma non comporta uno snaturamento di quell'autonomia che resta destinata a perseguire l'interesse collettivo dei lavoratori e non già quello pubblico. Più correttamente è stato ritenuto che, in questi casi, la legge attribuisce al sindacato poteri che sono «oggetto di interesse pubblico» (C. SANTORO PASSARELLA, *Istituzionalizzazione ecc.*, op. cit., pag. 23), ma che non sono destinati a perseguire quell'interesse.

La questione è, invece, ridotta da A. TURSI, *Autonomia contrattuale ecc.*, op. cit., pag. 132, alla applicabilità o no delle regole applicabili al contratto collettivo in quanto contratto, coerentemente alla tesi per cui la funzionalizzazione non atterrebbe più alla distinzione tra «pubblico» e «privato» ma soltanto al regime giuridico degli atti (pag. 24 e segg.).

tivi «normativi» non è stata proposta sulla base di argomentazioni attinenti ad una diversità degli interessi perseguiti con l'uno o con l'altro tipo di contratto o alla diversità del rispettivo fondamento giuridico.

Ed infatti, quella configurazione è stata proposta esclusivamente al fine di dare soluzione ai problemi che si assume deriverebbero da ciò che l'ambito soggettivo di efficacia dei contratti collettivi «delegati o regolamento» si estende, per comune opinione⁽²⁴⁾, anche ai lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti.

Senonché, va subito detto che l'argomento basato sulla pretesa diversità di funzioni è stato utilizzato per dare a quei problemi soluzioni contraddittorie.

Da un lato, è stato utilizzato dalla dottrina per negare che quei contratti avessero un'efficacia generale e, quindi, per escludere che anche i lavoratori di lavoro non iscritti ai sindacati, e pertanto esonerati dall'obbligo di applicare ai loro dipendenti i trattamenti retributivi e normativi previsti dalla contrattazione collettiva, possano avvantaggiarsi dei contratti collettivi che consentono l'accesso a rapporti di lavoro flessibili⁽²⁵⁾.

D'altro lato, quell'argomento è stato utilizzato dai giudici costituzionali⁽²⁶⁾ nel presupposto che gli accordi sindacali che individuano i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità e le prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali abbiano un'efficacia generale e, quindi, per superare i sospetti di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 39 Cost., sollevati nei confronti delle disposizioni della legge che li prevedono.

Sospetti superati, appunto, ritenendo che quella disposizione costituzionale riguarderebbe esclusivamente «i contratti collettivi normativi», e non già i «contratti collettivi delegati o regolamento».

Senonché, come è ammesso anche da chi sostiene la tesi da verificare, il problema dell'ambito di efficacia soggettiva dei contratti collettivi di cui trattasi è, a ben guardare, un «falso problema»⁽²⁷⁾.

Ciò perché, da un lato, si deve constatare che il legislatore tende ormai e da tempo ad «obliterare» l'art. 39 Cost. «riconoscendo ai contratti collettivi attuali funzioni di produzione normativa con efficacia generale,

(24) Vedi, per tutti, L. MENGONI, *Legge ecc.*, op. cit., pag. 697. Del resto, va ricordato che, proprio sulla base dei rinvii operati dalla legge al contratto collettivo stipulato dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative è stata prospettata la funzionalità ed equivalenza tra fonte legale e fonte contrattuale (cfr. C. FERRARO, *Ordinamento ecc.*, op. cit., pag. 269 e segg.). Per un dubbio su tale conclusione vedi, però, C. SANTORO PASSARELLA, *Istituzionalizzazione ecc.*, op. cit., pag. 358.

(25) M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 555.

(26) Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268 e 18 ottobre 1996, n. 344, cit.

(27) M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 557 e segg.

le quali, dal punto di vista del sistema formale delle fonti disciplinate dalla Costituzione, possono definirsi *extra ordinem*»⁽²⁸⁾.

D'altro lato, perché, se non si trattasse di un « falso problema », la soluzione che per esso viene proposta sarebbe, comunque, basata su una « argomentazione falsa » qual'è quella che utilizza contraddittoriamente la nozione dei « contratti delegati o regolamento » tanto per escluderne l'efficacia *erga omnes*, quanto per ammetterla superando i sospetti di contrasto con l'art. 39 Cost.

4. - Questa conclusione può essere confermata prendendo le mosse dall'affermazione secondo la quale i contratti collettivi « delegati o regolamento » si caratterizzerebbero, rispetto a quelli « normativi » a ragione del tipo di effetti ad essi riconducibili.

Ed infatti, è stato sostenuto che quei contratti sarebbero da ricondurre a un « tipo » o a una « specie » diversa dal contratto collettivo con efficacia « normativa » o perché avrebbero un'efficacia « costitutiva », derivante dall'esercizio di una delega legale⁽²⁹⁾, ovvero perché avrebbero un'efficacia che si caratterizzerebbe in quanto « si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti » e soltanto indirettamente in-cide sul singolo prestatore di lavoro⁽³⁰⁾.

