Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*

Franco Carinci

1. La vicenda Fiat: linea <i>soft</i> e linea <i>hard</i> .	196
2. Il giudice: la sentenza del Tribunale di Torino.	200
3. Il sindacato: l'accordo interconfederale 28 giugno 2011.	205
4. Il legislatore: l'art. 8, co.1, n.138, convertito con modificazioni in l. 14 settembre 2011, n. 148.	210
a) Indirizzo promozionale ed art. 8.	210
b) La parte sindacale extra-aziendale: le associazioni comparativamente più rappresentative dei lavoratori a livello nazionale e territoriale.	212
c) La controparte datoriale: assenza di qualsiasi esplicita menzione, con conseguente efficacia ex lege solo sul versante dei lavoratori.	214
d) La parte sindacale aziendale: rsu e rsa.	216
e) L'efficacia in deroga.	217
f) Efficacia e criterio maggioritario.	219
5. (Segue). L'art. 8, co. 2, 2- <i>bis</i> e 3.	220
a) L'elencazione delle materie delle specifiche intese.	221
b) La deroga alla disciplina di categoria e alla normativa di legge.	222
c) L'intesa applicativa 21 settembre 2011 dell'accordo interconfederale.	223
6. Questioni di costituzionalità: la problematica legittimità costituzionale di una contrattazione aziendale ad efficacia generale.	224
a) L'interpretazione "formale".	226
b) L'interpretazione "materiale".	232
c) L'art. 8 alla luce della duplice interpretazione: "formale e materiale".	239
7. (Segue). La problematica legittimità costituzionale di una contrattazione aziendale in deroga alla contrattazione di categoria e/o alla legge.	241
8. Una battuta finale.	248

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 133/2011

1. La vicenda Fiat: linea *soft* e linea *hard*.

Nell'arco di un paio di giorni si è avuto l'atteso doppio responso sul caso Fiat, cresciuto su se stesso fino a far deflagrare il nostro sistema sindacale: il 14 settembre, è stata depositata la motivazione della sentenza del Tribunale di Torino, pronunciata un paio di mesi prima, dove il giudice tenta di giustificare quel compromesso "equitativo" da lui realizzato fra la salvezza del contratto collettivo separato e la riammissione della Fiom all'interno dello stabilimento⁵²⁷; il 16 settembre è stata pubblicata sulla G.U. la legge 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138⁵²⁸.

La Fiom è stata sollecitata a battere la via giudiziaria, che certo appariva rispetto alla via conflittuale non solo meno dispendiosa e meglio gestibile, ma anche più promettente, alla luce della giurisprudenza consolidata. Il che risultava senz'altro vero con riguardo alla vigenza del c.c.n.l. unitario 20 gennaio 2008, fino alla prevista scadenza del 31 dicembre 2011, con conseguente perdurante sua efficacia *vis-à-vis* del c.c.n.l. separato 15 ottobre 2009, se pur limitatamente agli iscritti alla Fiom ed ai non sindacalizzati dissenzienti. Tant'è che la risposta giudiziale largamente maggioritaria è stata nel senso di bollare la pretesa datoriale di dar subito applicazione generalizzata al contratto separato come anti-sindacale in forza dell'art. 28 St. lav.⁵²⁹; cosa, questa, che comportava per la convenuta la conseguenza di dover dar corso ad una doppia disciplina, distinta in ragione della sindacalizzazione della sua forza lavoro, con quale e quanta ricaduta paralizzante sull'organizzazione aziendale facilmente immaginabile. Una ricaduta, peraltro, qui, assai contenuta e gestibile, data la sostanziale coincidenza dell'una e dell'altra disciplina, con quella unitaria a far da base portante a qualche limitata differenziazione di quella separata, sì da prospettare una duplice ricostruzione: che, cioè, la prima fosse sopravvissuta come modificata dalla seconda; ovvero, fosse stata incorporata nella seconda.

Questa, però, rappresenta solo la scena di fondo contro cui si è andata sviluppando la vicenda Fiat. Avendola accompagnata passo a passo, presumo di poter rinviare ai miei scritti precedenti, dove è ricostruito e commentato il percorso che va da Pomigliano a Mirafiori, secondo quel crescendo costituito dal passaggio da una linea *soft* ad una *hard*⁵³⁰, in vista e funzione di un obiettivo

⁵²⁷ Trib. Torino, 14 settembre 2011 (est. Ciocchetti).

⁵²⁸ Sulla manovra d'estate cfr. N. ALBERTA, *Provvedimenti confusi e preoccupanti in materia di lavoro*, Il diario del lavoro, 24 agosto 2011, in www.diariodelavoro.it; M. MASCINI, *Si balla sulla tolda del Titanic*, 24 agosto 2011, *ivi*.

⁵²⁹ I giudici hanno ritenuto che la Società contro cui la Fiom ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 28 St. lav., debba ritenersi "obbligata ex art. 1322 Cod. Civ. al rispetto del CCNL del 2008 nei confronti della FIOM-CIGL ... fino alla data di cessazione degli effetti ivi stabilita" (Trib. Torino 13 aprile 2011; conf. Trib. Torino 26 aprile 2011), con conseguente recupero del "peso" del consenso individuale nell'individuazione del contratto collettivo applicabile. *Contra* Trib. Torino 2 maggio 2011, secondo cui muovere dall'*anomalia* della contemporanea vigenza di due contratti collettivi, il ccnl del 2008 e il ccnl separato del 2009, affermando che non vi è successione quando il secondo non è stipulato da tutte le parti del primo significa proporre "un rigore formale privo di proficue prospettive poiché ciò implica che un contratto denunciato dalla gran parte degli stipulanti continui ad operare per i rimanenti". In proposito cfr. R. DEL PUNTA, *Gli accordi "separati" sono antisindacali? Il sistema sindacale "di fatto" nell'era della disunità sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, pag. 690 e segg.; S. LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", crisi dell'unità sindacale e rinnovi contrattuali separati*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pag. 484 e segg.; M. VICECONTE, *Quale contratto collettivo va applicato nel settore metalmeccanico? I giudici si pronunciano sulla antisindacalità del comportamento dei datori di lavoro*, in *Lav. prev. Oggi*, 2011, pag. 406 segg.

⁵³⁰ F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, pag. 581; *Id.*, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *Arg. Dir. lav.*, 1, 2011. Quest'ultimo scritto è stato pubblicato a introduzione di *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Collana Leggi e Lavoro, Milano, Ipsoa, 2011 a, pag. XXI e segg. dove sono pubblicati i contributi alla VI edizione dei "Seminari di Bertinoro", 15-16 ottobre 2010, di A. Accornero, E. Balletti, F. Basenghi, A. Bellavista, M.

“ufficiale” rimasto sempre identico: rendere omogeneo, al di qua ed al di là dell’Atlantico, quel modello produttivo costruito su un processo regolare e continuo, tale da ammortizzare l’elevato investimento tecnologico. Ciò richiedeva un adattamento del regime contrattuale a livello di stabilimento, sì da renderlo più flessibile e duttile, senza, peraltro, comportare, di per sé, né un calo occupazionale, né un decremento retributivo. Nodo, questo, più difficile da dipanare in Italia, dato il persistere del primato dell’*industrial agreement*, con più agenti sindacali; più difficile qui che negli Stati Uniti, dove prevale il *company agreement*, con un solo agente sindacale.

Per scioglierlo occorre muoversi in direzione di quello spostamento del punto d’equilibrio fra contratto di categoria e di azienda⁵³¹, tanto teorizzato quanto poco praticato, almeno alla luce del sole. Il che avrebbe potuto essere fatto riducendo il contratto di categoria ad un accordo quadro, ma non senza un costo rilevante: si sarebbe indebolito quel controllo centralizzato del flusso contrattuale, particolarmente caro ad un movimento sindacale portato a farsi portavoce dell’intero universo del lavoro subordinato *vis-à-vis* non solo del padronato, ma anche del Governo; e si sarebbe ridotto il tasso di copertura complessivo, visto che un contratto di categoria più leggero non avrebbe reso di per sé più frequente il contratto aziendale destinato ad integrarlo.

Se pur la Cisl non mancò di considerare questo indirizzo, peraltro assai prudentemente, cercando di valorizzare la diffusione del contratto territoriale o almeno l’introduzione di un elemento retributivo speciale dove difettesse il contratto aziendale; a prevalere fu un altro, quello di un contratto di categoria che autorizzasse il contratto aziendale a derogarlo, secondo una casistica ed una procedura predeterminate. Esso venne recepito nell’accordo quadro del 22 gennaio e nell’accordo interconfederale del 15 aprile 2009 con una clausola *ad hoc*, che rinviava per la sua traduzione al contratto di categoria; e proprio la presenza di tale clausola fu ragione non ultima della mancata sottoscrizione dei testi in parola da parte della Cgil, con la conferma della stretta interdipendenza esistente fra contrattazione separata e contrattazione in deroga⁵³².

Brollo, R. De Luca Tamajo, R. Del Punta, A. Lassandari, V. Leccese, F. Lunardon, S. Mainardi; R. Pessi, G. Proia, R. Salomone, G. Santoro Passarelli, A. Tursi, P. Tosi, C. Zoli, A. Zoppoli.

