

L'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE IN ITALIA COME FONTE DEL DIRITTO: IL CASO DEI CONTRATTI COLLETTIVI DI DIRITTO COMUNE

1. INTRODUZIONE

1.1 – *Identificazione dell'oggetto dello studio* – Il dilemma relativo al fatto se la giurisprudenza, intesa come l'insieme delle decisioni giurisdizionali¹, possa essere considerata come una fonte del diritto, cioè una fonte produttiva di norme giuridiche e capace di innovare il diritto, è un problema ampiamente dibattuto e forse in alcuni suoi aspetti, ipocritamente, irrisolto². Tale questione si accompagna spesso con un altro problema che è stato definito dalla dottrina come *contraddizione fondamentale*³ e che consiste in ciò: da un lato molti giuristi condividono la dottrina della separazione dei poteri in base alla quale al giudice spetta applicare soltanto la legge; dall'altro i medesimi giuristi condividono anche la teoria di stampo giusrealista in base alla quale anche il giudice più fedele alla legge non possa non creare diritto. Il giudice, quindi, non deve o non dovrebbe creare diritto, eppure non può non crearlo.

Se l'interpretazione può essere definita – almeno grossolanamente – come quell'attività che coglie e attribuisce significati a partire da segni, che possono essere costituiti, come nel caso dell'interpretazione giurisprudenziale, da parole, e se diamo per scontato che ogni «oggetto» di interpretazione consente interpretazioni plurime (non potendosi parlare di attività interpretativa se non in presenza di una certa dose di problematicità, di non ovvietà, di dubbio⁴), quando è che l'attività dell'interprete va oltre alla discrezionalità connessa e consentita dal pluralismo di significati e compie un'attività propriamente creativa?

Una simile domanda origina dal presupposto che il modello tradizionale che vede il legislatore come detentore del monopolio della creazione del diritto nuovo e il giudice come semplice applicatore delle norme da altri individuate sembra essere irrimediabilmente in difficoltà. Si assiste, anche negli ordinamenti appartenenti alla tradizione codificata, ad un ripensamento del rapporto tra legge e sentenza, con un innegabile modificarsi delle norme positive nella prassi. In

¹ O sottoinsiemi delle decisioni giurisdizionali a cui ci si riferirà nel presente lavoro. Infatti il termine «giurisprudenza» usato senza ulteriori specificazioni viene utilizzato in quei contesti in cui la si mette in relazione ad altre attività come la «dottrina». Più in particolare si può fare riferimento alla “giurisprudenza della Cassazione”, alla “giurisprudenza dei giudici di merito”, alla “giurisprudenza della Corte Costituzionale”, ad esempio per riferirsi ad un sottoinsieme di decisioni con riferimento all'organo o agli organi giurisdizionali da cui promanano.

² Se, come espresso da R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 91 e ss., sembra certo che almeno in un senso debole i giudici creino sempre del diritto inteso come norme giuridiche (individuali), più difficile può risultare dimostrare e convincere che i giudici, a volte, creino diritto in senso forte; creino cioè norme giuridiche generali il cui contenuto non sia logicamente implicito o esplicito in una disposizione o norma generale. In ossequio al principio di legalità, molti autori, senza osservare la realtà negano che un'operazione di questo ultimo tipo possa verificarsi o possa imporsi nell'ordinamento italiano.

³ L'espressione è usata da M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, Torino, 2005, p. 1.

⁴ Sul tema si veda ad esempio F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione, lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 105 e ss.; U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990; C. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1994.

sistemi giuridici nei quali la legislazione è frutto della mediazione instabile tra interessi e spinte divergenti e spesso contrapposti, che adotta la tecnica di affidarsi a formulazioni letterali volutamente ambigue per scaricare in altre sedi l'onere dello scioglimento forzoso di tali ambiguità, l'attività del giudice diviene un elemento fondamentale di articolazione interna nell'innovazione del diritto attraverso il riconoscimento e l'uso del materiale giuridico.

L'ampiezza del dibattito e gli sterminati aspetti che compongono tale dilemma impongono di delimitare l'oggetto del presente lavoro ad alcuni soltanto di questi ultimi instrandolo questa breve trattazione verso un obiettivo ben preciso.

La locuzione «diritto giurisprudenziale» significa diritto creato dai giudici⁵, ma tale definizione può avere diversi significati a seconda del particolare significato che si attribuisce a ciascuno dei termini della definizione stessa. Pertanto la tesi secondo cui i giudici creano diritto può essere avanzata anzitutto come tesi teorico-generale o come tesi dogmatica riferita al diritto positivo di uno specifico ordinamento.

In un senso teorico-generale, affermare che i giudici creano diritto può significare:

- a) che tutti i giudici in qualunque tempo creano diritto nel senso che la funzione giurisdizionale stessa costituisce, in quanto tale, creazione di diritto;
- b) che i giudici, tutti i giudici, creano diritto solo in determinate circostanze;
- c) che non tutti i giudici, ma solo alcuni di essi – ad esempio i giudici costituzionali – creano diritto in virtù della particolare funzione loro conferita;
- d) che non tutti i giudici, ma solo alcuni di essi, creano diritto non sempre ma solo quando pronunciano decisioni di un certo tipo.

In senso dogmatico, cioè facendo riferimento al diritto positivo di uno specifico ordinamento, invece, asserire che i giudici creano diritto può assumere almeno due significati.

In un primo senso affermare che i giudici creano diritto in un dato ordinamento può voler dire che i giudici – tutti i giudici o solo alcuni di essi - creano norme giuridiche non già perché ciò sia connotato ed insito nell'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, bensì in virtù di una norma giuridica positiva sulla produzione normativa che lo consente, qualificando tutte le decisioni giurisdizionali o alcune di esse come fonti del diritto.

In un secondo senso, sostenere che i giudici creano diritto, può voler dire che, anche in assenza di una norma sulla produzione giudiziale dell'ordinamento di appartenenza che attribuisca loro questa funzione o capacità, le decisioni giurisdizionali si pongono come fatti (nel senso di

⁵ Sull'argomento in generale si può vedere A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983, cap. XI; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996, cap I; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, *Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Giuffrè, Milano, 1984; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, op. cit., p. 97 e ss.

eventi o comportamenti) normativi che in concreto danno vita a norme giuridiche che ricevono egualmente accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari, imponendosi come norme valide o in virtù della loro capacità persuasiva o in virtù del principio di effettività⁶, divenendo di fatto vincolanti *erga omnes* e operando quindi come fonte non legale ma *extra ordinem*.

Il presente lavoro si occuperà della problematica proprio da quest'ultimo punto di vista di carattere dogmatico per indagare se all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, la giurisprudenza e quindi l'interpretazione giurisprudenziale, qui da intendersi essenzialmente come giurisprudenza della Corte di Cassazione e in parte anche dei giudici di merito, possa essere considerata come fonte del diritto o no.

1.2 – *Il punto di partenza e il contesto di riferimento* – L'interesse per una simile disamina, deriva, a parere dello scrivente, da una contraddizione presente all'interno del nostro sistema giuridico o del nostro sistema delle fonti, forse è più astratta che reale ma certamente innegabile. L'ordinamento giuridico italiano non prevede una disposizione contenuta in una fonte gerarchicamente elevata – ad esempio la Costituzione – che indichi ed elenchi tutti gli atti e i fatti che possono o debbono essere considerate fonti del diritto e quindi ai quali sia consentito produrre norme giuridiche con efficacia generale. L'unico e notissimo atto che contenga un simile elenco è l'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile. Ritengo che tale disposizione non solo non possa essere dotata di sufficiente forza autoritativa in quanto inserita in una fonte parificata alla legge ordinaria, ma pecca altresì di incompletezza. Essa infatti è stata formulata in un periodo in cui il sistema delle fonti del diritto italiano era totalmente diverso da quello attuale e non può comprendere tutto ciò che oggi pacificamente è considerato fonte del diritto⁷. Sebbene quindi si sia affermato che il sistema delle fonti del diritto italiano sia caratterizzato dalla tipicità⁸ e che nel nostro sistema vige un concetto in senso formale di fonte del diritto, l'individuazione delle «fonti del diritto» è rimesso all'azione dell'interprete. Ciò deriva anche dal fatto che le norme sulla produzione normativa sono contenute per la maggior parte in atti gerarchicamente sott'ordinati alla Costituzione.

Per ciò che concerne la giurisprudenza o l'interpretazione giurisprudenziale non esiste nel nostro ordinamento una norma giuridica che espressamente ci dica che essa non può essere una

⁶ Si definisce principio di effettività quella regola in base alla quale una norma deve considerarsi valida – anche se non corrisponde ai criteri legali di validità dell'ordinamento – nel caso in cui sia generalmente accettata e osservata dai suoi destinatari e reciprocamente una norma non può considerarsi valida qualora – pur legalmente valida - non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari. Sull'argomento si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 541; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1993, II, p.167; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁷ La Costituzione o i regolamenti comunitari per fare due esempi tra i più noti.