La diversità dell'efficacia « costitutiva », rispetto a quella « normativa », è stata sostenuta con riguardo ai contratti collettivi che consentono l'accesso a forme di lavoro flessibili.

Da un lato, la peculiarità di quella efficacia starebbe in ciò che essa determinerebbe la legittimazione del datore di lavoro a stipulare contratti di lavoro del tipo flessibile, mentre l'oggetto dei contratti collettivi « normativi » è quello di dettare la disciplina dei singoli rapporti di lavoro derivanti dai contratti di lavoro già stipulati⁽³¹⁾.

D'altro lato, l'efficacia dei contratti collettivi « delegati o regolamento » troverebbe il suo esclusivo fondamento nella delega legislativa che sarebbe sufficiente a consentire la produzione di effetti che le parti col-

lettive non avrebbero « bisogno di « volere » », mentre i contratti collettivi « normativi » sarebbero autentica manifestazione di autonomia collettiva⁽³²⁾.

Senonché, a ben guardare, anche i contratti collettivi « normativi » possono avere efficacia costitutiva, come avviene quando attribuiscono al datore di lavoro un potere o una facoltà che, altrimenti, non avrebbe. Basti pensare al potere di trasferimento che, secondo alcuni, era attribuito al datore di lavoro, prima dell'entrata in vigore dell'art. 13 della legge n. 300 del 1970, soltanto dai contratti collettivi, posto che, in base alla disciplina dettata dall'art. 1182 Cod. Civ., per il trasferimento sarebbe stato necessario il consenso del lavoratore⁽³³⁾. Del resto, è stato anche ritenuto che le rappresentanze sindacali, quando legittimano l'utilizzazione di impianti audiovisivi o il ricorso alle visite personali di controllo e, quindi, dettano regola ad aspetti dei rapporti individuali di lavoro (artt. 4 e 6 della legge n. 300 del 1970), eserciterebbero un potere di autorizzazione, onde gli accordi stipulati tra l'imprenditore e quelle rappresentanze avrebbero efficacia costitutiva⁽³⁴⁾.

Ed appare irrilevante che, quando si tratti di legittimare il ricorso a forme di lavoro flessibili, la facoltà attribuita al datore di lavoro consista nella possibilità di derogare a disposizioni inderogabili della legge, posto che, comunque, è quest'ultima a prevedere e a consentire tale effetto. Soprattutto, non è affatto necessario configurare l'esistenza di un « tipo » di contratto collettivo diverso da quello « normativo » per affermare che l'efficacia « costitutiva » si caratterizzerebbe per avere un ambito soggettivo limitato ai datori di lavoro che, essendo iscritti alle associazioni che quei contratti hanno stipulato, sono obbligati ad applicarli ai loro dipendenti.

Quella limitazione, a ben guardare, è, come del resto ammesso anche da chi sostiene la tesi qui criticata, soltanto conseguenza « della necessità logica » « che vi sia coincidenza tra legittimazione alla scelta del tipo e soggezione ai controlli sindacali: coincidenza che si realizza solo nel-

(28) Così anche: R. Pessi, *Ancora sui contratti di solidarietà* (D.L. 21 febbraio 1984, n. 12), in *Dir. Lav.* 1984, pag. 31; M. D'ANTONA, op. e loc. ult. cit. Contra, però, vedi: G. Civoni, *Giustificazione e deregolazione sul diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 335.

(29) Per le diverse soluzioni che allora venivano date al problema, vedi P. Cirrassi, *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Milano, 1967; R. MELICHIONI, *Il mutamento del luogo della prestazione di lavoro subordinato* (1950-1966), in *Mass. Giur. Lav.*, 1967, pag. 443, e, in particolare, per la soluzione che richiedeva il consenso del lavoratore, vedi: C. ASSARVI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, pag. 121.

(30) G. SURRIZI, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1972, pag. 13; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, pag. 139.

(28) L. MENCIONI, *Legge ecc. op. cit.*, pag. 698. Più in particolare, per l'affermazione che l'assenza di una legge sindacale attuativa dell'art. 39 Cost. non comporta che « siano di per sé illegittime norme di legge attribuite efficacia generale ai contratti collettivi », vedi anche G. PERA, *I contratti di solidarietà*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1984, pag. 706.

(29) M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 555.

(30) Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268 e 18 ottobre 1996, n. 344, cit. Peraltro e per quanto attiene alle forme di lavoro flessibile, è stato osservato che « non è affatto necessario ricercare una soluzione alternativa rispetto al consenso del singolo lavoratore che è normalmente prestato per ottenere (lavoro a termine o a tempo parziale) o per conservare (contratti di solidarietà) l'occupazione. Così A. VALLEBONA, *Le alternative all'efficacia generale del contratto collettivo*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3836.

(31) M. D'ANTONA, op. e loc. ult. cit.

l'ambito dei datori di lavoro che sono parti del sistema dei rapporti inter-sindacali e sono quindi obbligati al rispetto dei contratti collettivi» (35).