⁵³¹ Da tempo la dottrina pone in evidenza “l’insofferenza che comincia a serpeggiare nei livelli periferici delle strutture sindacali di categoria, nei confronti del principio della subordinazione gerarchica del contratto decentrato rispetto a quello nazionale”: A. TURSI, *È davvero necessaria una “rivoluzione maggioritaria?”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, pag. 303; in particolare, si è sottolineato, “si dovrebbe procedere attraverso un accordo triangolare o interconfederale, ad una modifica del riparto di competenze fra contratto di categoria e contratto decentrato, capovolgendo la regola introdotta dal Protocollo del 1993. Non dovrebbe spettare al secondo livello contrattuale ciò che non è normato dal contratto collettivo nazionale, ma tutto ciò che non è espressamente devoluto al livello centrale dallo stesso accordo triangolare o interconfederale”; A. PIZZOFERRATO, *Il contratto collettivo di secondo livello come espressione di una cultura cooperativa e partecipativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, pag. 453. Favorevoli ad assecondare la tendenza al decentramento sono altresì R. DEL PUNTA, *Una riforma impossibile?*, *ivi*, pag. 259 e segg. e L. MARIUCCI, *Il sistema contrattuale: ricostruire più che riformare*, *ivi*, pag. 285, che tuttavia considera ancora “essenziale” la funzione del contratto nazionale.

⁵³² F. CARINCI, *Una dichiarazione d’intenti: l’Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pag. 177 e segg.; M. RICCI, *L’accordo quadro e l’accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, *ivi*, 2009, I, pag. 353; C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contratto collettivo come sistema di regole*, in F. CARINCI – M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I (a cura di M. Persiani), 2010, pag. 571; R. DE LUCA TAMAJO, *L’accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in F. CARINCI, *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Collana Leggi e Lavoro, Ipsoa, 2011, pag. 7 e segg.; P. TOSI, *La ricaduta dell’accordo sul diritto sindacale. Uno sguardo d’insieme*, *ivi*, pag. 19 e segg.; B. CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica ...e cronaca*, in corso di pubblicazione in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011.

Su questo sfondo matura l'accordo di Pomigliano 15 giugno 2010, con a sue parti la Fiat Group Automobili (FGA), assistita dalle Unioni industriali di Torino e di Napoli, e Fim, Uilm e Fismic, che deroga sia al c.c.n.l. unitario 20 gennaio 2008, sia al c.c.n.l. separato 15 ottobre 2009, senza che, peraltro, neppure quest'ultimo contenga alcuna autorizzazione in tal senso. Sicché fu necessario integrarlo con l'accordo nazionale 29 settembre 2010, sì da "legittimare" *a posteriori* l'accordo di Pomigliano che lo aveva preceduto.

In prima battuta, dunque, la Fiat sceglie questa linea *soft*, già tenuta a battesimo negli accordi del gennaio e dell'aprile 2009. Solo che una tale linea portava con sé il *deficit* genetico d'esser rimasta figlia di una contrattazione tutta separata⁵³³. *Deficit*, questo, aggravato dalla previsione di una clausola di responsabilità per le oo.ss. firmatarie, che, proprio per scontare la eventuale "guerriglia" della Fiom, era tale da comprendere un dovere di influenza sanzionabile anche nei confronti di lavoratori non iscritti; nonché una clausola circa l'integrazione delle previsioni dell'accordo nella disciplina dei contratti di lavoro "al cui interno sono da considerarsi correlate ed inscindibili", che pareva costituire un esproprio del diritto di sciopero, così come consacrato dallo stesso Giudice delle leggi, senza ovviamente poterlo essere⁵³⁴.

Da qui il ricorso ad un *referendum*, tenuto il 22 giugno 2010, che avrebbe dovuto servire, per le oo.ss. firmatarie, a dotare l'accordo separato di una legittimazione, se non giuridica, sindacale; e, per la Fiat, a tranquillizzarla circa una sua tenuta nel tempo, *conditio sine qua non* di un rilancio dello stabilimento, comportante un altissimo impegno finanziario. Il risultato, se pur ampiamente maggioritario, il 63,3% dei sì, non soddisfece appieno, perché il residuo 36,7% era ben superiore alla percentuale di iscritti alla Fiom.

Ecco, allora, la Fiat passare alla linea *hard*, che le avrebbe dovuto permettere di uscire dal sistema contrattuale confederale, con a primo passo la registrazione il 19 luglio 2010 di una *newco* "Fabbrica Italia", controllata al 100% dalla Fiat. Preoccupata di una "fuga" della Fiat, che l'avrebbe privata della sua socia più rilevante e significativa, la Confindustria inviava alle controparti sindacali, il 7 settembre 2010, la "disdetta/recesso" dal c.c.n.l. unitario 20 gennaio 2008: la disdetta rendeva operativa la scadenza del 31 dicembre 2011, trasformando da determinato ad indeterminato il contratto ultrattivo, sì da rendere legittimo il recesso⁵³⁵. Una volta tolto di mezzo il c.c.n.l. unitario, sarebbe rimasto a tener campo solo il c.c.n.l. 15 ottobre 2009, come integrato

⁵³³ Sulla contrattazione c.d. separata la letteratura è ormai copiosa: cfr. A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pagg. 47-48; M. MISCIONE, *Il contratto collettivo dopo l'Accordi di Pomigliano d'Arco del giugno 2010*, in *Lav. giur.*, 2010, pag. 859; F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, pag. 3; G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, pag. 490; v. anche in F. CARINCI, *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., sub *Contrattazione separata* di R. DEL PUNTA, A. BELLAVISTA e G. SANTORO PASSARELLI, pag. 57 e segg.

⁵³⁴ P. CHIECO, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, n. 116. Sull'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza in materia di diritto di sciopero v. F. CARINCI, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, pag. 464 nonché da ultimo F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in F. CARINCI – PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Conflitto, concertazione e partecipazione*, vol. III, (a cura di F. Lunardon), 2010, pag. 3 e segg.

⁵³⁵ Per la distinzione tra disdetta e recesso, G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pag. 497; A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo nel tempo*, Giappichelli, Torino, 1998, pag. 213 e segg.; ID., *Disdetta e ultrattività*, in *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, cit., pag. 91 e segg.; A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici ed efficacia*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, pag. 45 e segg.

dall'accordo nazionale 29 settembre 2010, si da permettere di "recuperare" il precedente accordo di Pomigliano derogatorio rispetto a quello stesso contratto separato.

Ma per la Fiat risultava troppo tardi, proiettata com'era verso il varo di un sistema contrattuale proprio, autonomo ed autosufficiente, secondo quel percorso iniziato nel luglio 2010 e poi replicato: cioè, costituire delle *newco*, cui attribuire gli stabilimenti, peraltro mantenendole al di fuori della Confindustria, si da sottrarle all'applicazione del c.c.n.l. metalmeccanico. Fuori dalla Confindustria, ma non dalla contrattazione, perché veniva addirittura prefigurato un sistema peculiare ad un solo livello, in via di progressivo assestamento.

L'accordo di Mirafiori 23 dicembre 2010 è ancora concluso fra la FGA, assistita dall'Unione industriale di Torino e Fim, Uilm, Fismic, con in aggiunta UGL e Associazione Capi e Quadri Fiat. In premessa si prevede "l'avvio dell'iniziativa industriale della Joint Venture"; e si dice che "... la Joint Venture, che non aderirà al sistema confindustriale, applicherà un contratto collettivo specifico di primo livello che includerà quanto convenuto con la presente intesa", più quanto verrà aggiunto successivamente con riguardo a istituti ivi elencati "in fase di stesura del contratto collettivo specifico coerentemente con le finalità della Joint Venture". L'aver qualificato come specifico di primo livello questo contratto futuro, di cui viene anticipato largamente il contenuto, costituisce una forzatura, tanto da meritarsi a pieno titolo l'attributo di "specifico": non c'è nulla sopra di esso, cioè un contratto di categoria; ma non c'è nulla neanche sotto di esso, cioè un contratto aziendale, perché esso stesso lo è per ambito ricoperto⁵³⁶.

Un cambio di linea significativo, ma non coronato da un gradimento convinto e diffuso, tant'è che il referendum, tenutosi il 13/14 gennaio 2011, si conclude sì con un voto maggioritario, ma proprio sul filo, non più del 54,05%, per di più contando sul contributo determinante degli impiegati. Il che non viene considerato proprio un risultato ottimale, tanto da sembrar rendere incerto il cammino di una Fiat, che, però, nel frattempo si era messa alle spalle il contratto per "Fabbrica Italia Pomigliano" 29 dicembre 2010, stipulato dalla Fiat s.p.a. – società *holding*, che controlla al 100% la Fiat Group Automobiles – senza alcuna assistenza confindustriale, e da Fim, Uilm, UGL-Metalmeccanici e Associazione Quadri e Capi Fiat. Definito sempre come "contratto collettivo specifico di primo livello" prevede che sia applicato ad un soggetto già costituito, "Fabbrica Italia Pomigliano che, non aderendo al sistema confindustriale, non applica la contrattualistica definita nell'ambito dello stesso"; e offre un regime già completo, in gran parte ricalcato su quello del precedente accordo di Pomigliano del giugno 2010. A questo fa seguito il verbale di accordo 17 febbraio 2011, siglato da Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. e da Fim, Uilm, Fismic e Ugl-metalmeccanici, che, a torto, può essere definito di secondo livello, come, nel silenzio in proposito del relativo verbale, viene fatto nella memoria di costituzione per la Fiat – nelle sue varie articolazioni societarie convenute presso il Tribunale di Torino – e poi nella motivazione della sentenza 16 luglio 2011, depositata due mesi dopo la decisione, il 14 settembre 2011. A torto, perché se è vero che a sottoscrivere il contratto collettivo di primo livello per "Fabbrica Italia Pomigliano" è la società *holding* Fiat S.p.a. e a stipulare il verbale di accordo è la stessa Fabbrica Italia Pomigliano, l'oggetto è lo stesso, cioè lo stabilimento Gian Battista Vico di Pomigliano, di cui il contratto definisce l'intero regime e il verbale solo un limitato aggiornamento in tema di assistenza sanitaria integrativa.