⁸ A tal proposito si veda F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 2002, in cui l'autore afferma a tal proposito che «lo studio delle fonti del diritto nell'ordinamento italiano deve prendere le mosse da ciò che stabiliscono al riguardo le norme sulla produzione normativa».

fonte del diritto, né una norma che altrettanto espressamente ci dica che può esserlo o lo è⁹.

L'appartenenza del nostro ordinamento a quella che viene definita la tradizione giuridica occidentale di *civil law* – in contrapposizione all'altra grande tradizione di *common law* –, tenderebbe a far escludere a priori la possibilità che la giurisprudenza possa essere definita come fonte del diritto in senso formale nel nostro ordinamento, come autorità nomotetica. Tuttavia partendo dalle considerazioni di alcuni autori più avveduti o più realisti¹⁰ secondo i quali non è più materia di disputa il riconoscimento che il formante giurisprudenziale concorre con altri nella creazione delle regole giuridiche, anche all'interno dei sistemi di *civil law*, si proverà a dare conto del contrario, sostenendo esser la giurisprudenza fonte “persuasiva”, o di fatto, o sotto il profilo della nomopoiesi, se non della nomotesi. E ciò movendo proprio dall'esperienza concreta di alcuni filoni di interpretazioni giurisprudenziali per i quali appare difficile parlare di attività interpretativa di disposizioni normative e più naturale di creazione normativa. Uno di questi è certamente quello della giurisprudenza avente ad oggetto l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di lavoro di diritto comune.

2. PREMESSA MINORE: VICENDE DEI CONTRATTI COLLETTIVI IN ITALIA

2.1 – *La situazione legislativa* – Nella necessità di chiarire tutti gli elementi del presente lavoro, volendo offrire una definizione generale di «contratto collettivo», esso può essere inteso come l'accordo tra un datore di lavoro (o più datori di lavoro) ed un'organizzazione (o più organizzazioni) di lavoratori, allo scopo di stabilire il trattamento minimo garantito e le condizioni di lavoro ai quali dovranno conformarsi i singoli contratti individuali stipulati dai soggetti che hanno stipulato l'accordo. Senza poter qui soffermarci sui diversi tipi di contratto collettivo che in genere si differenziano con riferimento alla realtà ed estensione territoriale cui fanno riferimento¹¹, essi contengono un parte c.d. obbligatoria in cui sono disciplinati i rapporti tra le parti del contratto,

⁹ Cfr. art. 101 Cost. che afferma che *i giudici sono soggetti soltanto alla legge*. Tale affermazione potrebbe essere letta sia nel senso di sostenere che l'interpretazione del giudice è libera, ma anche nel senso che, essendo soggetti alla “legge” - qui da intendersi certo in senso ampio - le interpretazioni non possono andare al di là della legge. R. GUASTINI, in (a cura di) A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1994, sub art. 101, sostiene che soggezione soltanto alla legge ha come primario significato quello per cui ogni provvedimento giurisdizionale deve esse fondato su una specifica norma di legge e cioè o su di una norma «espressa» che costituisca uno dei significati possibili di una disposizione o su di una norma «inespressa» o «implicita» la cui esistenza possa essere però sempre argomentata a partire da precise disposizioni normative. Più esplicito, in senso di escludere la giurisprudenza tra il novero delle possibili fonti del diritto è quanto affermava lo Statuto Albertino in tema di interpretazione delle leggi. L'art. 73, nella parte dedicata all'Ordine Giudiziario, affermava che “*L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo*”. Si noti infine che nel progetto di Costituzione, presentato dalla Commissione dei 75 alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 31/01/1947, l'art. 94 al suo secondo comma recitava invece «I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza».

¹⁰ Si veda a tal proposito A. GAMBARO E R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999.

¹¹ Si parla in genere così di contratto aziendale, contratti locali, contratti nazionali.

e una parte c.d. normativa, nella quale si stabilisce una regolamentazione esaustiva del rapporto di lavoro per tutta la sua durata, disciplinando la costituzione e la cessazione del rapporto, l'inquadramento dei lavoratori, le ferie, i permessi, l'orario di lavoro, la retribuzione, il codice disciplinare. Il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi e dell'estensione dell'efficacia ad opera della interpretazione giurisprudenziale, ha da sempre riguardato la sola parte normativa e a questa ci si riferirà anche nella presente trattazione.

Nell'affrontare la storia delle vicende che hanno interessato i contratti collettivi c.d. di diritto comune non si può prescindere dalle disposizioni legislative presenti nel nostro ordinamento cui si può fare riferimento¹². La situazione legislativa in cui la dottrina e la giurisprudenza si sono trovati ad operare dopo la caduta del sistema corporativo può essere così sintetizzata. Il decreto luogotenenziale legislativo n. 369 del 23/11/1944 abrogava tutte le disposizioni di legge relative all'istituzione, funzionamento, poteri, attività dei sindacati fascisti e in genere all'ordinamento corporativo, travolgendo in tal modo tutte le disposizioni di legge relative alla regolamentazione collettiva o alla natura dei contratti collettivi¹³. La Costituzione del 1948, sancendo alcuni principi in tema di tutela del lavoro, prevede all'art. 39 che previa registrazione, ai sindacati, rappresentati unitariamente in proporzione ai loro iscritti, sia riconosciuto il potere di stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce. Restavano in vigore gli articoli del codice civile, non travolti dal decreto luogotenenziale, la cui portata in merito alla contrattazione collettiva andava tuttavia attualizzata alla luce della Costituzione e della realtà giuridica e fattuale rinnovata. La mancata adozione da parte del legislatore ordinario della normativa necessaria a dare attuazione al contenuto dell'art. 39 della Costituzione è vicenda tanto controversa quanto nota. Altresì noto è il tentativo di fornire una disciplina in materia con la legge n. 741 del 14/7/1959 che attribuiva al governo la delega ad emanare decreti sul minimo di trattamento economico e normativo per le varie categorie lavorative conformando tali decreti al contenuto dei contratti collettivi nazionali esistenti al momento di entrata in vigore della legge stessa. Tale normativa fu travolta in seguito da un giudizio di legittimità costituzionale.¹⁴

Il diritto del lavoro e il diritto sindacale in materia di contrattazione collettiva, si trovano

¹² Per un'analisi dettagliata della situazione legislativa nei primi anni dopo la costituzione si veda G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972; per l'analisi della legislazione più recente P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova, 1990;

¹³ Anche se, come si vedrà più oltre in questo lavoro, per alcune disposizioni l'intervenuta abrogazione non è sicura. Così ad esempio per alcuni articoli del codice civile che si riferiscono proprio ai contratti collettivi. Non essendo stati oggetto di una abrogazione espressa, la loro perdita di efficacia è frutto di interpretazione. Così per effetto di ragionamenti interpretativi spesso contraddittori, alcuni articoli come il 2075 (*Efficacia del contratto collettivo nel caso di variazioni dell'inquadramento*) e 2076 (*Contratto collettivo annullabile*), ad esempio, devono considerarsi abrogati a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo, mentre altri come ad esempio l'art. 2077 sono stati ritenuti ancora in vigore in quanto non incompatibili con la soppressione del sistema corporativo.

¹⁴ Con la sentenza della Corte Costituzionale 19/12/1962 n. 106, in www.giurcost.it.

perciò negli anni '60, in una situazione di evidente carenza legislativa sulla quale inizia ad evolversi un processo sia dottrinale che giurisprudenziale che darà luogo alla tesi che si esporrà nel presente lavoro.

La legislazione in materia non conosce sostanziali novità, ritengo, fino all'epoca più recente in cui, pur non ritrovandosi degli atti che direttamente pongano una disciplina della contrattazione collettiva o che ne chiariscano l'efficacia, tuttavia contemplano gli accordi collettivi, attraverso la tecnica del «rinvio» talora in funzione di disciplina dell'istituto considerato, talaltra in funzione di integrazione della disciplina legale¹⁵. Sebbene sia stato osservato da autorevole dottrina¹⁶ che dall'utilizzo di tale tipo di tecnica legislativa non possa discendere direttamente né un principio di parificazione tra legge e contrattazione collettiva, né una formalizzazione della efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi¹⁷, un simile comportamento costituisce, a parere dello scrivente, un riconoscimento espresso della loro capacità o forza di efficacia generale, quantomeno in forza del richiamo contenuto in una disposizione di legge.

E' evidente da questa breve esposizione che la situazione legislativa si presentava all'indomani della approvazione della Costituzione ed in gran parte ancora oggi come una situazione di carenza della legislazione statale, non solo nel senso di lacunosità ma anche, come afferma Tarello¹⁸, di «non rispondenza della disciplina legislativa ai fenomeni disciplinati, nella determinazione che di questi ultimi danno le scienze descrittive». La disciplina legislativa mancava di tutelare una serie di diritti ed interessi dei lavoratori che pur affermati in costituzione, rimanevano lettera morta, di fronte all'immobilismo del legislatore e al mancato riconoscimento di un'efficacia generale a quegli atti che avrebbero potuto utilmente sostituire la legge. Si pensi – ed è questa mancanza che ha generato i più interessanti filoni giurisprudenziali – alla mancanza di un parametro per identificare la giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 della Costituzione nonché alla disciplina sull'inquadramento.