Nemmeno avrebbe senso, del resto, ed anzi contraddirebbe alla logica che anima la politica di sostegno sindacale che caratterizza la nostra legislazione, consentire che datori di lavoro che non applichino ai propri dipendenti i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi possano, poi, avvantaggiarsi delle flessibilità da questi autorizzate, mentre sono esclusi dai benefici degli sgravi previdenziali, della fiscalizzazione e da altri benefici finanziari e creditizi (36).

5. - Resta che, aver demandato all'autonomia sindacale il compito di individuare i casi in cui, al fine di promuovere l'occupazione, possono essere adottate forme di lavoro flessibile non comporta affatto il conferimento di una « delega » e, tanto meno, che l'atto posto in essere nell'esercizio di quell'autonomia costituisca, in senso tecnico, una fonte normativa *extra ordinem* (37).

L'affidamento di quel compito all'autonomia sindacale significa soltanto che il legislatore ha continuato ad adottare un modello, da tempo tradizionale, che comporta la sostituzione di una disciplina, come quella legale, astratta e generale con la disciplina sindacale in quanto ritenuta idonea a tener conto della situazione concreta esistente in ciascun settore della produzione e, soprattutto, anche della sua evoluzione (38). Per contro, quel modello ha come necessario presupposto l'idoneità dei sindacati rappresentativi (anche quando questo requisito non è esplicitamente richiesto) ad individuare un equilibrato contemperamento dei vari interessi in giuoco e a provvedere, così, alla migliore e più efficace soddisfazione dell'interesse dei lavoratori alla occupazione (39).

Ma le valutazioni accolte in sede sindacale non possono essere estrapolate dal contesto nel quale sono state formulate e che, pertanto, le condiziona. Contesto che è appunto quello caratterizzato dalla integrale applicazione della disciplina sindacale che detta la disciplina dei rapporti individuali di lavoro, prevedendone il trattamento economico e normativo.

(35) Così: A. VALLEBONA, *Ancora sul ruolo dell'autonomia collettiva sulla difesa dell'interesse all'occupazione*, in *Dir. Lav.*, 1979, I, pag. 510 e M. D'AVRONA, *Contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 557.

(36) Art. 4, legge n. 502 del 1978.

(37) L. MENGONI, *Legge ecc.*, op. cit., pag. 698 e Corde cost. 18 ottobre 1996, n. 344, ma contro A. VALLEBONA, *Le alternative ecc.*, op. cit., pag. 3835.

(38) C. VARDARO, *Differenze ecc.*, op. cit., pag. 259.

(39) Così C. VARDARO, *Funzioni e livelli dei contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, pag. 259.

Ond'è che, costituendo il rispetto di questa disciplina il presupposto indefettibile per il ricorso a forme di lavoro flessibile, la contrattazione collettiva resta fonte « normativa » di natura negoziale, ancorché sia destinata a costituire un « elemento di integrazione di una fattispecie alterativa della norma legale » (40).

Allo stesso modo, per gli accordi che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità, i giudici costituzionali hanno ritenuto che la diversità di « tipo » deriverebbe da ciò che, a differenza dei contratti collettivi « normativi » essi avrebbero efficacia esclusivamente nei confronti degli imprenditori che aderiscono alla associazione stipulante o che li hanno stipulati.

Quegli accordi non avrebbero, per contro, efficacia generale e, cioè, non avrebbero efficacia nei confronti di tutti i lavoratori e ciò perché non disporrebbero del diritto di questi alla stabilità del posto. Questo diritto, infatti, non avrebbe autonomia concettuale, ma rappresenterebbe soltanto una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento, onde « si risolve interamente nel diritto (potestativo) di impugnare il licenziamento illegittimo » (41) in quanto « nell'ambito di una procedura per riduzione del personale, il diritto alla conservazione del posto non preesiste all'accordo sindacale, ma dipende da questo e si identifica col diritto all'applicazione dei criteri di scelta in esso previsti » (42).

La negazione dell'esistenza di un diritto alla stabilità del posto, anche per l'autorevolezza della sede in cui è stata sostenuta, suscita inevitabilmente notevoli perplessità. La questione, però, non può essere affrontata in questa sede e, comunque, non rileva ai fini della nostra indagine.

Qui è sufficiente ricordare, da un lato, che, quando nel corso di una procedura di mobilità non sia stato raggiunto un accordo sindacale, il potere di licenziamento è, comunque, limitato dal necessario rispetto dei criteri dettati, in via sussidiaria, dalla legge (art. 5 della legge n. 223 del 1991) e, d'altro lato, che, a prescindere da ogni altra considerazione, il lavoratore, anche nelle procedure di licenziamento collettivo, ha diritto a che il potere di recesso del datore di lavoro sia esercitato nel rispetto dei limiti derivanti dal divieto di discriminazioni (artt. 14 e 15 della legge n. 300 del 1970 e art. 3 della legge n. 108 del 1990) e coerentemente rispetto alle esigenze aziendali (43).

(40) L. MENGONI, *Legge ecc.*, op. cit., pag. 697; C. SANTORO PASSARELLI, *Istituzionalizzazione ecc.*, op. cit., pag. 359.