⁵³⁶ Cfr. G. FERRARO, *Le relazioni industriali dopo "Mirafiori"*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, pag. 119 e segg.

La linea *hard* ha una ricaduta ed una coda. La prima è costituita da un “ritorno allo Statuto, così come amputato dal referendum del 1995, cioè con il diritto di cittadinanza *ex art.* 19, co. 1, lett. b) St. lav. riconosciuto solo alle oo.ss. firmatarie di un contratto collettivo applicato nell’unità produttiva, quindi non alla Fiom, sì da comportare come effetto naturale quell’autentico passo indietro dalla Rsu alle Rsa⁵³⁷: l’unità organizzativa unica a base elettiva, se pur corretta con la clausola del terzo riservato, cede il posto a quella plurima a base associativa, come ben risulta dall’allegato 1 (“Sistema di relazioni sindacali”) all’accordo di Mirafiori, ripreso ed incorporato nel testo del contratto collettivo di primo livello per la “Fabbrica Italia Pomigliano”⁵³⁸.

La coda riguarda la “formula” adottata per assicurare la continuità dell’occupazione a capo delle *newco*, senza cadere nella “trappola” del trasferimento d’azienda *ex art.* 2112 Cod. Civ., di per sé tale da esporre al rischio di una perpetuazione della contrattazione collettiva in vigore presso la preesistente datrice di lavoro. Quella ritenuta più idonea e prescelta è la cessione individuale del contratto di lavoro, se pur prospettata con una grande insicurezza resa evidente dalla ribadita esclusione della ipotesi temuta, quella del trasferimento: a’ sensi del punto 10 dell’accordo di Mirafiori, “l’assunzione avverrà con cessione individuale del contratto di lavoro, con il riconoscimento dell’anzianità aziendale pregressa e senza l’applicazione di quanto previsto dall’art. 2112 Cod. Civ., in quanto nell’operazione societaria non si configura il trasferimento di ramo d’azienda”; mentre, peraltro con una significativa modifica, a’ sensi del titolo quarto del contratto 29 dicembre 2010 (“Normativa specifica per Fabbrica Italia Pomigliano”) “l’assunzione avverrà con cessione individuale del contratto di lavoro, senza periodo di prova, con il riconoscimento dell’anzianità aziendale pregressa e con salvaguardia del trattamento economico complessivo e senza l’applicazione di quanto previsto dall’art. 2112 Cod. Civ., in quanto nell’operazione societaria non si configurano trasferimenti di rami d’azienda”.

Anche se, poi, preso atto della pericolosità della cessione di contratto, la prassi seguita, a sorpresa delle stesse parti sindacali firmatarie, è stata quella di licenziamenti effettuati dalla “vecchia” datrice di lavoro, seguiti da riassunzioni a capo della “nuova”, con salvaguardia convenzionale della anzianità di servizio.

2. Il giudice: la sentenza del Tribunale di Torino.

Confortata da tutta quella giurisprudenza che aveva giudicato antisindacale la pretesa di applicare il c.c.n.l. separato 15 ottobre 2009 all’intera azienda, ancor prima della scadenza del c.c.n.l. unitario 20 gennaio 2008⁵³⁹, la Fiom gioca di nuovo la carta giudiziaria. Ma, questa volta, calandone sul tavolo una diversa: non più, l’art. 28 St. lav., presentato da un suo organismo locale, per far accertare un comportamento antisindacale; ma l’art. 414 Cod. Proc. Civ., inoltrato come organizzazione nazionale, per far dichiarare l’illegittimità degli accordi Fiat s.p.a./oo.ss. 29 dicembre 2010 e 17 febbraio 2011, laddove prevedono la costituzione di nuovi rapporti di lavoro tra i dipendenti

⁵³⁷ Sulla differenza specifica tra rsa ed rsu, non solo dal punto di vista strutturale, ma anche da quello delle ricadute “funzionali” e proiettive della modificazione del modello di rappresentanza aziendale, la dottrina è sterminata: cfr. G. FERRARO, *Morfologia e funzione delle nuove rappresentanze aziendali nell’accordo interconfederale del dicembre 1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1995, I, pag. 211; S. SCARPONI, *Rappresentatività e rappresentanza sindacale*, Cedam, Padova, 2005; G. NATULLO, *Le rsa, ieri, oggi, e domani?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, n. 116.

⁵³⁸ Cfr. G. NATULLO, *Le rsa, ieri, oggi, e domani?*, cit.

⁵³⁹ Cfr. *supra*, nota n. 3.

di FGA occupati presso lo stabilimento “Giambattista Vico” di Pomigliano e FIP, in quanto attuati in frode all’art. 2112 Cod. Civ.

E, a sua sorpresa, quello stesso giudice che aveva contribuito a creare la precedente giurisprudenza ex art. 28 St. lav. a lei favorevole, all’udienza del 16 luglio 2011, boccia la richiesta di una declaratoria di illegittimità dei contratti contestati per non esservi ravvisabile né alcuna antisindacalità, né alcuna violazione dell’art. 2112 Cod. Civ. Ma, al tempo stesso, dichiara antisindacale l’estromissione di Fiom-Cgil dallo stabilimento Gian Battista Vico, ordinando la sua reintegra nei diritti sindacali garantiti dal tit. III dello Statuto dei lavoratori⁵⁴⁰.

Se da un punto di vista politico-sindacale il dispositivo risulta chiaramente compromissorio, come il caso assunto a rilievo nazionale sembrava richiedere, per non bloccare la Fiat e non esiliare la Fiom; da quello tecnico-giuridico riesce nettamente dissociato, tanto da rendere spasmodica l’attesa della motivazione, depositata puntualmente alla scadenza dei due mesi previsti, il 14 settembre 2011. Liberatosi abilmente delle eccezioni pregiudiziali, il giudice svolge una autentica piccola lezione di diritto, certo discutibile, ma non meno originale e colta di tanta produzione accademica. Il punto d’attacco è quello classico, cioè l’art. 39 Cost.: il *vuoto giuridico* lasciato dal mancato varo di un intervento attuativo dei co. 2 ss. sarebbe stato colmato dal “*pieno fattuale*” governato dal *principio di effettività*⁵⁴¹, tanto da far “ritenere per comune e consolidata convinzione, a) l’ordinamento sindacale come originario, in quanto prescinde dal riconoscimento di quello statale, fondandosi esso sulla reciproca legittimazione e cioè sul reciproco riconoscimento tra organizzazioni sindacali dei prestatori e dei datori, costituente la *Grundnorm* del medesimo, b) il Contratto Collettivo e le sue norme quali vere e proprie fonti del diritto, come tali dotate, al pari della legge, di efficacia obbligatoria per le categorie di riferimento”; e “tale criterio di legittimazione ... di ordine meramente fattuale” conviverebbe con l’*autonomia* - peraltro definita relativa - dello stesso ordinamento intersindacale, come garantita dal co. 1, *sub specie* di un modello di pluralismo sindacale concorrenziale, basato sul riconoscimento ad ogni sindacato del potere negoziale.

Con buona pace del nostro estensore, che sembra volersi rassicurare chiamando a supporto l’autorità togata dei professori e dei magistrati, non esiste alcuna *communis opinio* a favore di un ordinamento originario che “prescinde dall’ordinamento statale”; tutt’altro, se è vero che lo stesso Gino Giugni ebbe occasione di sottolineare più volte il carattere metodologico del suo aureo libretto⁵⁴². E neppure esiste una comune opinione a pro di un contratto collettivo “fonte”: diffusa fra i costituzionalisti, ma rimasta minoritaria fra i giuslavoristi ed i giudici del lavoro, nonostante il fiorire pluridecennale di teorie e proposte⁵⁴³.

⁵⁴⁰ P. BELLOCCHI, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass di Copanello del 24 e 25 giugno 2011 su *Le relazioni sindacali nell’impresa*, in *www.aidlass.org.*, di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011; A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, n. 124.

⁵⁴¹ Sul principio di effettività cfr. i saggi raccolti in A. LYON-CAEN – A. PERULLI, *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1998, pag. 205 e le osservazioni di R. FLAMMIA, *L’effettività nello Statuto dei lavoratori*, in *L’applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Angeli, Milano, 1973, pag. 43 e segg.

⁵⁴² Cfr. gli scritti raccolti in *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, 1989.