2.2 – *Cosa sembra scontato* – Stando le cose come esposto nel paragrafo precedente, non potendo contare sul disposto dell'art. 39 cost., la soluzione ricavabile dalla situazione di fatto e di diritto, non poteva che essere quella che definiva e considerava i contratti collettivi conclusi dalle

¹⁵ Si vedano ad esempio gli artt. 7,12,13,26, 30, e 35 dello Statuto dei lavoratori; l'art. 5, terzo comma della legge 19/12/1984 n. 863 n materia di lavoro a tempo parziale, artt. 1 e 5 della legge 9/12/1977 n. 903 sulla parità di trattamento tra uomini e donne; l'art. 23, primo comma, legge 28/02/1987, n. 56, recante norme sull'organizzazione del lavoro; infine il D. Lgs. n. 276/2003. Per una panoramica sulle varie ipotesi di rinvio alla contrattazione collettiva vedi R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Angeli, Milano, 1988, p. 139 e ss.

¹⁶ P. LAMBERTUCCI, op. cit., p. p. 73; G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giornale dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p. 317; M. D'ANTONA, *Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1989, I, p. 407.

¹⁷ Anche perché molti degli atti richiamati in cui sono previsti i rinvii alla contrattazione collettiva, essa viene fatta nei confronti non solo di accordi collettivi a livello nazionale ma sempre più spesso a quelli a livello locale.

¹⁸ G. TARELLO, op. cit., p. 84 e ss.

associazioni di lavoratori e datori, come semplici contratti, certo atipici, ma sempre contratti tra due o più parti. Il contratto collettivo, posando sui preconcetti dogmatici sulla natura privatistica delle associazioni sindacali e sulla natura collettiva dell'interesse tutelato, viene chiamato «di diritto comune»¹⁹, intendendo diritto comune come diritto privato. Questa definizione viene sostituita dalla locuzione semplicemente di «contratto collettivo» senza altre parole, il che consente la sostituzione in alcune norme del vecchio ordinamento che si riferiscono al «contratto collettivo», il «contratto di diritto comune» al «contratto collettivo» previsto dalla Costituzione. A parte queste operazioni poco corrette²⁰, questa sistemazione terminologica ha come conseguenza immediata che i contratti collettivi restano disciplinati dalla normativa sui contratti presente nel diritto privato ed in particolar modo dalla normativa del codice civile. Da ciò consegue che i suoi effetti, la sua efficacia non possono che svolgersi nei confronti delle sole parti che l'hanno concluso ed eventualmente nei confronti dei soggetti che queste rappresentano sulla base del chiaro disposto dell'art. 1372 c.c. Il che, almeno *prima facie* e in linea di principio, impedisce qualsiasi possibilità di ampliamento della sua efficacia, non solo a diversi soggetti determinati ma soprattutto alla generalità dei lavoratori del settore.

Peraltro è utile sottolineare come, quest'ultima soluzione, sembra suffragata da un recente intervento del legislatore sulle disposizioni del codice di procedura civile. L'art. 18, comma 1 del D. Lgs. 2/2/2006 n. 40, ha infatti inserito nel codice di procedura civile e nell'ambito della disciplina del rito speciale per le cause in materia di lavoro e previdenza, l'art. 420bis il quale al suo primo comma recita «Quando per la definizione di una controversia di cui all'art. 409 è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, il giudice decide con sentenza tale questione...».

Ora, mi pare chiaro che se il legislatore ha inteso dedicare una disposizione riguardo alle decisioni relative alla efficacia o validità dei contratti collettivi nazionali, ciò sta a significare che l'efficacia o la validità di un contratto collettivo sono – o possono essere – questioni da decidersi in ciascun singolo caso e non esiste una norma secondo la quale la fonte in questione ha efficacia generale.

Peraltro, la stessa novella al codice di procedura civile, ha altresì modificato l'art. 360 che

¹⁹ La locuzione contratto collettivo di diritto comune viene introdotta da F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1950, p. 299.

²⁰ Come detto più sopra, l'abrogazione del sistema corporativo, lascia in vigore alcune disposizioni che si riferiscono ai «contratti collettivi» senza alcuna ulteriore specifica. La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto applicabili tali disposizioni anche ai contratti collettivi di diritto comune, dimenticandosi o facendo finta di dimenticarsi che quelle regole si riferivano ai contratti collettivi corporativi e quindi ad una fonte, evidentemente, diversa. Esasperando, ritengo che sarebbe come dire che la disciplina dei «regolamenti» dell'esecutivo si applica anche ai «regolamenti» parlamentari solo perché entrambe le fonti assumono la denominazione di «regolamenti».

disciplina i casi in cui una sentenza può essere impugnata con ricorso per cassazione. Il n. 3) del primo comma che in precedenza prevedeva quale motivo di ricorso la «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» ora prevede che sono motivi di ricorso le «violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro».

Ora, considerando che la funzione del rimedio dell'impugnazione per cassazione è quella di controllo sulla puntuale applicazione della legge (*rectius* del diritto sostanziale)²¹, l'aver previsto esplicitamente quale fonte che può essere soggetta ad errori di applicazione e di interpretazione, può forse voler dire, nell'intenzione del legislatore, aver riconosciuto una certa forza o valore giuridico particolare agli accordi collettivi?²²

2.3 – *Le posizioni della dottrina* – In questa situazione di carenza, con un impiego particolare dello scarso materiale legislativo e con un impiego generoso di altri materiali (concettuali, ideologici, logici, di rilevamento della prassi), la dottrina giuridica italiana – talvolta preceduta, ma più spesso seguita dalla giurisprudenza – iniziò a farsi carico dell'elaborazione di un diritto sindacale e del lavoro che si caratterizza, tra gli altri, per alcuni istituti che qui ci interessano: a) la creazione dell'istituto del contratto collettivo c.d. di diritto comune; b) la c.d. efficacia generale dei suddetti contratti collettivi di diritto comune; c) l'individuazione di un ordinamento giuridico del lavoro, distinto da quello consistente nella sola legislazione statale, e *la prassi e legittimità metodologica* di integrare il secondo col primo mediante lo strumento interpretativo e creando un «sistema misto»; d) la derogabilità da parte dei contratti collettivi di norme legislative, quando la deroga sia necessitata o giustificata da una rilevata o asserita realtà nuova.

Un importante autore scriveva in quei primi anni: «Certamente, per intuire il valore dei fenomeni di adattamento della pratica dei rapporti e della stessa giurisprudenza alla insufficienze della legislazione, è necessario che non si cerchi negli istituti i segni di un'armonia prestabilita e si accetti una visuale, per così dire storicistica dei problemi. La storia del diritto, nei suoi punti di più intenso sviluppo evolutivo, è costellata di finzioni, di negozi indiretti, di strumenti creati dall'autonomia per ottenere ospitalità ad interessi ai quali in un primo tempo l'ordinamento aveva denegato la tutela. Le più recenti vicende del diritto del lavoro in Italia sono, in buona parte, riconducibili a fenomeni di siffatta natura, o quantomeno ad interpretazioni equitative e suppletive delle carenze di un legislazione ad hoc».²³

²¹ Su tutti vedi C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale*, Giappichelli, 2006.

²² A tale proposito tra le prime interpretazioni del nuovo dettato legislativo si veda ad es. C. App. Roma, Sez. lavoro, 25/09/2006, in cui si afferma che *deve invero ritenersi che, dopo la modifica dell'art. 360, n. 3, c.p.c., quale che sia la ragione per la quale la Corte di Cassazione viene investita di questioni relative all'interpretazione di norme di contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, i suoi pronunciamenti avranno la medesima efficacia nomofilattica.*

²³ G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, X, 1958, I, p. 3.

E' proprio facendo ricorso a questi strumenti che la dottrina giuslavorista iniziò a costruire argomenti e teorie idonee a giustificare l'efficacia generale dei contratti collettivi di diritto comune che pure erano e sono contratti di diritto privato.

Tralasciando qui la trattazione delle tesi che in quest'ottica hanno sostenuto e sostengono la riconduzione dei negozi giuridici nell'alveo delle fonti di diritto obiettivo²⁴, ci si soffermerà brevemente su altre costruzioni che tengono conto della particolare natura dei contratti collettivi, partendo sì dalla sua natura innegabile di negozio giuridico ma inevitabilmente andando oltre.

Una parte della dottrina sviluppò quella che viene definita la teoria del mandato collettivo²⁵, secondo la quale il fenomeno della regolamentazione intersindacale delle condizioni di lavoro doveva essere spiegato con il risultato di «un'autonomia privata collettiva»; autonomia propria di alcuni gruppi sociali inseriti necessariamente in modo stabile nel corpo sociale e riconosciuti dall'art. 2 cost., intermedi tra l'individuo e società generale, tra cui questi autori collocano la «categoria professionale». Riassumendo, questa dottrina fa discendere l'efficacia generale dei contratti collettivi dal fatto che questi gruppi siano dotati di una capacità normativa - spesso definita originaria - e comunque attribuita - e quindi legittimata in qualche modo dallo Stato, il quale attribuisce *indirettamente*²⁶ il potere di fissare regole inderogabili.