(41) Corde cost. 30 giugno 1994, n. 268, cit.

(42) Corde cost. 30 giugno 1994, n. 268, cit.

(43) Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1993, n. 10112, in *Giust. Civ.*, 1994, II, pag. 272. Sul punto è noto come assai diversificate sono state le posizioni accolte dalla giurisprudenza

non conterrebbe la disciplina dei rapporti individuali di lavoro, ma costituirebbe soltanto una fase, del resto eventuale, di un procedimento il cui atto conclusivo sarebbe costituito dal regolamento dei servizi emanato dalle singole imprese o amministrazioni, nell'esercizio del potere direttivo o regolamentare, e comunque assoggettato alla valutazione della Commissione di garanzia ⁽⁴⁸⁾.

Vedremo tra poco come la prima di queste argomentazioni si basa esclusivamente su una concezione limitata dell'interesse collettivo in vista del quale viene esercitata l'autonomia privata collettiva.

Qui va detto che la preoccupazione di superare il sospettato contrasto con l'art. 39 Cost. ha sicuramente indotto i giudici costituzionali a sminuire ingiustificatamente il rilievo che, nel procedimento per la definizione delle prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali, è assegnato dalla legge all'accordo sindacale.

Ed infatti, se pure l'atto finale di quel procedimento è spesso, ma non sempre ⁽⁴⁹⁾, costituito dal regolamento dettato dal datore di lavoro, resta che questo non può che essere conforme all'accordo sindacale che costituisce l'elemento centrale e qualificante di quel procedimento. Del resto, la Commissione di garanzia ha il compito di indirizzare le parti, mediando tra le opposte posizioni, verso la stipulazione di un accordo che preveda, in caso di sciopero, l'erogazione di prestazioni idonee a garantire adeguatamente gli interessi degli utenti.

Orbene, da un lato, l'accordo sindacale che individua le prestazioni indispensabili non ha efficacia costitutiva, essendo l'obbligo di erogare quelle prestazioni già imposto dalla legge (art. 2, primo comma, della legge n. 146 del 1990) ⁽⁵⁰⁾, onde è stato ritenuto che quell'accordo corre, insieme ad altri elementi, « ad individuare il punto di equilibrio tra le ragioni dello sciopero e quelle dell'impresa » messo a confronto dalla Commissione di vigilanza con le esigenze di tutela dei diritti della persona ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344, cit.

⁽⁴⁹⁾ A. D'ARTEA, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3025 e segg. con riguardo sia all'ipotesi degli eventuali accordi nazionali « autoapplicativi » sia a quella del regolamento aziendale che, in assenza di accordo aziendale, sia predisposto in conformità delle intese valutate idonee dall'organo di garanzia.

⁽⁵⁰⁾ Vedi, per tutti, M. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a sciopero*, in *Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 13 e segg. Per il rilievo che la Corte costituzionale ha ommesso di utilizzare l'argomento costituito da ciò che l'obbligo di erogare le prestazioni indispensabili deriva dalla legge e una possibile giustificazione di tale scelta, vedi: A. VALLEBONA, *Le alternanze ecc.*, op. cit., pag. 3836 e segg.

⁽⁵¹⁾ A. D'ARTEA, *L'efficacia ecc.*, op. cit., pag. 3029.

6. - Resta, comunque, che non appare condivisibile l'affermazione secondo la quale gli accordi sindacali di cui trattasi, a differenza dei contratti collettivi « normativi », avrebbero esclusivamente efficacia nei confronti del datore di lavoro, avendo un'efficacia soltanto indiretta sui singoli lavoratori.

Quell'affermazione, infatti, dimentica che il contratto collettivo, anche quando detta la disciplina dei rapporti individuali di lavoro e, cioè, quando ha indiscussa efficacia « normativa », attribuisce sempre all'una o all'altra parte di quel rapporto posizioni giuridiche attive o passive alle quali fanno riscontro reciproche posizioni passive o attive. Pertanto, alla previsione, in termini astratti e generali ⁽⁴⁴⁾, di limiti ad un potere unilaterale del datore di lavoro, fa necessariamente riscontro, se considerata nella logica di quel rapporto ⁽⁴⁵⁾, il diritto del lavoratore a che quei limiti siano rispettati.

Ne deriva che la previsione in sede sindacale di limiti al potere di recesso del datore, sia essa autonoma, com'era per gli accordi interconfederali sui licenziamenti individuali e collettivi nell'industria e com'è per la contrattazione collettiva dei dirigenti, sia essa « stimolata » dalla legge ⁽⁴⁶⁾, com'è nel nostro caso, costituisce pur sempre un aspetto della disciplina del rapporto di lavoro, onde gli accordi sindacali di cui trattasi hanno anch'essi efficacia « normativa » ⁽⁴⁷⁾.

Sulla base di argomentazioni analoghe a quelle ora criticate, i giudici costituzionali hanno anche ritenuto che l'accordo sindacale che individua le prestazioni indispensabili, da garantire in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali, non sarebbe da configurare come contratto collettivo « normativo » e, come tale, riferibile all'art. 39 Cost.