⁵⁴³ Cfr. M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro* in *Arg. dir. lav.*, 2004, pag. 1 e segg.; se il contratto collettivo costituisca “fonte” o no è “un quesito che ha costituito un vero e proprio tormentone per la dottrina e

Quel che impressiona, però, è la peculiare correlazione fra ordinamento sindacale originario e contratto collettivo fonte, che non appare né plausibile, né necessaria. Non è plausibile, perché, a prescindere d'altro, la *Grundnorm* di un ordinamento sindacale, non originario ma derivato, è costituita proprio dall'art. 39, co. 1, Cost. il quale ha legittimato non solo il pluralismo sindacale concorrenziale, ma anche tutto un indirizzo legislativo di protezione indifferenziata e di promozione selettiva, questo sì intervenuto a riempire il vuoto lasciato dai co. 2 e ss. E non è, comunque, necessaria, anzi tutt'altro, tant'è che la dottrina che ha ricostruito il contratto collettivo come "fatto normativo" o "norma *extra ordinem*", lo ha fatto, non facendo ricorso ad un presunto ordinamento originario, ma forzando quanto reso disponibile dallo stesso ordinamento statale, come il riconoscimento statutario della maggiore rappresentatività⁵⁴⁴ e/o il flusso legislativo a favore della c.d. contrattazione delegata⁵⁴⁵.

Il che sarebbe risultato evidente *ictu oculi*, se la motivazione avesse trattato dell'art. 39 Cost. nella sua corretta sequenza, cioè procedendo dal co. 1 al 2 e ss. Ma così non fa, perché, con una inversione completa, parte dai co. 2 e ss., privandoli di qualsiasi residuo rilievo, non solo positivo ma anche negativo, come pur riconosciuto dal Giudice delle leggi, si da creare un vuoto consegnato al rapporto di forze volta a volta realizzato ed accettato da quegli attori cui il co. 1 attribuisce potere negoziale. Così espresso, pare un tipo di darwinismo sociale, all'insegna della selezione del più forte, con un'implicita enfattizzazione del conflitto, rispetto a cui il giudice deve mantenersi neutrale, facendo la fotografia dello *status quo* esistente.

Solo che lo *status quo* richiede un criterio esterno circa il modo con cui deve essere valutato; criterio che il giudice rinviene in quello elevato a *password* dall'indirizzo legislativo promozionale, e cioè nel fatto che le oo.ss. firmatarie dei contratti contestati siano "sicuramente rappresentative", a quanto pare, con riguardo al livello nazionale ancor prima che aziendale. Ne consegue che i contratti contestati dalla Fiom non sono configurabili come illegittimi, né per essere stati sottoscritti separatamente, né per avere escluso *apertis verbis* l'esistenza di un trasferimento di azienda. Non c'è antisindacalità, perché niente osta alla conclusione di contratti collettivi con solo alcune oo.ss.⁵⁴⁶, sempreché non venga in questione l'art. 17 St. lav.; e non c'è neppure violazione dell'art. 2112 Cod. Civ., perché, anche a dar per scontata l'esistenza di un trasferimento, l'accordo 29 dicembre 2010 è di primo livello, con a contenuto un regolamento completo ed esaustivo, da poter essere equiparato al contratto nazionale autorizzato a sostituire il trattamento vigente presso il cessionario, prima ancora che venga a scadenza.

per la giurisprudenza, con un flusso costante di contributi e di indirizzi, senza peraltro riuscire a raggiungere un tranquillante *ubi consistam*: il che vale assai più per i professori, spinti a cercare risposte sistematiche e generali, con una costante tentazione per l'originalità; che per i magistrati, costretti a dare soluzioni casistiche, con una recuperata preferenza per la continuità": così F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007, e la dottrina ivi richiamata.

⁵⁴⁴ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

⁵⁴⁵ Cfr. P. ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e dell'ordinamento statale*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, I, pag. 457; M. V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, pag. 365 e segg.

⁵⁴⁶ Sostiene lucidamente la Suprema Corte: "non è consentito il ricorso all'art. 28 St. lav. nelle ipotesi in cui si versi in una denunciata conflittualità non originata e non voluta dal datore di lavoro, ma scaturente da altra forma di conflittualità, quella sorta, in ragione di una divaricazione delle politiche del lavoro e delle correlate rivendicazioni, fra le stesse organizzazioni sindacali e a causa della quale si rivendichi nei riguardi dell'imprenditore l'adempimento di comportamenti non imposti né in alcun modo autorizzati da alcuna norma o principio giuridico" (Cass. 14 febbraio 2004, n. 285).

Fin qui nulla da dire. Ma è il passo ulteriore della motivazione a far discutere, perché, sempre in base ad uno *status quo* che vede gli accordi 29 dicembre 2010 e 17 febbraio 2011 rafforzati indirettamente dal referendum svoltosi con riguardo al precedente accordo del 15 giugno 2010 e conclusosi con un 63,3% di sì, vincolanti per la stessa Fiom in ragione del regolamento Fiom, Fim, Uilm del 14 dicembre 1993, tali accordi sarebbero efficaci nei confronti di tutti i dipendenti, a prescindere dai loro rapporti associativi.

Fa discutere non per il punto d'arrivo, perché il nostro giudice non è certo il primo a sostenere che un contratto aziendale, non solo unitario ma anche separato, possa vincolare l'intero personale; ma per il percorso, perché all'uopo fa ricorso non all'ampio campionario creato dal mondo accademico, ma pretendendo di far scaturire dal fatto il diritto, rinverdendo il principio *ex factu oritur ius*, peraltro storico-filosofico, non certo positivo. Il paradosso è che, a ben guardare, proprio laddove il fatto fallisce, viene chiamato in soccorso il diritto, cioè per vincolare i no espressi al referendum e gli eventuali no rispetto ai contratti, restando del tutto irrilevanti i dissensi, espliciti o taciti, tanto da conformare non il così dovrebbe essere al così è, ma, viceversa, il così è al così dovrebbe essere.

A questo punto, però, sembrerebbe scontato dedurre la legittimità dell'esclusione della Fiom, con una coincidenza di risposta fra effettività e normativa: di fatto la Fiom è fuori; e di diritto deve restare dov'è, in forza dell'art. 19 lett. b) St. lav. Risultato coerente, qualunque percorso si fosse scelto, ma del tutto indigesto, ancor più nel quadro delineato dallo stesso giudice, cioè di una Fiom condannata a far la guardia ai cancelli di una fabbrica dove si applica a 360 gradi una contrattazione da lei non condivisa. Bisogna assolutamente rimetterla dentro, se pur a costo di far operare l'effettività a singhiozzo: lo *status quo* legittima la contrattazione separata di Pomigliano a porre una disciplina dotata di efficacia vincolante rispetto alla stessa base della Fiom; ma non a estrometterla dallo stabilimento, perché c'è sì l'astratta possibilità di ricorrere all'autotutela per poter rientrare, ma appunto astratta, perché ignora la situazione di debolezza della parte lavoratrice. Nulla da eccepire, ma qualcosa da ricordare, che, cioè, costituisce regola non particolare, ma generale della nostra materia quella per cui l'effettività non possa essere lasciata a se stessa per la strutturale asimmetria di potere fra la parte datrice e quella lavoratrice.

Sbarazzato il campo dall'impedimento costituito dall'art. 19. lett. b) St. lav. sopravvissuto al referendum abrogativo, perché lo stesso Giudice delle leggi, attento alla sua *ratio*, non gli farebbe dire quanto dice, cioè che se uno non sottoscrive il contratto applicato nell'unità produttiva, rimane privo del patrimonio promozionale previsto dal tit. III dello Statuto; tolto di mezzo quell'articolo, c'è un inno al carattere maggiormente democratico della rsu⁵⁴⁷, non per niente consacrata dal Protocollo del luglio del '93 ed assunta a referente da tutti i c.c.n.l. dei metalmeccanici, anche di quelli separati, che sono stati ben attenti a non bandire la Fiom dai luoghi di lavoro.

Ma il giudice è consapevole che non può mettere in discussione la scelta delle oo. ss. firmatarie di tornare alla pur obsoleta formula delle rsa, ordinando loro di ricostituire la rsu neppure a' sensi della clausola di salvaguardia apposta all'accordo interconfederale 20 dicembre 1993, che non è passibile di esecuzione forzata. Sceglie, quindi, l'unico cammino apparentemente praticabile, quello che conduce ad un comportamento antisindacale del datore di lavoro, costituito dall'aver

⁵⁴⁷ Cfr. M. NAPOLI, *La rappresentanza sindacale unitaria nell'accordo del 23 luglio 1993*, in *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 363, che imposta la lettura delle RSU in termini di continuità, giuridica e fattuale, con le RSA.

preso parte ad un contratto che prevede il passaggio da una rsu, dal lungo ed indiscusso radicamento, a rsa riservate alle oo.ss. firmatarie, così interferendo nel fisiologico confronto intersindacale. Infatti, aggiunge, non esiste alcun rapporto inscindibile fra questo contenuto obbligatorio, che esclude la Fiom, ed il contenuto economico-normativo, tale da poter giustificare l'averne fatto oggetto di un unico contratto. Ma, poi, pare accorgersi di non essere del tutto nel vero, perché il riconoscimento di rsa per le sole oo.ss. firmatarie è visto e costruito come strettamente funzionale alla responsabilità assunta circa l'osservanza del contratto, sicché, intenzionato a far tacere ogni possibile dissenso, conclude che la stessa Fiom è tenuta a rispettare tutto quanto convenuto, ancorché non abbia firmato neppure *pro forma*, proprio per non essere vincolata a rispettare e a far rispettare un contenuto criticato e rifiutato.