Nello stesso periodo si deve a Giugni²⁷ l'elaborazione della teoria dell'ordinamento intersindacale, secondo cui le parti sociali stipulando gli accordi collettivi, hanno costituito una comunità su basi contrattuali. Più precisamente esse avrebbero costituito un ordinamento per la permanente elaborazione di una disciplina dei rapporti di lavoro. Tale teoria, che si inserisce nella visione relativistica del pluralismo giuridico del Santi Romano²⁸, rivela l'esigenza di non identificare il diritto con il puro e semplice dato esteriore delle norme (statali o sindacali), quanto all'effettiva applicazione nella pratica. Ci si deve rivolgere, in una situazione di carenza legislativa come quella dei primi anni post-corporativi, ad una attività costituita da un valido patrimonio di esperienze normative che costituiscono in quel preciso ambito il «diritto vivente»²⁹.

Vi sono stati altri autori che hanno fondato la teoria della efficacia generale dei contratti

²⁴ Tra la letteratura sterminata in tal senso si può vedere tra tutte H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, ed. La Comunità, Milano, 1952; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959; F. PERGOLES, *I negozi giuridici come fonti normative*, in *Foro it.*, 1937, IV, p. 248; F. PERGOLES, *Sistema delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1973.

²⁵ La paternità di tale elaborazione è attribuita a F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 1959, p. 369; ID., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. It. Scienze giur.*, 1949, p. 138; ID., *Saggi di diritto Civile*, I, Jovene, Napoli, 1961.

²⁶ Cioè attraverso la mediazione dei poteri attribuiti alle persone singole.

²⁷ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.

²⁸ L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolatrici del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1998.

²⁹ Per inciso mi preme notare curiosamente che tale espressione viene comunemente utilizzata dalla Corte Costituzionale nella sua giurisprudenza. Lo ha fatto proprio in occasione della giurisprudenza sul danno biologico per legittimare la interpretazione della Corte di Cassazione sulla sua risarcibilità anche al di fuori della lettera dell'art. 2059 c.c.

collettivi di diritto comune su una sorta di attualizzazione dell'art. 39 sost., che riconoscerebbe la legittimazione alle rappresentanze sindacali di concludere contratti con efficacia *erga omnes* in via generale, essendo divenuto inattuale e superato nell'ordinamento giuridico italiano moderno, il requisito della registrazione degli stessi sindacati.

Tra gli anni cinquanta e sessanta si sviluppa anche la tesi dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di lavoro nel caso di adesione anche del solo datore di lavoro alle associazioni stipulanti³⁰. Secondo questi autori il datore di lavoro sarebbe obbligato ad applicare la disciplina dei contratti collettivi, stipulati dalla associazione alla quale lo stesso è iscritto, a tutti i suoi dipendenti, indipendentemente dalla loro iscrizione alle organizzazioni di lavoratori firmatarie. E ciò in virtù non solo di un principio di opportunità ma anche del principio di parità di trattamento³¹.

Anche più recentemente ritroviamo in dottrina autori che arrivano a sostenere che il contratto collettivo potrebbe configurarsi come una fonte di diritto operante su un piano di parità con la norma di legge e dotato della medesima forza sostanziale, che deriverebbe (ancora una volta facendo ricorso al principio di effettività) da una sostanziale abdicazione ai mutevoli e contingenti rapporti di forza tra le parti sociali, posto che il contratto collettivo costituisce il frutto di una laboriosa trattativa tra le stesse, nella quale si possono registrare arretramenti ed avanzamenti del movimento sindacale determinati dal potere contrattuale di quest'ultimo³². Il che significa attribuire forza normativa generale al contratto collettivo di diritto comune, pur costituendo una fonte atipica nel sistema formale delle fonti di diritto oggettivo, assimilabile più alle fonti fatto che alle fonti atto.

Tali teorie nell'apprezzabile tentativo di legittimare la realtà effettiva e di dare una collocazione ai contratti collettivi nel sistema delle fonti ovviando alla carenza legislativa, risentono tuttavia della difficoltà rappresentata dalla scarsità di dati legislativi a loro disposizione e dall'ossequio e omaggio della cultura giuridica italiana al principio di legalità e al canone della certezza giuridica. Hanno rappresentato tuttavia, si può ritenere, un utile sostrato per l'azione della

³⁰ Col tempo questa tesi si è sviluppata e divenuta un'acquisizione del tutto pacifica negli autori che la sostengono. A tal proposito si vedano M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *Lavoro e Diritto*, 1990; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 179 e ss.; M. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale* op cit., p. 64.

³¹ Si osserva, infatti, che il datore di lavoro non avrebbe interesse a praticare una diversità di trattamento determinata dalla scelta dei dipendenti. Da tale situazione di opportunità ciò che consente però il passaggio alla situazione di obbligatorietà è l'utilizzo del principio di parità di trattamento o eguaglianza. Secondo gli autori che sostengono questa tesi il datore di lavoro aderendo alla sua associazione sindacale, assumono l'impegno preventivo di uniformarsi al contratto collettivo di lavoro e di adeguare al suo contenuto i singoli contratti individuali. Questo impegno determina un condizionamento del potere contrattuale del datore di lavoro che lo autolimiterebbe e non potrebbe più utilizzarlo liberamente pena l'inadempimento nei confronti della associazione di appartenenza. In tal senso si veda G. PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, Vol. V, pag. 144 e ss.

³² Così G. FERRARO, *Ordinamento ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981; L. MENGONI, *legge e autonomia collettiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1980, p.692 il quale conclude che il legislatore tende ad obliterare l'art. 39 cost. «riconoscendo ai contratti collettivi attuali funzione di produzione normativa con efficacia generale, le quali, dal punto di vista del sistema formale delle fonti disciplinato dalla Costituzione, possono definirsi *extra ordinem*»; A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, p. 15.

giurisprudenza, anche se quest'ultima, ha seguito spesso strade più formalistiche e aderenti al dato normativo, pur giungendo poi alle medesime distanti ed imprevedibili soluzioni.

Ritengo che ciò sia stato dettato dall'esigenza per la giurisprudenza, pur in un'ottica irrimediabilmente creatrice, di ancorare più direttamente le proprie decisioni a disposizioni di legge per legittimare le proprie decisioni; il che sarebbe stato più difficile attraverso l'utilizzo diretto delle costruzioni dogmatiche della dottrina, spesso prive di "mordente" e basate sull'utilizzo di principi.

2.4 – *Evoluzioni e tecniche giurisprudenziali* – partendo da tali presupposti la giurisprudenza in materia di efficacia dei contratti collettivi, e salve influenze da parte della citata dottrina, adottando un'interpretazione rispettosa dell'ordinamento giuridico vigente, avrebbe dovuto attenersi ad affermare la efficacia dei contratti collettivi stipulati nei soli confronti delle parti stipulanti.

In effetti così si verifica sin dalle prime pronunce sia nella giurisprudenza di merito sia in quella della Corte di Cassazione³³. Il Tribunale di Genova con sentenza del 25/05/1959³⁴ rileva che non è di alcuna rilevanza per l'applicabilità di un determinato contratto collettivo l'attività svolta concretamente dall'impresa, dovendosi unicamente aver riguardo all'appartenenza delle parti alle associazioni stipulanti. Su tale presupposto, la giurisprudenza di merito correttamente, individua quali requisiti per l'applicazione di un contratto collettivo la pubblicazione, la prova della autenticità e dell'esistenza del contratto e la adesione del lavoratore e del datore di lavoro alle associazioni stipulanti³⁵, potendosi validamente contestare in caso di mancata iscrizione o di mancata adesione successiva l'applicabilità in giudizio delle disposizioni in esso contenute³⁶.

Utilizzando un argomento sviluppato dalla dottrina – ovvero il principio della rappresentanza volontaria –, questa giurisprudenza è categorica nel sostenere che nel nostro ordinamento i contratti collettivi di diritto comune non hanno efficacia normativa generale, ma soltanto efficacia contrattuale, non potendosi richiedere l'applicabilità di un contratto collettivo se manca il requisito della iscrizione, anche di una sola parte, alle associazioni stipulante.

Tuttavia sin da subito appaiono in minoranza ma sempre in modo crescente alcune sentenze che affermano l'efficacia normativa *erga omnes* dei contratti collettivi di diritto comune, magari solo per alcuni aspetti e magari utilizzando ricostruzioni dogmatiche non proprio ineccepibili, ma pur sempre pronunciandosi in tal senso e accogliendo l'invito lanciato dalla dottrina o a volte

³³ Per una completa rassegna di giurisprudenza sul tema nei primi anni post-corporativi si veda L. BORGOMEIO, *Il contratto collettivo di lavoro – rassegna di giurisprudenza (1944-1964)*, Giuffrè, Milano, 1966; per un'analisi della giurisprudenza più recente E. RAVERA, *Il contratto collettivo*, in E. MINALE COSTA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004; F.R. SAVIO, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo di lavoro*, in www.dirittolavoro.it.