Ciò perché, da un lato, quell'accordo non avrebbe ad oggetto un conflitto di interessi tra imprenditori e lavoratori, ma un conflitto tra i lavoratori addetti a quei servizi e gli utenti di questi ultimi e, d'altro lato,

e dalla dottrina. Per la posizione che si ritiene ancora di poter preferire vedi: M. PERSIANI, *Cassa integrazione, poteri dell'imprenditore e scelta dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1983, pag. 341 e segg.

⁽⁴⁴⁾ M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla legge 25 luglio 1991*, n. 223, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 128.

⁽⁴⁵⁾ Vedi sul punto: F. LISSO, *La mobilità ecc.*, op. cit., pag. 112 e segg. Per un'interessante applicazione della tecnica del rapporto, vedi Cass., Sez. Un., n. 5688 del 1979, in *Foro It.*, 1979, I, col. 2548, che ha fatto ricorso a quella tecnica per motivare l'esistenza di diritti soggettivi dei lavoratori a fronte dei limiti posti ai poteri unilaterali del datore di lavoro.

⁽⁴⁶⁾ E. MANGANIello, *Legge e autonomia ecc.*, op. cit., pag. 252 e segg.

⁽⁴⁷⁾ Così, lo stesso M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla legge n. 223 del 1991*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 931 e E. MANGANIello, *Legge e autonomia ecc.*, op. cit., pag. 252 e segg.

A ben guardare, infatti, non avrebbe nemmeno senso una delega legislativa conferita a soggetti diversi e a condizioni e a limiti differenti da quelli previsti dall'art. 76 Cost., mentre gli atti di autonomia privata, sia essa individuale o collettiva (e nonostante, in quest'ultimo caso, abbiano un'efficacia «normativa»), non costituiscono mai esercizio di una delega legislativa anche perché ciò sarebbe contraddittorio con la libertà di quell'autonomia (art. 39 Cost.) e ne comporterebbe la necessaria funzionalizzazione agli interessi perseguiti dal legislatore e vincoli modali, oltre che limiti temporali⁽⁵⁵⁾.

La legge, se mai, abilita l'autonomia privata, sia essa individuale che collettiva, a produrre effetti giuridici congrui rispetto agli interessi perseguiti. L'atto di autonomia privata costituisce, allora, la fattispecie alla quale la legge ricollega la produzione degli effetti giuridici voluti dall'autore o dagli autori dell'atto, ma è, e resta espressione di libertà⁽⁵⁶⁾.

In secondo luogo, la questione dell'ambito di efficacia dei contratti collettivi si è posta soprattutto, se non esclusivamente, per la sua estensione ai datori di lavoro non sindacalizzati.

Orbene, gli accordi di cui ora ci siamo occupati, pur potendo in astratto riguardare interi settori della produzione, sono assai più spesso stipulati a livello aziendale, onde il problema della loro efficacia, per il datore di lavoro, è già risolto dal fatto stesso che questo li ha stipulati⁽⁵⁷⁾. Al tempo stesso, nella misura in cui quegli accordi pongono limiti al, o anche al, potere del datore di lavoro sono conseguentemente efficaci per tutti i dipendenti sia a ragione della inscindibilità del potere organizzativo⁽⁵⁸⁾

⁽⁵⁵⁾ Del resto, sulla varietà delle tecniche con le quali la legge può devolvere funzioni alla contrattazione collettiva, vedi: C. CRUCINI, *Giuridificazione ecc.*, op. cit., pag. 317 e segg.

⁽⁵⁶⁾ Su una prospettiva non dissimile, vedi C. PROIA, *Questioni ecc.*, op. cit., pag. 198 e segg., secondo il quale i rinvii della legge alla contrattazione collettiva assumono quest'ultima come « fatto normativo » senza incidere sull'autonomia dei soggetti che lo pongono in essere. Per una diversa interpretazione del significato di quei rinvii, vedi C. VARDARO, *Differenze di funzioni ecc.*, op. cit., pag. 250; M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e precedente applicativo del giudice*, in *Lav. Dir.*, 1990, pag. 383 e segg., pag. 562 e segg.; C. PROSRABERTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989, pag. 128 e segg.

⁽⁵⁷⁾ L. MANCONI, *Legge ecc.*, op. cit., pag. 697. Peraltro, va notato che è sulla base di questa argomentazione che la Corte costituzionale, con la sentenza 16 ottobre 1997, n. 309, ha superato il sospetto di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 39 Cost., dell'art. 46 e dell'art. 49 del d.lgs. n. 29 del 1993 per la parte in cui prevedono l'efficacia generale della contrattazione collettiva del pubblico impiego.

⁽⁵⁸⁾ Corte cost. n. 268 del 1994 e, in dottrina, F. MAZZOTTI, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in C. FERRARO, F. MAZZOTTI, F. SANTONI, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, pag. 122; C. MANNACIO, *Legittimità ecc.*, op. cit., pag. 476. Ma vedi, per l'inscindibilità « in sé » dell'interesse collettivo, perseguito nell'ambito aziendale già, M. DELL'ORTO, *L'organizzazione ecc.*, op. cit., pag. 49 e seg. e pag. 170.