Il punto di arrivo del discorso è a dir poco sorprendente. Viene configurato come anti-sindacale un comportamento, quale quello di riconoscere solo le rappresentanze liberamente scelte da oo.ss. firmatarie del contratto collettivo applicato in azienda, che se il datore non avesse tenuto sarebbe stato sanzionabile. Sarebbe stato tale, perché lui non può scegliere fra rsu ed rsa, ma deve riconoscere quelle preferite dalle oo.ss. come interlocutrici "ufficiali"; e, stando ad una lettura non forzata della giurisprudenza costituzionale, non può neppure ammettere a godere del tit. III dello Statuto quelle oo.ss. che non ne abbiano titolo a' sensi dell'art. 19 St. lav., cioè, oggi, della sua lett. b)⁵⁴⁸.

E poi, il risultato conseguito dalla Fiom non è entusiasmante, dato che le viene riconosciuto non quanto richiesto, cioè di ricostituire la rsu *iussu iudicis*, giudicato del tutto impraticabile, perché avrebbe violato inevitabilmente la libertà sindacale della Fim e della Uilm, ma solo il diritto a costituire la sua rsa; ma ad un costo esorbitante, cioè di dover far propria quella contrattazione collettiva da cui si era chiamata fuori, ritenuta dal giudice vincolante nei confronti non solo della sua base associativa, ma anche di lei stessa.

Certo quel che conta alla fin fine è il dispositivo, che si pone nel *trend* in atto, di assicurare alla contrattazione aziendale un'efficacia estesa a tutta la mano d'opera occupata, ma senza potersi far carico della procedura di legittimazione delle oo.ss., sì da considerare sufficiente che a sottoscrivere siano anche solo associazioni considerate di per sé veramente rappresentative come la Fim e l'Uilm, salva la possibilità per altre ugualmente titolate, come la Fiom, di vedersi riconosciuta comunque una presenza *ex tit.* III dello Statuto. E per far questo, è stato totalmente rimosso proprio quell'art. 39, co. 2 e ss. Cost., che di tale procedura di legittimazione si faceva carico, costituzionalizzandola; ed è stata enfatizzata una consultazione referendaria⁵⁴⁹ di ratifica del contratto separato, convocata non congiuntamente, come richiederebbe l'art. 21 St. lav., ma da Fim e Uilm, con la Fiom del tutto contraria.

⁵⁴⁸ Cfr. Corte Cost. 18 gennaio 1990, n. 30, su cui F. LISO, *Statuto dei lavoratori e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, pag. 62.

⁵⁴⁹ Sul valore delle consultazioni referendarie la (poca) giurisprudenza esistente in materia si è finora dimostrata scettica, quando non nettamente contraria qualora lo strumento referendario interferisca con i procedimenti decisionali interni dei sindacati, ravvisandone un'incompatibilità con la posizione di originarietà e di autonomia che il nostro ordinamento attribuisce al potere di contrattazione collettiva: Pret. Torino 14 maggio 1988, in *Or. giur. lav.*, 1988, pag. 669; in dottrina, G. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, pagg. 349-350; ID., *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, pagg. 632-633; M. GRANDI, *L'efficacia del contratto aziendale*, in *Pol. dir.*, 1985, pag. 443.

Toccherà al sindacato ed al legislatore ritornarci sopra, secondo un modello riecheggiante quello tipico della legislazione contrattata⁵⁵⁰, per cui una previa intesa sindacale viene recepita quasi alla lettera da una successiva iniziativa parlamentare: solo che qui l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 anticipa, ma non predetermina, l'art. 8 della l. n. 148/2011.

3. Il sindacato: l'accordo interconfederale 28 giugno 2011.

Nel corso della motivazione il giudice cita a supporto l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, Confindustria, Cgil, Cisl, Uil, intervenuto dopo la pronuncia del dispositivo, poi firmato definitivamente il 21 settembre 2011, con l'aggiunta di un'intesa applicativa⁵⁵¹; ma non sembra avvertire che esso vuol proprio evitare quanto da lui sostenuto e deciso, cioè un contratto aziendale separato vincolante per l'intero personale. È un testo unitario, partorito da un vertice interconfederale, deciso a riprendere il controllo su una situazione che gli era completamente sfuggita di mano, tramite un compromesso: salva del Protocollo del '93 la struttura contrattuale gerarchica categoria/azienda e la rsu (unica, unitaria, elettiva), se pur come rappresentanza normale, ma non più esclusiva, perché sono previste anche le rsa (plurime, separate, associative); e recupera dall'accordo interconfederale separato 15 aprile 2009 la contrattazione aziendale in deroga⁵⁵².

Il procedimento di selezione dei negoziatori sindacali legittimati a concludere il contratto collettivo è diverso, a seconda che sia interessata la categoria o l'azienda, ma i contratti conclusi hanno sempre un'efficacia *extra partes*: per la categoria, riguarda, i "trattamenti economici e normativi" di "tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale"; e per l'azienda "le parti economiche e normative" per "tutto il personale in forza", ma al tempo stesso "tutte le associazioni sindacali espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, operanti all'interno dell'azienda".

L'accordo mostra di essere ben consapevole che questa efficacia non può essere assicurata dal diritto oltre l'area coperta *in primis* secondo la regola della rappresentanza, tant'è che non fa ricorso alla formuletta latina dell'*erga omnes*; ma, con riguardo alla categoria, non usa alcuna espressione sintetica e, rispetto all'azienda, utilizza quella di "efficacia generale". Conta sulla capacità delle tre grandi Confederazioni di assicurarla di fatto, proprio tramite la recuperata unità d'azione: il che significa spostare la questione a monte, cioè agli agenti negoziali. Per la categoria, è prevista solo una certificazione della rappresentatività diretta e reale delle oo.ss., riconoscendola, secondo la formula già recepita nell'impiego pubblico privatizzato, a tutte quelle che possano vantare una percentuale "non inferiore al 5%, considerando a tal fine la media tra il dato associativo (iscrizioni certificate) ed il dato elettorale (percentuale dei voti ottenuti sui voti

⁵⁵⁰ In proposito cfr. G. GIUGNI, *Parlamento e sindacati*, in *Pol dir.*, 1978, pag. 365 e segg.

⁵⁵¹ F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pag. 457 e segg. ma per la postilla vedi oltre nota 115.

Ritiene che l'accordo interconfederale abbia "facilitato" la decisione del Tribunale di Torino, M. MARTONE, *Un primo importante risultato per un accordo interconfederale appena sottoscritto*, in *Cuore&Critica.it*

⁵⁵² Secondo B. CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica e ... cronaca*, cit., "l'Accordo interconfederale unitario sembrerebbe costituire il definito superamento dell'accordo del '93" (pag. 2 datt.); diversa la valutazione di V. FERRANTE, *Contrattazione collettiva, accordo interconfederale, efficacia generale dei contratti collettivi aziendali*, di prossima pubblicazione, secondo cui "il punto 3 dell'accordo omette di qualificare in termini funzionali gli accordi aziendali ..." e ciò varrebbe quale "conferma di una perdurante vigenza ... dell'accordo del luglio 1993" (pag. 2 datt.).

espressi)” nelle elezioni delle rsu. Si può qui prescindere dalla riserva avanzata e ribadita più di una volta circa la possibilità pratica di esportare questa formula dal pubblico al privato⁵⁵³, non fosse altro che per la forte differenza nella rispettiva sindacalizzazione (assai elevata e medio-bassa); ma si deve prendere atto che la formula è incompleta, ristretta com'è alla legittimazione a trattare, quindi priva di quella condizione di efficacia dell'eventuale intesa raggiunta, data dalla sottoscrizione da parte di oo.ss. rappresentanti nel loro complesso almeno il 51%, come media fra dato associativo e dato elettorale o almeno il 60% del dato elettorale⁵⁵⁴.

Non desta sorpresa alcuna la ritrosia della Cisl ad accettare una qualche soluzione maggioritaria con riguardo alla contrattazione di categoria, data la sua risalente e perdurante contrarietà all'attuazione dell'art. 39, co. 2 e ss. Cost. Ma costa l'incompletezza della formula compromissoria raggiunta, che pur qualcuno non considera tale, deducendo dalla stessa certificazione la possibilità di far ricorso alla regola della maggioranza; costa, perché non solo riesce ridimensionata l'eventuale presenza di oo.ss. diverse dalle federazioni aderenti a Cgil, Cisl, Uil, private della possibilità di pesare nel calcolo di una maggioranza effettiva e non presunta; ma viene indebolita la stessa pretesa di una efficacia estesa di fatto a tutti i lavoratori impiegati nel settore.

Viceversa, se mai la certificazione andasse a regime, la misurazione neutrale della rappresentatività effettiva avrebbe più di una ricaduta positiva: darebbe conto della relazione di forza esistente tra Cgil, Cisl, Uil, così come già accade nel pubblico, nonché della rilevanza delle altre organizzazioni sindacali; e rafforzerebbe con una legittimazione democratica la pretesa di una efficacia di fatto estesa all'intera forza lavoro occupata nella categoria. E potrebbe anche esercitare un'influenza sulla stessa definizione giurisprudenziale della rappresentatività maggiore o, come si usa dire oggi, comparativamente maggiore⁵⁵⁵. C'è anzi da sospettare che questa influenza si manifesti anche a bocce ferme, prima e comunque a prescindere da una certificazione operativa; cosa da cui potrebbe derivare la correzione di una rotta condotta all'insegna di un'apertura aselettiva a sostegno della partecipazione sindacale, in controtendenza rispetto a quella conservatrice seguita da una Corte costituzionale attestata su una “chiusura selettiva” al servizio della stabilità.