³⁴ In *Temì genovesi*, 1959, p. 371.

³⁵ Così ad esempio Corte d'Appello di Trieste, 01/08/1956, in *Orient. Giur. Lav.*, 1957, p. 210.

³⁶ Tali pronunce rappresentano l'assoluta maggioranza. Senza presunzione di completezza e con l'invio a rivolgersi alle opere già citate nella nota 25, si segnalano tra le tantissime Cass. 06/02/1954, n. 293, in *Riv. Dir. Lav.*, 1954, II, p. 133, Cass. 30/03/1954, n. 962, in *Mass. Giur. It.*, 1954, c. 223; C. App. Firenze, 01/04/1957, in *Giur. Tosc.*, 1957, p. 692; Cass. 11/01/1962, n. 17, in *Mass. Giur. It.*, 1962, c. 8.

precedendola.

Così il Tribunale di Verona, nella sentenza del 13/02/1954³⁷, afferma che l'azienda iscritta all'associazione stipulante è tenuta ad applicare il contratto collettivo anche nei confronti del dipendente non iscritto ad alcun sindacato, in virtù dell'art. 2077 c.c. che consente la sostituzione e l'applicazione al lavoratore, delle norme del contratto collettivo in luogo di quelle difformi del contratto individuali, salvo che queste ultime non siano più favorevoli³⁸.

Una parte della giurisprudenza giunge alle medesime conclusioni facendo appello agli usi. La Corte di Appello di Perugia, sentenza 17/03/1947³⁹, sostiene che l'imperatività del contratto collettivo di diritto comune deriva dall'essersi determinata una coscienza generale dell'obbligatorietà delle stipulazioni. Sullo stesso filone che fa riferimento, come già la dottrina, alla situazione di fatto esistente o presunta esistente, si pone anche il Tribunale di Pordenone, sentenza 20/05/1948⁴⁰, che affermava che il contratto collettivo di diritto postcorporativo, in quanto determina nei soggetti dei rapporti di lavoro il convincimento della sua giuridica obbligatorietà, viene a creare un uso che si deve ritenere abbia potere obbligatorio e vincolante per tutti, indipendentemente dall'iscrizione del datore di lavoro e del lavoratore alla rispettiva associazione sindacale. Ancora, utilizzando una motivazione dedotta in un certo senso dalla necessità, la Corte di Appello de L'Aquila, sentenza 31/05/1950, sostiene che in attesa della promulgazione delle norme di attuazione dell'art. 39 cost., in virtù di una *opinio iuris ac necessitatis* i contratti collettivi di diritto comune hanno la stessa validità ed efficacia dei contratti corporativi.

La Pretura di Monza, sentenza 31/12/1948⁴¹, invece, utilizzando un'argomentazione e un'interpretazione a dir poco creativa, ha sostenuto che i contratti collettivi stipulati dopo il 01/01/1948 hanno efficacia *erga omnes* per effetto dell'art. 39 cost.

Il percorso è ormai avviato e giunge sino alla Suprema Corte, la quale con sentenza 03/02/1950, n. 282⁴², conformandosi ai citati orientamenti della giurisprudenza di merito ha sostenuto che l'autonomia contrattuale privata trova un limite di fronte ad un accordo unitario di tutti i sindacati interessati, dovendosi in questo caso riconoscere l'accordo come vincolante per tutti gli appartenenti alla categoria anche se non iscritti ai sindacati stipulanti. Ancora Cass., sentenza 19/06/1951, n. 1265⁴³, sulla base della considerazione che un aumento salariale disposto con un accordo collettivo costituisce un provvedimento di ordine generale, tale accordo deve essere applicato senza discriminazioni anche ai non iscritti.

³⁷ In *Orient. Giur. Lav.*, 1954, p. 265.

³⁸ Il riferimento all'utilizzo del principio di parità di trattamento elaborato dalla dottrina ed esposto più sopra è evidente.

³⁹ In *Dir. Lav.*, 1947, II, p. 197 o in *Mass. Giur. It.*, 1947, p. 97.

⁴⁰ In *Mass. Giur. Lav.*, 1948, II, p. 197 o in *Dir. Lav.*, 1948, II, p. 216.

⁴¹ In *Dir. Lav.*, 1949, II, p. 176.

⁴² In *Mass. Giur. Lav.*, 1950, p. 1 o in *Dir. Lav.*, 1950, II, p. 185 o in *Giur. It.*, 1950, I, 1, c. 914.

⁴³ In *Riv. Dir. Lav.*, 1951, II, p. 485.

Accanto a questa serie di pronunce che sostengono l'applicabilità *erga omnes* dei contratti collettivi, ve ne sono poi altre che pur affermando in via generale l'efficacia dei contratti collettivi limitatamente agli iscritti alle associazioni, tuttavia sostengono la rilevanza del contratto collettivo del contratto stesso nei confronti degli altri soggetti, arrivando perciò alle stesse conseguenze.

Significativa è la sentenza del Tribunale di Modica, 28/01/1952⁴⁴, dove si legge che quando la determinazione della retribuzione spetta al giudice in via equitativa, il contratto collettivo di diritto comune spiega una efficacia indiretta nei confronti dei non iscritti fungendo da parametro di indicazione o integrazione. L'App. Genova, 18/01/1954⁴⁵, ha dichiarato invece l'efficacia *erga omnes* delle clausole contenute in un contratto collettivo con riguardo alla retribuzione; ciò in virtù dell'art. 36 cost., per cui il trattamento economico indicato dal contratto deve considerarsi come compenso per tutti i lavoratori appartenenti alla categoria a cui il contratto si riferisce e costituisce parametro per determinare la giusta retribuzione. Tale orientamento viene accolto anche da alcune sentenze della Corte di Cassazione che lo pone a fondamento di alcune sue decisioni⁴⁶.

Infine si sviluppa un ulteriore filone giurisprudenziale secondo cui il contratto collettivo di diritto comune vincola non soltanto gli iscritti alle associazioni ma anche coloro che abbiano manifestato una volontaria ed esplicita adesione o un'implicita ricezione, intesa quest'ultima come una pratica costante, consolidatasi, ad esempio, con l'applicazione ininterrotta delle disposizioni contenute nel contratto collettivo⁴⁷.

Un simile contrasto giurisprudenziale tra quelle pronunce che rimangono ferme sulla impossibilità di attribuire efficacia oltre agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti *tout court*, e quelle pronunce che invece, pur definendo il contratto collettivo come un contratto di diritto privato ne estendono l'efficacia di fatto ad altri soggetti, utilizzando interpretazioni, o forse argomentazioni, diverse e certamente difficilmente motivabili sulla base delle disposizioni presenti nell'ordinamento, continua anche nel corso degli anni successivi con una sempre maggiore tendenza alla prevalenza del secondo tipo di pronunce che divengono dominanti.

Sempre più si assiste a sentenze dalla doppia anima, forse solo apparentemente inconciliabile in cui ci si preoccupa di premettere che *è pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che a seguito della soppressione del sistema corporativo si sia pervenuto al definitivo ancoraggio all'area del diritto privato delle organizzazioni sindacali e del loro potere di autoregolamentazione, attribuendosi natura privatistica ai contratti collettivi stipulati dalle*

⁴⁴ In *Giur. It.*, 1953, I, 2, c. 771.

⁴⁵ In *Orient. Giur. Lav.*, 1954, p. 460.

⁴⁶ Ad esempio Cass. 10/08/1953, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1953, IV, p. 505; Cass. 17/05/1955, n. 1411, in *Mass. Gir. It.*, 1955, c. 347.

⁴⁷ In tal senso tra le tante App. Napoli, 25/05/1948, in *Dir. e giur.*, 1948, p.229; Cass. 30/03/1954, n. 959, in *Mass. Giur. It.*, 1954, c. 221; Cass. 26/07/1956, n. 2882, in *Mass. Giur. Lav.*, 1956, p. 219; Cass. 22/05/1964 n. 1260, in *Mass. Gir. It.*; Cass.03/07/1964 n. 1739, in *Mass. Giur. Lav.*, 1964, p. 265.

suddette organizzazioni⁴⁸ i quali si applicano esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti⁴⁹ ; ma che subito dopo si esprimono nel senso che tutto ciò giustifica l'estendibilità del contratto collettivo ai non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti solo in presenza di un comportamento concludente delle parti individuali , e cioè della loro adesione esplicita (attraverso il richiamo espresso alla normativa contrattualistica) o implicita (attraverso la concreta, costante e prolungata e non quindi episodica applicazione delle clausole contrattuali) al contratto stesso⁵⁰ o nel senso di fare applicazione in via indiretta tramite il riconoscimento della natura precettiva dell'art. 36 di detti minimi (retributivi), considerati meri parametri di riferimento per la determinazione della giusta retribuzione⁵¹.