D'altro lato, la Commissione valuta soltanto se le prestazioni indispensabili garantite siano o no idonee a realizzare la tutela degli utenti, ma non entra nel merito delle modalità organizzative che sono necessarie a consentire l'erogazione di quelle prestazioni.

Ciò perché le prestazioni indispensabili non sono individuate soltanto determinandone l'entità o la frequenza, ma soprattutto mediante la definizione delle modalità organizzative⁽⁵²⁾ che ne consentono l'effettiva erogazione e, cioè, mediante l'individuazione degli obblighi l'adempimento dei quali, da parte dei lavoratori e del datore di lavoro, costituisce il presupposto indispensabile per la loro erogazione in caso di sciopero⁽⁵³⁾.

Pertanto, l'accordo sindacale che definisce quelle modalità organizzative detta inevitabilmente anche la disciplina dei rapporti di lavoro individuali e, quindi, ha un'efficacia « normativa » che necessariamente si impone a tutti i lavoratori indipendentemente dalla loro iscrizione ai sindacati stipulanti o da ciò che siano iscritti a sindacati diversi da questi ultimi. Il mancato adempimento di quegli obblighi, anche se posto in essere da un solo lavoratore e anche se non costituisce inadempimento, potrebbe, infatti, impedire che, di fatto, si realizzi la tutela dell'interesse degli utenti.

7. - A questo punto, dimostra l'adeguatezza delle argomentazioni che hanno condotto a configurare l'esistenza di contratti collettivi che, in quanto « delegati o regolamentati », non siano riconducibili alle previsioni dell'art. 39 Cost., la verifica deve essere completata con alcune considerazioni di carattere generale.

Anzitutto, e con riguardo al problema posto dall'ampiezza dell'ambito di efficacia di quei contratti collettivi, va detto che la loro efficacia soggettiva non è affatto determinata da ciò che essi siano stipulati nell'esercizio di una delega legislativa⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Non a caso la legge non si limita a chiedere vengano concordate, in sede sindacale, le prestazioni indispensabili, ma prevede anche vengano definite « le modalità e le procedure di erogazione » (secondo e terzo comma dell'art. 2 della legge n. 146 del 1990).

⁽⁵³⁾ Del resto, è soltanto in questa prospettiva che si spiega la previsione, contenuta nel primo e nel quarto comma dell'art. 4 della legge n. 146 del 1990, di sanzioni a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro che non concorrono all'erogazione delle prestazioni indispensabili.

⁽⁵⁴⁾ Per tale opinione, vedi gli autori citati alla nota 32. Diversa, invece, è l'ipotesi in cui l'accordo sindacale costituisce il presupposto per l'emanazione di un provvedimento amministrativo. Per questa ipotesi è stato correttamente ritenuto che l'efficacia generale derivi, da quest'ultimo e, cioè, dalla natura di oggettiva fonte eteronoma propria dell'atto amministrativo. Così: A. VALLEBONA, *Ancora sul ruolo ecc.*, op. cit., pag. 514.

guadagni o in mobilità, quanto l'individuazione delle prestazioni indispensabili che devono essere garantite in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali, per assolvere alla loro funzione non possono che avere applicazione generalizzata.

Nel primo caso, infatti, non avrebbe senso che quei criteri venissero utilizzati per individuare i lavoratori da mettere in mobilità applicandoli soltanto all'insieme costituito da quelli di loro che sono iscritti al sindacato o ai sindacati stipulanti. Ciò perché la predisposizione di quei criteri coinvolge necessariamente gli interessi di tutti i lavoratori dell'impresa in crisi, nessuno escluso, e limita il potere del datore di lavoro nei confronti di tutti e di ciascuno di essi, anche a ragione, come già accennato, dell'inscindibilità del potere organizzativo. Onde è inevitabile che l'accordo sindacale sia efficace nei confronti di tutti.

Nel secondo caso, una volta che gli accordi sindacali hanno individuato le modalità organizzative necessarie a garantire le prestazioni indispensabili, tutti i lavoratori e il datore di lavoro sono obbligati a tenere i comportamenti previsti per garantire l'erogazione di quelle prestazioni. A ben guardare, infatti, quelle prestazioni non sarebbero efficacemente garantite, o non sarebbero garantite affatto, se i lavoratori non iscritti al sindacato fossero esentati dal rispetto delle modalità organizzative ritenute necessarie alla loro erogazione. Inoltre, non avrebbe senso consentire la partecipazione, senza alcun limite, allo sciopero che fosse stato proclamato dai sindacati che hanno stipulato l'accordo sulle prestazioni indispensabili ai lavoratori che ad essi non sono iscritti o che abbiano aderito a sindacati diversi.

8. - Le considerazioni fin qui svolte consentono di ritenere che i contratti collettivi « delegati o regolamento » non si caratterizzano né per l'estensione della loro efficacia, né per la peculiarità degli effetti prodotti.