Per l'intanto, a riempire il vuoto, all'accordo viene allegata un'intesa Cgil, Cisl, Uil, circa “gli accordi collettivi con valenza generale” - quelli interconfederali destinati a valere per tutte le categorie industriali- e “gli accordi di categoria”, che si fanno carico di regolare unitariamente i relativi processi contrattuali, evidenziando quanto nel testo del giugno 2011 viene tenuto sotto traccia: parlarsi di oo.ss. anonime, ma intendersi le oo.ss. Cgil, Cisl, Uil.

Proseguendo nell'analisi dell'accordo interconfederale, l'attenzione passa dalla categoria all'azienda: la soluzione proposta è articolata a seconda che si sia in presenza di una rsu oppure di rsa. La prima ipotesi è semplice, perché sarà la rsu a sedere ai tavoli negoziali e a decidere a

⁵⁵³ Cfr. A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, cit. L'estensione dei criteri per la misurazione della rappresentatività dal pubblico al privato è stata altresì criticata sotto il profilo sia dell'affidabilità dei risultati ottenuti per la difficoltà di combinare criteri eterogenei sia della proliferazione delle sigle sindacali.

⁵⁵⁴ Il d.d.l. Gasperoni, presentato nel 1998, prevedeva gli stessi criteri per la misurazione della rappresentatività dei soggetti sindacali nel settore privato, tuttavia finalizzata all'accesso ai diritti sindacali.

⁵⁵⁵ Sul sindacato comparativamente più rappresentativo cfr. M. MAGNANI, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il “pacchetto” Treu*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, pagg. 1184-1185, secondo cui “la ricerca dei sindacati comparativamente più rappresentativi” scatta “solo in presenza di una concorrenza di contratti collettivi”.

maggioranza; mentre la seconda appare piuttosto complicata, sottoposta com'è ad una triplice "regola". Primo, sono solo le rsa "costituite ex art. 19 legge n. 300/70", cioè da oo.ss. firmatarie di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva di riferimento, a far da agenti contrattuali; secondo, il contratto deve essere firmato da rsa facenti capo ad oo.ss. che considerate complessivamente vantino la maggioranza di tutte le deleghe sindacali date nell'anno precedente; terzo, lo stesso contratto deve venire sottoposto ad un referendum, promosso dalle stesse rsa, se richiesto da almeno un'o.s. firmataria dell'Accordo interconfederale o da un 30% dei lavoratori, con un *quorum* costitutivo del 50% più uno degli aventi diritto al voto ed un *quorum* deliberativo dato dalla maggioranza semplice⁵⁵⁶.

Come già detto, resta immodificata la struttura contrattuale, con la primazia del contratto di categoria⁵⁵⁷, cui tocca individuare l'area di manovra del contratto aziendale secondo una collaudata concezione sistemica che privilegia le clausole di rinvio e specializzazione⁵⁵⁸: concezione sistemica, peraltro, contrastata dalla giurisprudenza cultrice di una visione anomica, che nega rilevanza a qualsiasi regola destinata a coordinare col primo livello il secondo⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Illustre ascendente, in questo senso, è costituito dai progetti di Gino Giugni (il n. 1508, dell'1 gennaio 1989 ed il n. 1550 del 27 gennaio 1989, recante "Norme in materia di rappresentatività dei sindacati ai fini dell'applicazione della legge 20 maggio 1970, n. 300, della legge 29 marzo 1983, n. 93 e dell'efficacia dei contratti di lavoro); nonché di Giorgio Ghezzi, il n. 3768, recante "Revisione dell'art. 39 Cost." ed il n. 3769, recante "Norme in tema di rappresentatività delle organizzazioni sindacali nei luoghi di lavoro, di efficacia dei contratti collettivi di lavoro", entrambi del 30 marzo 1989. I disegni sono pubblicati in *Riv. giur. lav.*, 1989, I, pag. 305 e segg.

Il disegno Ghezzi (art. 7) prevedeva la possibilità dei primi due: il *referendum* sospensivo è indetto dagli stessi soggetti firmatari del contratto, qualora "rappresentino complessivamente, secondo il criterio elettorale, ... meno del 50% dei votanti" (secondo comma); il *referendum* risolutivo è indetto "qualora ne facciano richiesta, entro 30 giorni dalla stipulazione del contratto, una o più rappresentanze sindacali non firmatarie, che abbiano complessivamente raccolto nelle elezioni ... almeno un terzo dei voti validamente espressi, ovvero quando ne faccia richiesta, entro il medesimo termine, un terzo dei lavoratori interessati" (terzo comma). Il disegno Giugni (art. 5) prevedeva invece l'uso del *referendum*, entro 20 giorni dalla stipulazione del contratto, o da parte delle rappresentanze non firmatarie (la richiesta deve comunque essere sottoscritta da non meno del 20% dei lavoratori) (secondo comma) o da parte di non meno del 33% dei lavoratori, nel caso in cui il contratto sia stato sottoscritto da rappresentanze sindacali che non rappresentino complessivamente la maggioranza dei lavoratori addetti all'unità produttiva (terzo comma). Il disegno Giugni prevedeva altresì (art. 6) la possibilità di un *referendum* c.d. di separazione, richiedibile, nei confronti del contratto collettivo di categoria, da un'associazione sindacale costituita tra i lavoratori appartenenti ad un gruppo professionale omogeneo. Se la maggioranza dei due terzi dei lavoratori appartenenti al gruppo si pronuncia a favore della separazione, quest'ultimo non verrà più compreso, dopo la scadenza, nel campo di applicazione del contratto collettivo.

⁵⁵⁷ Secondo M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pag. 451 e segg., pur essendo riconfermato, il ruolo del contratto nazionale, questo perde la sua essenziale funzione centralizzante.

⁵⁵⁸ Quali quelle contenute nel Protocollo del 23 luglio 1993.

⁵⁵⁹ "Il contratto collettivo aziendale è un atto generale di autonomia negoziale, che realizza un'uniforme disciplina dell'interesse collettivo dei lavoratori, con l'efficacia normativa generale, tipica della contrattazione collettiva, anche se limitata ad una sola azienda. Pertanto, mentre ad esso non è applicabile il divieto di rinunce ex art. 2113 Cod. Civ., del pari non gli è applicabile la disciplina dell'art. 2077 Cod. Civ., onde un contratto aziendale di lavoro può derogare *in peius* al trattamento dei lavoratori previsto dal precedente contratto collettivo nazionale" (Cass. 16 giugno 1981, n. 5920, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 230; conf. Cass. 3 febbraio 1996, n. 931, in *Mass. giur. lav.*, 1996, pag. 330; Cass. 3 aprile 1996, n. 3092, *ivi*, 1996, suppl. 43). Ancora, più di recente: "Il contrasto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale (nella specie, nazionale e regionale) va risolto non in base a principi di gerarchia e di specialità proprie delle fonti legislative, ma sulla base della effettiva volontà delle parti sociali, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutte pari dignità e forza vincolante, sicché anche i contratti territoriali possono, in virtù del principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 Cod. Civ., prorogare l'efficacia dei contratti nazionali e derogarli, anche *in peius*, senza che osti il disposto di cui all'art. 2077 Cod. Civ., fatta salva solamente la salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori, che non possono ricevere un trattamento peggiore in ragione della posteriore normativa di eguale o diverso livello" (Cass. 18 maggio 2010, n. 12098; conf. Cass. 6 ottobre 2000, n. 13300).

Il rilievo della derogabilità *in peius* del contratto collettivo nazionale da parte del contratto aziendale è ricorrente altresì in dottrina: cfr. P. TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, pag. 1091.

La riconferma delle rsu, secondo la disciplina di cui all'accordo interconfederale del dicembre 1993, che prevede la tanto discussa clausola del terzo riservato⁵⁶⁰, dovrebbe di per sé essere sufficiente, almeno sulla carta, ad assicurare una maggioranza certa alle Federazioni Cgil, Cisl, Uil; manca, invece, un'esplicita menzione della necessaria presenza delle strutture territoriali delle oo.ss. firmatarie del contratto di categoria, che, sancita dal Protocollo del luglio del '93, è stata di norma ribadita dai c.c.n.l.⁵⁶¹ Questa omissione ha un senso, se considerata alla luce della finalità perseguita, cioè di favorire una posizione unitaria, perché se la legittimazione è limitata alla rsu, questa condurrà e concluderà la trattativa secondo la regola della maggioranza; se, invece, viene estesa alle strutture territoriali, non è prevista alcuna regola per comporre eventuali divergenze insorte fra di loro.

C'è, però, una realistica presa d'atto che la rsu non è riuscita a trovare un'applicazione universale, sia perché snobbata da sempre in alcune categorie come quella bancaria, sia perché rimessa in discussione in altre, come conseguenza della crisi della stessa unità d'azione: esemplare la vicenda Fiat. Ecco, allora, venire in considerazione l'ipotesi della presenza delle rsa, costituite ex art. 19, lett. b) St. lav., quindi nell'ambito di quelle oo.ss. ammesse come rappresentative al negoziato nazionale, sempreché vi abbiano preso parte effettiva ed abbiano apposto la firma al contratto confezionatovi. Altrimenti niente, esattamente come prima, sì da perpetuare anche per il futuro quel rapporto causale fra indisponibilità a firmare e perdita della dote promozionale di cui al tit. III dello Statuto, ritenuto legittimo dal Giudice delle leggi, ma illegittimo dal Tribunale di Torino.