E' chiaro che, come sarà affrontato nelle conclusioni più approfonditamente, mentre la giurisprudenza dichiara formalmente una cosa e un principio, essa di fatto agisce e perviene a risultati secondo l'esatto opposto.

E' chiaro che da queste sentenze trasuda l'esigenza di dare una tutela a situazioni soggettive che non vengono espressamente garantite dall'ordinamento, ma le ricostruzioni tentate difettano di "mordente" che le renda completamente plausibili.

La motivazione di un simile atteggiamento era già, forse, stata individuata da Giovanni Tarello che in una sua opera affermava che «non potrebbe e non avrebbe potuto essere altrimenti in un ambiente culturale (quale è quello italiano) in cui la creazione extalegislativa di diritto nuovo ha qualche probabilità di essere accettata dall'opinione pubblica dei giuristi (e perciò ha le maggiori possibilità di riuscita) solo a patto che, mentre si crea, non si smetta l'omaggio verbale al principio di legalità, al valore della certezza giuridica ed ai canoni del positivismo giuridico tecnico»⁵².

Una finzione per mascherare una creazione di diritto e di nuove norme giuridiche generali?

3. PREMESSA MAGGIORE: LA GIURISPRUDENZA COME FONTE DEL DIRITTO.

3.1 – *Il concetto di « fonte del diritto »* – Quando si parla di fonti del diritto o fonte del diritto, con tale locuzione si possono intendere diverse cose⁵³. La prima distinzione, da cui non si può certamente prescindere, è quella tra nozione di fonte del diritto in senso formale e nozione in senso sostanziale. Secondo la prima, costituiscono fonti del diritto tutti e solo quei fatti e quegli atti

⁴⁸ Così Cass. Civ. Sez. Lav., 03/04/1999, in *Orient. Giur. lav.*, 1999, I, p. 309.

⁴⁹ Così ad esempio Cass. Civ. Sez. Lav., 06/11/1990 n. 12654, in *Orient. Giur. Lav.*, 1990, I, p. 256.

⁵⁰ Sempre Cass. Cfr nota 39.

⁵¹ Cass. Sez. Lav. 03/04/1999 n. 4070, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 309. La contraddizione sta nel fatto che pur parlando nelle premesse della natura di contratto tra privati degli accordi collettivi, poi quando si deve giustificare l'allargamento degli effetti, spesso si prescinde dalle disposizioni del codice civile in materia di contratti e di adesione agli stessi.

⁵² G. TARELLO, op cit.

⁵³ Sul concetto e sulle nozioni di fonte del diritto si vedano tra i tenti F. SORRENTINO, op. cit.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, op. cit.; G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano 1996.

che siano autorizzati a produrre nuovo diritto da altre norme sulla produzione giuridica. Secondo la seconda, costituiscono fonti del diritto tutti quegli atti e quei fatti che, di fatto e indipendentemente dall'essere autorizzati a farlo, producono norme giuridiche e quindi diritto nuovo.

Il problema dell'individuazione delle fonti del diritto di un dato e determinato ordinamento giuridico è anch'esso e prima di altri, un problema di interpretazione. L'individuazione delle gerarchie e rapporti normativi, è, come affermato da autorevole dottrina⁵⁴, un atto interpretativo del tutto simile a quello del giudice, il cui primo compito è il riconoscimento della norma positiva vigente. Quanto più complessa è l'articolazione delle fonti del diritto, tanto maggiore è il ruolo dell'interpretazione di ciò che deve valere come fonte del diritto e la dipendenza della dottrina delle fonti dalla scienza giuridica. Se, pertanto, alle fonti del diritto si accede, attraverso una dottrina delle fonti, allora è palese che la loro individuazione è il frutto di un'attività interpretativa.

Ciò premesso e accettato, ritengo che il problema dell'individuazione di un fatto o atto come fonte del diritto di un determinato ordinamento giuridico, non possa essere risolto esclusivamente con riferimento alle norme cosiddette sulla produzione giuridica, ma debba essere il frutto di un'interpretazione, appunto dell'intero sistema e di come, di fatto, tale atto o fatto, concretamente si comporti all'interno dell'ordinamento. Questo anche nell'ordinamento italiano, laddove, non è certo che operi soltanto una nozione in senso formale delle fonti del diritto. Se si prescinde dall'art. 1 delle preleggi, certamente anacronistico e incompleto, il nostro ordinamento nelle sua fonte gerarchicamente superiore, la Costituzione, non contiene assolutamente espresse disposizioni che possano dar luogo a norme generali sulla produzione del diritto e che possano costituire pertanto, potremmo dire, la «fonte delle fonti del diritto». In essa si parla della produzione di leggi, è vero, ma solo individuando l'organo a cui spetta farlo, si parla di regolamenti, non si parla di rapporti e gerarchie tra fonti.

Considerato quanto premesso, far riferimento alle fonti sulla produzione normative sparse in atti di diversa natura, forza, forma, e dire semplicemente che la giurisprudenza non è fonte del diritto perché nessuna norma la autorizza ad esserlo, è riduttivo e incompleto, in considerazione anche dei diversi significati dell'espressione «fonte del diritto». Vi sono altri atti la cui definizione come fonte del nostro ordinamento è ormai non controversa, ma che, al pari della giurisprudenza non trova un riscontro nelle norme. Il suo inserimento all'interno di quell'elenco virtuale di atti e fatti costituenti fonti del diritto è frutto di interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza. Un esempio è rappresentato, secondo me, dalle direttive comunitarie *self-executing*, che hanno diretta capacità innovativa dell'ordinamento e possono essere direttamente applicate dai giudici italiani,

⁵⁴ F. VIOLA – C. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 312 e ss.; A. ROSS, *Teorie der Rechtsquellen: ein beitrag zur theorie des positiven Rechts* (1929), Scientia Verlag, Aalen, 1989.

sebbene ciò non stia scritto da nessuna parte, né nei Trattati europei, né in altra fonte italiana⁵⁵.

3.2 – *L'interpretazione e la decisione giurisprudenziale: differenza tra interpretazione e creazione del diritto* – L'interpretazione definisce sia l'attività di attribuire significato ad un determinato testo, nel caso nostro "normativo", sia il suo risultato e quindi il significato. Semplificando l'interpretazione, come detto, è attività tipicamente demandata al giudice, cui, istituzionalmente, spetta attribuire alle disposizioni create dal legislatore un significato e quindi individuare la norma o le norme giuridiche che sono state poste. E', tuttavia, dato acquisito dalla dottrina e dalla prassi che ogni testo o disposizione normativa ammette più significati e quindi più interpretazioni. Tale attività interpretativa del giudice presuppone, pertanto, una certa dose di discrezionalità, quanto meno nella scelta dei diversi significati possibili. Ma la discrezionalità è altresì caratteristica tipica dell'attività del legislatore. Dove sta, allora la differenza tra le due attività? E quando il giudice, si può dire che crei diritto e non interpreti soltanto?

Se si ammette che il diritto sia un insieme non di testi ma di norme⁵⁶, e che tali norme possono essere sia generali che individuali, allora si dovrà affermare che sempre il giudice, nella propria attività, crea norme. Questo sia nel senso che formula norme individuali consistenti nelle decisioni che assume con le sue sentenze, sia nel senso che individua il significato delle disposizioni che applica e interpreta ai fini della sua decisioni. Ma creare diritto in senso stretto e forte, significa altro e qualcosa di più. Significa fuoriuscire dalle norme individuali o generali già in qualche modo precostituite nell'ordinamento e pronte ad essere individuate dal giudice. Significa innovare l'ordinamento. Altro è «produrre una norma» nel senso di interpretare – cioè decidere il significato di – un testo normativo preesistente, altro è «produrre una norma» nel senso di formulare un testo normativo *ex novo*⁵⁷.

Sebbene, come detto, una disposizione normativa ammette una pluralità di significati, tuttavia non è corretto dire che ne ammette infiniti o che ammetta qualsiasi interpretazione. Gli usi linguistici e le convenzioni sociali esistenti entro una data comunità consentono una certa gamma di possibili interpretazioni ed escludono quelle che appaiono improponibili perché non razionali o ammissibili. I significati attribuibili ad una disposizione normativa sono, perciò, un insieme finito, dipendente dal linguaggio, dalle convenzioni sociali, dal contesto storico, dalla collettività⁵⁸.

Su tali basi si può affermare che per "interpretazione" deve intendersi non qualsiasi

⁵⁵ La efficacia diretta nell'ordinamento dei Paesi Membri dell'Unione è frutto e il risultato di una interpretazione particolare delle disposizioni dei Trattati da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

⁵⁶ Sull'argomento si veda J.C. GRAY, *The nature and Sources of the law*, II edition, New York, 1948 p. 124 e 170, secondo cui l'interpretazione, in quanto attività produttiva di norme appare come la sola attività genuinamente produttiva di diritto.

⁵⁷ L'espressione è di R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 103.