Al tempo stesso, quelle considerazioni consentono di ritenere che anche quei contratti collettivi sono funzionalizzati al perseguimento di un interesse collettivo dei lavoratori.

Certo trattasi di un interesse collettivo che ha oggetto diverso da quello tradizionalmente soddisfatto dai contratti collettivi « normativi », specialmente se « acquisitivi », in quanto può, e deve, essere individuato in una dimensione più ampia di quella caratterizzata dal conflitto di interessi tra capitale e lavoro. Quegli accordi, infatti, hanno anche la funzione di comporre un conflitto di interessi tra lavoratori ⁽⁶³⁾ ovvero tra la-

⁽⁶³⁾ Di ciò non si rende conto M. MARANI, *La funzione ecc.*, op. cit., pag. 323 e segg., che sottovalutando la costante funzionalizzazione alla tutela dell'interesse collettivo dei

sia perché, altrimenti, si consentirebbero discriminazioni per ragioni sindacali ⁽⁶⁴⁾.

Per contro, la individuazione delle prestazioni indispensabili, anche quando non sia prevista a livello aziendale, si impone a ragione della sua influenza sulle determinazioni della Commissione di garanzia e dell'autorità amministrativa o governativa ⁽⁶⁵⁾.

Si aggiunga che l'estensione dell'efficacia soggettiva degli accordi e dei contratti collettivi di cui trattati può, e deve, essere spiegata, come spesso accade ⁽⁶¹⁾, anche in considerazione della materia che ne costituisce l'oggetto ⁽⁶²⁾.

Tanto i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in cassa integrazione

⁽⁶⁴⁾ Ed invece, G. VARDARO, *Differenze ecc.*, op. cit., pag. 278 e segg. riteneva che un'efficacia generale potesse essere *naturaliter* attribuita ai contratti collettivi aziendali del tipo di quelli di cui ci occupiamo e, cioè, dei contratti aziendali *gestionali*, escludendo quell'efficacia per i contratti aziendali integrativi di quelli nazionali.

⁽⁶⁵⁾ Peraltro, per la possibilità di ammettere un'efficacia degli accordi sindacali di autoregolamentazione del diritto di sciopero anche nei confronti dei lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti e a prescindere dalla disciplina che sarebbe, poi, stata dettata dalla legge n. 146 del 1990 e, comunque, in aree diverse da quella dei pubblici servizi essenziali, vedi: M. PERSIANI, *Autoregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.*, 1989, I, pag. 11 e segg.

⁽⁶¹⁾ I contratti collettivi possono avere di fatto un'efficacia generale per effetto, da un lato, della circostanza che certi aspetti della disciplina del rapporto di lavoro, a ragione delle materie regolate, non possono che avere applicazione generalizzata coinvolgendo necessariamente gli interessi di tutti i lavoratori si pensi, così, alla disciplina dei tempi di lavoro (vedi, al riguardo, P. IORIO, *Il tempo della prestazione di lavoro*, II, Milano, 1985, pag. 331 e segg.); all'utilizzazione degli impianti audiovisivi e all'esecuzione di visite personali di controllo (sull'efficacia generale degli accordi intervenuti tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali aziendali nelle materie regolati dagli artt. 4 e 6 della legge n. 300 del 1970, vedi: U. ROMAGNOLI, *Osservazioni sugli artt. 4 e 6 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Giur. It.*, 1971, IV, col. 129; B. VENEZIANI, *Commento agli artt. 4 e 6, in Lo Statuto dei lavoratori*, Commentario, a cura di C. CUGNI, Milano, 1979, pag. 25); ai criteri di classificazione del personale, affidati dall'art. 2095 Cod. Civ. alla contrattazione collettiva; alla disciplina che individua le infrazioni e le corrispondenti sanzioni disciplinari (art. 7, primo comma, legge n. 300 del 1970) alla disciplina contenuta negli eventuali accordi sindacali in materia di sicurezza del lavoro (art. 18 e segg. del d.lgs. n. 636 del 1994). D'altro lato, l'efficacia della contrattazione collettiva è, sia pure indirettamente, generalizzata per effetto di ciò che essa è assunta dai giudici come punto di riferimento soprattutto quando si tratti di individuare la retribuzione proporzionata (e sufficiente) ai fini della garanzia di cui all'art. 36 Cost., ma anche ai fini della determinazione del periodo di compenso per malattia.

⁽⁶²⁾ Diverso è il problema della efficacia di quegli accordi nei confronti dei lavoratori che, pur iscritti ai sindacati stipulanti, dissentono dall'accordo. Sul problema vedi, per tutti: C. PAOLA, *Questioni ecc.*, op. cit., pag. 167 e segg. Per la considerazione che l'iscrizione al sindacato è la « base o fonte dell'accettazione della regola di gestione accorpata », vedi M. DELL'OLIO, *L'organizzazione ecc.*, op. cit., pag. 171 e P. Tosi, *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, in *Pol. Dir.*, 1985, pag. 363 e segg. e *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, pag. 479 e segg.

voratori, datori di lavoro e utenti dei pubblici servizi essenziali.