Se la regola della maggioranza⁵⁶² assunta per risolvere quella conflittualità intersindacale così spesso foriera di divisione è facile da individuare per un organo collegiale come la rsu, la cosa si presenta diversamente per le rsa, che costituiscono altrettante unità distinte, per cui si richiama la soluzione già adottata per la delegazione sindacale al tavolo di comparto nel pubblico; peraltro rispettando la natura associativa delle rsa, sì da limitarsi a sommare le deleghe ricevute dalle oo.ss. cui esse fanno capo. Il che, però, non sembra sufficiente, vista la pretesa di un'efficacia generalizzata del contratto aziendale così formato e firmato, per cui viene prevista una ratifica referendaria, che può essere attivata sia "dall'alto", da una o.s. firmataria dell'accordo interconfederale, sia "dal basso", dal 30% dei lavoratori.

⁵⁶⁰ Cfr. le osservazioni di M. D'ANTONA, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l' "autunno freddo" dell'occupazione*, in M. D'Antona, *Opere*, II, *Scritti sul diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 371, nonché di G. FONTANA, *I profili della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 72. In senso critico nei confronti della clausola del terzo riservato si sono espressi P. G. ALLEVA; M. ROCCELLA; M. RICCI; E. GHERA, tutti richiamati in P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per un dibattito*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, pag. 568, nota n. 85; in senso contrario M. NAPOLI, *Intervento alle Giornate di Studio Aidlass di Pisa del 26-27 maggio 1995 su Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, v. in *Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Pisa, 26-27 maggio 1995*, Milano, Giuffrè, 1996, pag. 183 e segg.

⁵⁶¹ L'opzione "è largamente presente in tutti i contratti collettivi nazionali (aziende di servizi, di enti e di istituzioni private)": P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale*, cit., pag. 570; e riguarda, in modo ancora più forte, il pubblico impiego: F. CARINCI, *"Costituzionalizzazione" ed "autocorrezione" di una riforma (la cd. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pag. 61. Secondo altra parte della dottrina il controllo esercitato dai sindacati esterni sugli aziendali sarebbe "esorbitante rispetto ai fini": così G. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale*, cit., p. 162.

⁵⁶² Già suggerita, si ricorda, dal Protocollo del 23 luglio 1993: "Le parti auspicano un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori, nonché alla eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi. Il Governo si impegna ad emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia *erga omnes* nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle imprese" (punto 2, lett. f).

Interpretato alla lettera, l'accordo non vieta la conclusione di un contratto aziendale separato, ma si limita a privilegiare un contratto unitario rispettoso del procedimento previsto, teso a garantire un comune consenso dei sindacati e dei lavoratori coinvolti: lo privilegia attribuendogli un'efficacia estesa all'intera azienda. Se pur l'affermazione sembra riecheggiare quella già vista per il contratto di categoria sottoscritto dalle oo.ss. rappresentative, qui suona diversa, perché c'è l'individuazione di un'unica volontà maggioritaria, sia la rsu o siano le rsa a recitare la parte di negoziatori, nonché la incidenza su un'unica realtà, di necessità assoggettabile ad una sola ed omogenea disciplina. Questo, però, non toglie che, riprendendo quanto già detto, dal punto di vista di un diritto che per il momento prescinda da quanto previsto dal citato art. 8 della l. n. 148/2011, un contratto siffatto non è di per sé solo idoneo a superare qualsiasi dissenso individuale, anche se, poi, avendo dalla sua una tale legittimazione "democratica", dovrebbe godere di fatto di un'incontestata efficacia per l'intera mano d'opera occupata.

Tutta questa procedimentalizzazione all'insegna della regola maggioritaria, peraltro declinata in maniera "debole" per le rsu e "forte" per le rsa, sembrerebbe dover costituire l'autentica precondizione di quella contrattazione aziendale in deroga già recepita dall'accordo interconfederale separato 15 aprile 2009 ed ora recuperata nell'accordo sotto esame, con un generico rinvio per il futuro ed uno specifico per il presente. Dovendosi, quest'ultimo rinvio, considerare immediatamente operativo, merita d'essere richiamato nella sua lettera non proprio chiara e scorrevole: *"Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto nazionale collettivo di lavoro applicato nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l'efficacia generale come disciplinata nel presente accordo"*.

Stando ad una prima impressione, quella formuletta "Ove non previste" sembrerebbe dover dare alla nuova disciplina un'efficacia retroattiva, sì da offrire "copertura" unitaria alla contrattazione aziendale derogatoria relativa agli stabilimenti di Pomigliano e di Mirafiori, che già usufruiva della "copertura" separata assicurata dall'accordo interconfederale dell'aprile 2009 e dall'accordo metalmeccanico del settembre 2010. Ma se pure fosse stata questa l'intenzione, una tale disciplina non sarebbe stata in grado di dire e dare più nulla ad una contrattazione portata fuori dalla Confindustria e configurata come di primo livello, quale quella varata a chiusura della lunga e tormentata vicenda Fiat, se pur costretta poi a fare i conti con la vista coda giudiziaria.

Di sicuro la materia scotta, come ben dimostra la prudenza estrema con cui viene trattata. Non tanto con riguardo ai presupposti ed ai contenuti, che appaiono facilmente dilatibili, ma ai soggetti agenti: in attesa che il contratto nazionale applicato nell'azienda dica la sua, viene delineato un regime "transitorio" - che, peraltro, non potrà che condizionare quello "definitivo" - che legittima le rsa, d'intesa con le oo.ss. territoriali facenti capo alle Confederazioni firmatarie dell'accordo in esame. Contrariamente a quanto ci si poteva aspettare la procedura si presenta come eccezionale rispetto a quella ordinaria sopra prevista per dotare la contrattazione aziendale di un'efficacia estesa all'intera azienda, se pur con la precisazione già fatta circa la potenziale discrepanza fra efficacia giuridica e fattuale. Qui a venire in scena sono solo le rsa, che, peraltro, non

sono protagoniste, ma coprotagoniste con le strutture territoriali, a quanto pare orizzontali, facenti capo alle stesse Confederazioni che hanno confezionato e siglato l'accordo interconfederale; e tutto fa credere che tutte le istanze coinvolte debbano essere d'accordo, con una sostituzione della regola della maggioranza con quella dell'unanimità. Data questa rigidità sui soggetti agenti, l'accordo può permettersi una certa genericità nell'individuazione delle finalità perseguibili (gestione delle situazioni di crisi, presenza di investimenti significativi) e delle materie trattabili (disciplina della prestazione lavorativa, orari, organizzazione del lavoro), tale da permettere un'applicazione flessibile della deroga, a misura della specifica azienda interessata.

4. Il legislatore: l'art. 8, co.1, n.138, convertito con modificazioni in l. 14 settembre 2011, n. 148.

C'è da credere che fra le Confederazioni firmatarie l'accordo del 28 giugno 2011 prevalesses un atteggiamento non pregiudizialmente contrario ad un intervento legislativo di sostanziale recepimento, perché altrimenti non sarebbe spiegabile l'impegno sfibrante con cui il Ministro Sacconi lo ha predisposto, promosso, portato in porto, convinto che il momento fosse opportuno. Di certo il personaggio pare un tantino esibizionista, sempre pronto a mettersi in mostra, tanto da far nascere il sospetto di aver vissuto assai male lo scorno conseguente al pesante rigetto dello scorporo degli anni di servizio militare e di studio universitario dal periodo richiesto per la pensione di anzianità, con l'effetto di intestardirlo ancor di più sul testo dell'art. 8, divenuto ormai tanto famoso da poterlo citare solo con questo suo numero. Ma sarebbe ritenerlo del tutto sprovvisto del senso del reale, se non si tenesse ben presente, *da un lato*, lo stato di stallo paralizzante del nostro sistema sindacale testimoniato dal lungo tormentone Fiat, cui l'accordo interconfederale del giugno 2011 aveva cercato di porre rimedio, ma essendo e rimanendo un contratto collettivo, di cui Federico Mancini diceva che può molto ma non tutto, a cominciare dal non poter produrre effetto alcuno a carico dei terzi⁵⁶³; e *dall'altro*, il ribadito sollecito comunitario a fluidificare e flessibilizzare il mercato del lavoro, sì da permettere un *turnover* più rapido ed intenso nei posti di lavoro ed un adattamento più tempestivo e calibrato ai processi tecnologici⁵⁶⁴.

a) Indirizzo promozionale ed art. 8.

L'intervento pare porsi come l'ultimo atto di un indirizzo promozionale ormai quarantennale: ieri l'altro il tit. III dello Statuto dei lavoratori, che accorda la piena cittadinanza in azienda⁵⁶⁵; ieri il flusso legislativo crescente, che delega la contrattazione collettiva a integrare, applicare, derogare la normativa statale⁵⁶⁶; oggi l'art. 8 l. n. 148/2011 che supporta la contrattazione collettiva di propinquità. Lo Statuto dei lavoratori e l'art. 8 hanno in comune il tratto genetico, quale

⁵⁶³ F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pag. 570, ora in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, pag. 133.

⁵⁶⁴ Riguardo all'incidenza sul mercato del lavoro europeo della flessibilità cfr. M. ROCCELLA – T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2010.