⁵⁸ Si può vedere sull'argomento E. DICIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*; R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino, 2001.

attribuzione di significato al testo interpretato, ma un'attribuzione di significato che ricada entro i limiti dei significati ammissibili, alla luce delle regole della lingua, delle tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche accettate; per "creazione" dovrà intendersi un'attribuzione di significato che fuoriesca dalla cornice di risultati possibili e razionalmente o logicamente accettabili.

3.3 – *Creazione come integrazione delle lacune dell'ordinamento* – La dottrina⁵⁹ ha individuato altresì un altro senso di creazione in senso stretto di diritto. Questa creazione avverrebbe quando i giudici, oltre a spingersi oltre i significati possibili di una disposizione normativa, essi formulano e applicano norme giuridiche che non costituiscono il significato di un qualsivoglia enunciato preesistente. Talvolta accade che i giudici danno applicazione a norme che non possono essere attribuite ai testi legislativi come loro significato. Ciò avviene ad esempio quando siamo in presenza di lacune dell'ordinamento.

In alcuni casi, non potendosi riconoscere il mito della completezza dell'ordinamento giuridico, accade che per una controversia sottoposta al giudice, non esista nell'ordinamento una disposizione il cui significato, esprime la soluzione del caso in esame dettando una norma ad essa applicabile. In questi casi, soprattutto in quegli ordinamenti in cui non sia consentito al giudice denegare giustizia, non essendovi norme precostituite deve in qualche modo crearle ex novo. Le norme così create vengono definite come norme inesprese, in quanto, come detto, esse non sono espresse e non è ricavabile da alcun enunciato normativo. Riconoscere le norme inesprese non è operazione facile poiché spesso il giudice tende a giustificare la propria decisione più che altro dicendo che quella norma si può desumere come significato di una o di più disposizioni, anche se così manifestatamente non è.

3.4 – *Norme inesprese, creazione del diritto e tesi dogmatiche* – Si deve notare, continuando quanto esposto nel paragrafo precedente, che ogni norma inespressa è spesso ricavata da una o più norme espresse mediante un ragionamento nel quale queste ultime costituiscono delle premesse e la norma inespressa la conclusione. Ma a tal proposito e, ai fini del nostro lavoro, è opportuno esprimere che esistono secondo autorevole dottrina⁶⁰, almeno quattro tipi di norme inesprese, a ciascuno dei quali corrisponde un diverso tipo di ragionamento:

- 1) norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse mediante ragionamenti logicamente validi, in cui non compaiono premesse che non siano norme espresse⁶¹;
- 2) norme inesprese che sono ricavate da norme espresse mediante ragionamenti validi, ma

⁵⁹ Mi riferisco anzitutto a R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit.

⁶⁰ Si fa riferimento a R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, cit.

⁶¹ L'autore cita il seguente esempio: data una norma espresa N1 che statuisce "I maggiorenni hanno diritto di voto" e un'altra norma espresa N2 che statuisce "I diciottenni sono maggiorenni", si può inferire la norma inespressa N3 "I diciottenni hanno diritto di voto".

in cui compaiono premesse che non sono norme espresse (definizioni di termini)⁶²;

- 3) norme inesprese che sono frutto di ragionamenti logicamente validi nelle cui premesse figurano enunciati che non sono norme espresse, ma sono piuttosto tesi dogmatiche costruite preventivamente indipendentemente dall'interpretazione di qualsiasi norma espressa⁶³;
- 4) norme inesprese che sono ricavate più o meno a partire da norme espresse secondo ragionamenti logicamente invalidi⁶⁴.

Ora, la stessa autorevole dottrina ritiene che le norme del terzo e del quarto tipo sono frutto di una evidente creazione di diritto da parte degli interpreti. Più in particolare quelle del terzo tipo, che qui interessano, sono il prodotto di una costruzione giuridica operata dall'interprete e combinano interpretazione e dogmatica.

Spesso la creazione di norme inesprese da parte dei giudici o della dottrina è diretta conseguenza di una creazione di una «tesi dogmatica». Le «tesi dogmatiche» sono degli enunciati costitutivi delle teorie o dottrine elaborate dai giuristi o dai giudici⁶⁵ che o descrivono in un solo enunciato, il contenuto di una molteplicità di norme (previamente determinate in via interpretativa) ovvero il principio che dà ad esse fondamento oppure enunciati costruiti in modo indipendente da, e in un momento logicamente antecedente a l'interpretazione di disposizioni normative.

Le tesi dogmatiche, ai fini del discorso che qua ci interessa, sono importanti sia perché condizionano fatalmente l'interpretazione sia perché costituiscono premessa, talora tacita, di ragionamenti nomopoietici, per lo più logicamente non stringenti, la cui conclusione è la costruzione o creazione di norme inesprese che si pretendono tuttavia implicite nell'ordinamento.

Abbiamo pertanto visto in questa parte in quali casi, a livello di teoria generale, si può parlare di creazione del diritto da parte di una fonte ed in particolare da parte dell'interpretazione giurisprudenziale. Dal raffronto, non facile ma già intuitivo di quanto premesso a livello teorico con i fatti della premessa maggiore si cercheranno ora di trarre alcune conclusioni rispetto alla tesi esposta nell'introduzione di questo lavoro, come in un vero sillogismo.

4. CONCLUSIONI

⁶² Chi da una norma espressa che statuisce che “contro gli atti amministrativi è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi”, volesse trarre al conclusione che è ammessa la tutela non solo verso i provvedimenti della P.A. ma anche contro i regolamenti, dovrebbe ag giungersi che per atti amministrativi deve intendersi qualsiasi atto che provenga dalla stessa P.A.

⁶³ Ad esempio l'affermazione secondo cui l'ordinamento comunitario e quelli degli stati membri costituiscono «sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati»; pertanto il regolamento comunitario non può abrogare, modificare o derogare configgenti norme nazionali.

⁶⁴ Un esempio: “La salute è un diritto fondamentale dell'individuo”; “Il danno alla salute costituisce violazione di un diritto fondamentale”; “Il danno alla salute deve essere risarcito”.

⁶⁵ Come la dottrina della responsabilità aquiliana, la dottrina del governo parlamentare.

4.1 – *Una conclusione?* – La risposta alla domanda che mi sono posto all’inizio della presente trattazione, non è facile e neanche priva di dubbi o di obiezioni. Non si vuole qui rispondere al quesito se sia la giurisprudenza nel nostro ordinamento una fonte del diritto sempre e comunque. Ciò, come abbiamo detto nelle premesse teoriche, non può essere sempre vero, poiché i giudici compiono attività interpretativa, propriamente detta, tutte le volte in cui attribuiscono agli enunciati normativi un significato che rientri nella cornice di quei significati possibili e razionalmente giustificabili in base alle regole interpretative, linguistiche, sociali della comunità cui appartengono. Ma ritengo che invece nel caso della giurisprudenza sulla efficacia dei contratti collettivi di diritto comune, siccome in altri filoni giurisprudenziali, l’attività della giurisprudenza abbia superato lo spartiacque tra interpretazione e creazione del diritto in senso forte per dirigersi decisamente verso quest’ultima.

Abbiamo visto che le premesse normative riportavano, senza possibilità di alcun dubbio, il contratto collettivo di diritto comune alla sua qualificazione come contratto regolato dalle disposizioni del diritto privato ed in particolare del codice civile. Questa è stata ed è la premessa “teorica” di tutte le sentenze sui contratti collettivi, anche di quelle che partendo da questo hanno poi creato diritto. Tale premessa infatti imponeva, senza possibilità di interpretazione difforme, che essi non potessero che avere efficacia, in virtù dell’istituto della rappresentanza che tra le parti che le avevano sottoscritti e i loro soci in base all’art. 1372 c.c.

Non costituiscono interpretazione, ma probabilmente creazione del diritto, quelle sentenze che affermano l’efficacia soggettiva nei confronti dei non iscritti in base ad una *esplicita ricezione o implicita adesione* delle parti al contratto collettivo. Tale regola non può essere desunta da alcuna disposizione vigente. Essa costituisce una norma inespressa o l’attribuzione di un significato non ricompreso nella cornice di significati consentiti, quindi creazione del diritto. Non esiste una norma espressa che consenta tale soluzione né essa viene richiamata dalla giurisprudenza citata. Anzi l’art. 1332 c.c. in tema di adesione di altre parti ai contratti già conclusi, specifica che *l’adesione deve essere espressa e diretta all’organo che sia stato costituito per l’attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari*. Quindi seguendo le premesse, al fine dell’adesione⁶⁶ si sarebbe dovuta richiedere, anche per i contratti collettivi una adesione comunicata tutte le parti originarie, cosa che evidentemente la giurisprudenza non ha fatto.