Ma, e questo è il punto, si tratta pur sempre di perseguire un interesse collettivo dei lavoratori e, cioè, un interesse indivisibile, sintesi e non somma dei loro interessi individuali.

Anche i tradizionali contratti collettivi « acquisitivi », perseguendo un interesse collettivo, non necessariamente perseguono l'interesse di ciascuno dei lavoratori, tant'è che la loro inderogabilità segna la prevalenza dell'interesse indivisibile del gruppo su quello dei suoi singoli componenti. Allo stesso modo, gli accordi sindacali di cui trattasi non perseguono l'interesse di tutti i lavoratori ai quali si riferiscono, ma l'interesse del gruppo al quale necessariamente, e comunque, appartengono.

E se la funzione caratteristica e qualificante dei contratti collettivi previsti dall'art. 39 Cost. è, come è, quella di perseguire un interesse collettivo, tra essi devono essere ricompresi anche quelli denominati « delegati o regolamento » in quanto anche loro realizzano quella funzione, ancorché, per dirla con Cino Giugni, la realizzano « in guise diverse » (64).

Soltanto apparentemente i contratti collettivi che assolvono a queste nuove funzioni non compongono conflitti di interessi tra capitale e lavoro.

Anche il ricorso a forme di lavoro flessibile, la scelta dei lavoratori da mettere in cassa integrazione guadagni o in mobilità e la definizione delle prestazioni indispensabili da erogare in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali hanno, infatti, come presupposto un conflitto di interessi tra datori di lavoro e lavoratori. I primi hanno interesse alla massima e più intensa utilizzazione della flessibilità, a sospendere o a licenziare i lavoratori meno collaborativi e, anche quando gestiscono un servizio pubblico essenziale, ad evitare o a ridurre le conseguenze negative derivanti dallo sciopero. Per contro, i lavoratori hanno interesse: alla stabilità del loro rapporto e che questa non sia messa in crisi da forme di lavoro flessibile; che sospensioni e mobilità avvengano nei limiti delle effettive esigenze dell'impresa e, comunque, con procedure di selezione corrette; che la tutela degli interessi degli utenti dei pubblici servizi essenziali si realizzi senza che sia compromessa, al di là del necessario, l'efficacia dei loro mezzi di lotta sindacale.

Se mai, è da dire che, nello stesso modo in cui l'oggetto dell'interesse collettivo è diverso, diversi, rispetto a quelli tradizionali, sono anche i termini in cui si pone il conflitto di interessi tra capitale e lavoro.

Nel caso dell'accesso alla flessibilità, da un lato, quel conflitto non

lavoratori e la componente solidaristica che ne caratterizza il concetto, giunge a ritenere che, in questi casi, « la legge chiede al contratto di *rimanere se stesso* » (pag. 325).

(64) C. GUCCHI, *La funzione ecc.*, op. cit., pag. 23.

coinvolge soltanto gli interessi dei lavoratori occupati, ma anche quelli di quanti sono ancora in cerca di occupazione e, quindi, non sono ancora lavoratori e, d'altro lato, l'accordo sindacale che consente il ricorso a forme di lavoro flessibile realizza una mediazione tra l'interesse ad avere comunque un lavoro e quello dei lavoratori che già hanno un lavoro a tempo pieno e indeterminato. Pertanto, ben si può ritenere che, anche in questi casi, l'accordo sindacale tende a realizzare un interesse collettivo (65), consistente, com'è nella tradizione, nell'eliminazione della concorrenza necessitata tra lavoratori e, cioè, la concorrenza di chi, per soddisfare un suo interesse individuale, accetterebbe di lavorare senza garanzie di continuità e chi, avendo tali garanzie, ha interesse a non vederle diminuire.

Nel caso degli accordi sindacali sulla scelta dei lavoratori da mettere in cassa integrazione o in mobilità, il conflitto da comporre è anche, se non soprattutto, quello tra i lavoratori che devono essere sospesi o licenziati e quelli che, invece, continuano a lavorare o conservano l'occupazione (66).

Infine, nel caso di accordi sulle prestazioni indispensabili il conflitto non si pone soltanto tra l'interesse dei lavoratori alla possibilità di esercitare efficacemente il loro diritto di sciopero e quello del datore di lavoro a limitarne le conseguenze, ma coinvolge anche gli interessi degli utenti dei pubblici servizi essenziali al quale, anzi, il legislatore assegna una particolare tutela.

9. - In tutti i casi, però, e sebbene in « guise » diverse, gli accordi di cui trattasi perseguono, non meno e non differentemente dai contratti collettivi « normativi », un interesse collettivo dei lavoratori e, quindi, sono riconducibili « al principio della tutela del lavoro » che, anche in questi casi, si dispiega « attraverso l'autonomia di gruppo », onde devono essere confermate le conclusioni alle quali Cino Giugni perveniva nel 1967.

(65) C. SUPPES, *La contrattazione collettiva ecc.*, op. cit., pag. 224.

(66) M. PERSIANI, *Commento all'art. 4, in Commentario alla legge n. 223 del 1991, in Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 920 e segg.