Si pensi poi a quelle sentenze che basarono l’allargamento dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo sul disposto dell’art. 2077 c.c. che prevede che le clausole difformi dei contratti

⁶⁶ Forse i giudici non hanno in mente una completa coincidenza tra adesione contrattuale di cui al codice civile e adesione agli accordi collettivi. Ma un’esigenza di coerenza del ragionamento impone, a mio parere, che se nelle premesse le decisioni definiscono i contratti collettivi come contratti tra privati, allora bisogna poi riferirsi alla disciplina che riguarda i contratti e non ad altri istituti estranei alla materia contrattuale.

individuali di lavoro sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo che siano più favorevoli. Tale articolo benché, secondo interpretazione discutibile, non sia stato toccato dalla caducazione di norme a seguito della soppressione del regime fascista e del sistema corporativo, si riferisce nel suo tenore linguistico evidentemente ad un contratto collettivo corporativo e non può applicarsi automaticamente ai contratti collettivi di diritto comune che sono altra cosa. Tale presunta interpretazione non regge, anche perché allora sulla base di quanto dispone il primo comma⁶⁷, sarebbe definitivamente risolta la questione dell'efficacia generale del contratto collettivo⁶⁸.

Anche con riferimento alla ormai diffusissima giurisprudenza che consente l'applicazione delle norme retributive dei contratti collettivi in base al richiamo all'art. 36 della Costituzione, la componente creativa è sicuramente rilevante. In particolare si contesta la premessa del ragionamento giuridico posto alle basi di tale ragionamento. Non è dato certo la valenza di norma precettiva ed imperativa dell'art. 36 della Costituzione. La norma precettiva, dovrebbe essere infatti in grado di operare autonomamente e in grado di incidere direttamente sulle situazioni soggettive. Ma l'art. 36 Cost. non possiede tali caratteristiche, avendo invece chiaramente la struttura e il testo tipicamente di una norma programmatica, diretta cioè essenzialmente al legislatore. Per la sua funzionalità si deve ricorrere in via indiretta proprio ai contratti collettivi. Ciò ne esclude anche la qualifica di norma imperativa che possa determinare la nullità parziale delle singole clausole contrattuali.

Palesamente creativa era, almeno nelle sue prime elaborazioni, ancora la giurisprudenza che fa discendere la efficacia dei contratti collettivi in parola dal fatto che su di essi si è creato un generale convincimento di obbligatorietà e sono divenuti un uso. Ostava a ciò il fatto che non potevano essere verificate nei confronti di questa fonte le caratteristiche proprie della consuetudine. Anzitutto la generale osservanza. Abbiamo visto più sopra che le sentenze che sostennero questa tesi erano decisamente minoritarie, spesso derivavano da giudici di merito. Ma soprattutto, proprio il fatto che, si ricorresse alla tutela giurisdizionale per richiedere il rispetto e l'applicazione delle norme contenute nei contratti collettivi, presuppone indubbiamente che quantomeno le rispettive controparti datoriali non avessero rispettato e osservato tali imposizioni. Per gli stessi motivi sembra dubbio ritenere che fosse verificabile anche l'elemento della *opinio iuris ac necessitatis*, secondo cui i soggetti destinatari delle norme consuetudinarie mantengono quel comportamento nella

⁶⁷ *I contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo.*

⁶⁸ Qualcuno potrebbe forse sostenere che ci troviamo di fronte ad una interpretazione evolutiva del concetto di "contratto collettivo" quindi ad un significato ricompreso all'interno di quella cornice di significati ammissibili. Ma ritengo che allora, tale interpretazione, a patto che nel caso di interpretazione evolutiva si possa sempre parlare di interpretazione e non di una diversa attività, dovrebbe valere per tutte le disposizioni contenenti lo stesso termine e quindi in primis per il primo comma dell'articolo del codice civile in commento.

convinzione che ciò sia giuridicamente obbligatorio. E quindi ritengo che almeno nella fase iniziale, simili pronunce hanno costituito indubbia creazione in senso forte del diritto.

A onor del vero, ritengo altresì che in epoca attuale, tale ricostruzione potrebbe essere plausibile e corretta, oltre che giustificabile sia in punto di ricorrenza dei presupposti, sia in punto di aderenza alla legislazione vigente.

Ricorre probabilmente oggi l'elemento della ripetizione costante e generale di un comportamento. Questo può essere desunto, a parere di chi scrive, non solo dalla ormai diffusissima prassi di richiamare già nei contratti individuali di lavoro le norme dei contratti collettivi con un rinvio certamente di tipo formale, ma altresì dalla pratica forense. In questo ambito, infatti, sebbene si assista, come più sopra evidenziato, a sentenze che decidono sulla efficacia e validità degli accordi collettivi, tuttavia molto raramente si assiste alla proposizione di eccezioni in tal senso. Anche nel caso di datori che non siano iscritti (quasi sempre) alle associazioni sindacali datoriali stipulanti, pochissime volte la difesa di soggetti nei cui confronti viene invocata l'applicazione di norme collettive si fonda su eccezioni di inapplicabilità. Il quale comportamento, soprattutto con riferimento al rinvio effettuato nei contratti individuali, denota altresì la sussistenza anche di una *opinio iuris ac necessitatis*, nei soggetti agenti. E tael ricostruzione non contrasterebbe neppure con la legislazione vigente, poiché si tratterebbe di consuetudine *praeter legem* che opera in un settore (quantomeno con riferimento alla determinazione della retribuzione) nel quale vi è assenza di disposizioni di legge o di regolamento, e quindi pienamente ammissibile ai sensi anche dell'art. 8 delle preleggi.

Se si esclude quest'ultimo rilievo, si ritiene pertanto che relativamente al caso in esame la giurisprudenza sia stata ed è una fonte del diritto, una fonte cioè che ha creato, nel senso sopra chiarito, nuove norme nell'ordinamento che non potevano dirsi precostituite o desumibili da interpretazione (letterale, originalista, storica), innovando l'ordinamento giuridico, talvolta attribuendo ad una disposizione un significato che non ricade nella cornice dei significati possibili (argomento dell'adesione adesione e dell'art. 2077 c.c.), talora elaborando una norma inespressa (art. 36 cost., tesi dell'uso).

La giurisprudenza è, pertanto, con le specifiche fatte, anche nel nostro ordinamento o può essere una fonte del diritto quando non interpreta in senso stretto ma crea norme. Essa costituisce però una fonte c.d. *extra ordinem*. Sono fonti *extra ordinem* tutti quei fatti che, pur non essendo previsti come fatti produttivi di diritto dalle norme sulla produzione giuridica, danno vita, di fatto, a norme che ricevono egualmente accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari e si impongono come valide in virtù del principio di effettività⁶⁹. Si dice principio di effettività quella

⁶⁹ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, op. cit.

regola in virtù della quale una norma deve considerarsi valida – anche se non risponde ai criteri di validità dell’ordinamento vigente – qualora sia generalmente accettata ed osservata dai suoi destinatari e reciprocamente una norma non può considerarsi valida – anche se risponde ai criteri di validità dell’ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata.

Nel caso delle fonti *extra ordinem*, abbiamo un comportamento o un fatto, i quali, benché formalmente illegittimi o comunque non previsti dall’ordinamento, riescono tuttavia a creare norme effettive, ossia effettivamente accettate ed osservate. Tali norme non sono valide secondo i criteri di validità dell’ordinamento vigente nel momento in cui vengono create ma acquisiscono validità *ex post* o sulla base del principio di effettività o sulla base dei criteri di validità propri di un ordinamento nuovo e diverso, che di fatti sostituisce il vecchio.

Ciò è quello che è accaduto con la giurisprudenza in generale e in particolare con quella a cui abbiamo fatto riferimento nel presente lavoro. Oggi l’applicabilità in via generale dei contratti collettivi di diritto comune costituisce norma effettiva (diritto vivente) del nostro ordinamento nel senso che vi è una totale o comunque maggioritaria adesione a tale regola, come più sopra esposto. Nella pratica forense, come detto, nonostante la recente riforma che ha inserito nel codice di procedura una disposizione che riguarda le decisioni del giudice in merito ad efficacia, validità dei contratti collettivi, raramente si assiste ad eccezioni circa la inefficacia dei contratti collettivi di diritto comune ai soggetti non iscritti, che rappresentano questi ultimi una buona somma e i datori di lavoro sempre più fanno espresso riferimento a normativa collettiva in sede di stipula dei contratti, magari non essendovi formalmente tenuti in quanto non iscritti alle associazioni firmatarie.

4.2 –*Il nuovo ruolo del giudice negli ordinamenti moderni* – Come anche questo lavoro ha dato conto, il mito del giudice bocca della legge non può coesistere con la società moderna. Partendo dal presupposto rilevato da alcuni autori⁷⁰ che oggi al legislatore non spetta più una posizione di assoluto monopolio, ma soltanto di preminenza nella formazione del diritto, non si può negare che anche il giudice oggi, nelle società moderne partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto, nella continua ricerca tra esigenze di giustizia, di colmare le lacune normative, di adeguare la disciplina alla realtà che muta più veloce dei processi legislativi e il rispetto della ripartizione classica dei poteri dello stato e l’ossequio al principio della certezza del diritto e di legalità.

Marzio Bini

⁷⁰ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il mulino, Bologna, 1995.