In senso fortemente critico circa l'orientamento di politica economica sotteso all'intervento governativo v. A. PERULLI e V. SPEZIALE, *"L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro"*, in corso di pubblicazione in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, v. paragrafi nn. 1, 2 e 3.

⁵⁶⁵ Sulle forme evolutive della promozionalità dello Statuto v. P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, pag. 15 e segg., nonché i contributi raccolti nella rivista *Lav. e dir.*, dal titolo *Buon giorno, Statuto*, 2010.

⁵⁶⁶ Riguardo la legislazione c.d. di rinvio e le diverse tipologie di disposizioni cfr. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, I.

costituito dall'aver assunto a referente un testo collettivo, il c.c.n.l. metalmeccanico e rispettivamente l'accordo interconfederale del giugno 2011, con l'arricchirli di quel valore aggiunto derivante dal passaggio dal mondo del contratto al mondo della legge: cioè generalizzandoli ben oltre l'originario ambito di riferimento e dotandoli di effetto vincolante, senza che, peraltro, il loro contenuto sia stato prenegoziato, come nella c.d. legislazione contrattata. Mentre, a loro volta, certa contrattazione delegata e lo stesso art. 8 condividono l'elemento teleologico, quale costituito dal puntare ben oltre la concessione della cittadinanza sindacale in azienda, cioè all'attribuzione di quell'efficacia "rafforzata" della contrattazione collettiva, passibile di assumere una duplice forma, declinata in maniera congiunta o disgiunta: generale e/o derogatoria.

Se il referente era dato dall'accordo interconfederale del giugno 2011, d'ora in poi citato in corsivo, certo cammin facendo, l'art. 8 si è appesantito e ingrossato, tanto da prevedere, sotto la rubrica "Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità" una disciplina assai più complessa: l'*accordo interconfederale* tocca solo l'industria, la contrattazione aziendale, la deroga alla disciplina di categoria; mentre l'art. 8 riguarda l'intera realtà produttiva, la contrattazione territoriale e aziendale, la deroga alla disciplina di categoria e alla normativa di legge. Non c'è solo una differenza di estensione; ma anche una divergenza di disciplina⁵⁶⁷, come verrà esplicitato in seguito.

Viene da commentare di getto, il troppo stroppia, come conferma un testo caricato all'eccesso e problematico allo spasimo, tale da non tornare ad onore dello *staff* ministeriale che si presume lo abbia almeno sottoposto ad un controllo finale, confermando quel *deficit* di tecnica già rivelato in qualche precedente appuntamento legislativo. A conferma del giudizio, ma, soprattutto, a guida di un primo sforzo interpretativo, pare opportuno riportare subito quel co. 1 dell'art. 8, che ne costituisce il "motore": *"I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggior occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività"*.

Si dovrebbe riscriverlo in un italiano corretto, prima di interpretarlo, ma in tal modo si correrebbe il rischio di falsarne il significato; sicché non rimane altro che vivisezionarlo, pezzo a pezzo. A venire in primo piano sono i contratti collettivi di lavoro territoriali e aziendali, considerati congiuntamente, nonostante in genere siano alternativi, caratterizzando due sistemi contrattuali diversi, curvati a misura dei rispettivi settori produttivi. Certo si è inteso così coprire entrambi i sistemi; ma, al tempo stesso, promuovere i contratti collettivi territoriali, anche nei sistemi in cui quelli aziendali dominano in astratto ma latitano in concreto al di sotto di un certo livello occupazionale, qui destinati a far da modelli in vista di una loro applicazione nelle aziende piccole e medio-

⁵⁶⁷ In tal senso cfr. G. SATERIALE, *Il governo ha cancellato l'accordo di giugno – Intervista*, Il diario del lavoro, 31 agosto 2011, in www.ildariodellavoro.it, e F. SCARPELLI, *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, 9 settembre 2011, in www.nelmerito.com; contra, F. SANTINI, *Articolo 8, dà più forza alla contrattazione*, Il diario del lavoro, 4 settembre 2011, in www.ildariodellavoro.it.

piccole; anche se, poi, un tale intento è stato perseguito cercando di dotare i territoriali di un'efficacia *ex lege* mal resa e mal applicabile.

b) La parte sindacale extra-aziendale: le associazioni comparativamente più rappresentative dei lavoratori a livello nazionale e territoriale.

Stando al testo dell'art. 8, co. 1, sembrerebbe che contratti di livello aziendale e territoriale possano essere firmati *indifferentemente* da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali; ma pare evidente che le associazioni siano abilitate a stipulare i territoriali e le rappresentanze gli aziendali; mentre è possibile che le stesse associazioni siano legittimate a concludere anche gli aziendali. Peraltro, proprio in ragione del criterio di prossimità, un contratto territoriale cederà rispetto ad un contratto aziendale; ed un contratto aziendale concluso da un sindacato nazionale o territoriale, rispetto ad uno stipulato dalla rsu o dalle rsa: ciò vuol dire che sono la rsu o le rsa, se ed in quanto presenti, ad avere, comunque, l'ultima parola.

Come si vede non si recupera la certificazione programmata nell'*accordo interconfederale* per individuare come rappresentative ai fini della partecipazione alla contrattazione di categoria, le oo.ss. nazionali che vantino una forza effettiva, non inferiore alla ben nota percentuale media del 5%. Si ricicla, invece, la nozione di associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, con una totale indifferenza rispetto ad una lezione ultradecennale che ha liquidato tale nozione come generica riformulazione di una rappresentatività presunta ormai usurata e delegittimata, tanto da rappresentare la "malattia" anziché la "terapia" del sistema.

Ripercorrere la storia della nozione di "comparativamente più rappresentativa" sarebbe qui un fuor d'opera⁵⁶⁸. Basti dire che è nata a poca distanza da quella di "maggiormente comparativa", con un'origine assai meno illustre ed una portata assai più modesta: partorita da un d.p.r. n. 32/1976, e utilizzata esattamente a' sensi della sua stessa lettera, cioè per comparare la consistenza numerica e quantitativa di associazioni locali in vista dell'individuazione delle prime cinque, destinate ad occupare altrettanti posti in un comitato. Di fatto e di diritto finisce per corrispondere alla variante originaria della nozione di "maggiormente rappresentativa", utilizzata, nella sua prima stagione "amministrativa"⁵⁶⁹, per selezionare, a numero chiuso, le oo.ss. destinate a coprire un numero fisso di posti loro riservato in commissioni; collegi, consigli; poi superata e sostituita dalla variante successiva, fatta propria dallo Statuto e usata nella sua stagione "legislativa" per attribuire, a numero aperto, diritti e poteri⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Un elenco aggiornato delle disposizioni che rinviano al "sindacato comparativamente più rappresentativo" in M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, Cedam, 2011, pag. 91; in dottrina, oltre a M. MAGNANI, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997*, cit. alla nota 29, v. P. GRECO, *Dalla rappresentatività presunta a quella comparativa – verso la democrazia sindacale?*, in *Lav. prev. oggi*, 1998, pag. 2142 e segg.; L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, pag. 211 e segg.

⁵⁶⁹ In proposito cfr. M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa* in AA.VV., *La rappresentatività del sindacato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pagg. 20-21.

⁵⁷⁰ Conformemente P. TOSI, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il "pacchetto" Treu*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998.

Di tale evoluzione è stata ben consapevole Corte cost. n. 54/1974⁵⁷¹, che, nel salvare l'art. 19, lett. a) St. lav., ha attribuito alla "maggior rappresentatività" una valenza assoluta, non relativa, cioè tale da spettare a qualsiasi associazione sindacale che ne possessa i requisiti, senza alcuna previa limitazione numerica, se pur con una certa attenzione alla capacità datoriale di ammortizzare la ricaduta organizzativa e finanziaria di una eccessiva copresenza sindacale in azienda. Dopo la consultazione referendaria, se pur Corte cost. n. 492/1995 ha continuato a considerare sopravvissuta la nozione di "maggiore rappresentatività" in relazione a tutta l'altra normativa che la richiamava, la legislazione ha cominciato a sostituirla con quella di "comparativamente più rappresentativa", nella marea crescente della c.d. contrattazione delegata⁵⁷²; per affermarsi definitivamente nel cambio di millennio, con la legislazione "Biagi", che l'ha declinata in lungo ed in largo, senza alcun ordine apparente.

Oggi quanto più è spesa, tanto meno appare chiara, perché c'è chi forza la lettera, considerandola coincidente con la collaudata e classica nozione di maggior rappresentatività e chi la rispetta, leggendola per quel che recita, cioè come una rappresentatività comparativa. Ne consegue, ovviamente, una divergenza sugli indici che, pur testimoniando una tendenza a postergare i qualitativi rispetto ai quantitativi, rivelano sempre una rappresentatività presunta; nonché sui tempi in cui accertarne l'esistenza, se *a priori*, per selezionare chi possa accedere al tavolo negoziale, o, *a posteriori*, per verificare chi abbia titolo a firmare il contratto al fine di renderlo efficace.

Leggendo il testo dell'art. 8, sembrerebbe che a venir in questione sia proprio una rappresentatività comparativa, lasciata aperta e valutata *a posteriori*. Ciò significa che, diversamente da quanto pare deducibile dall'*accordo interconfederale*, non viene creata a pro delle associazioni considerate alcuna aspettativa a sedere al tavolo negoziale, continuando a prevalere il principio del reciproco riconoscimento; e, una volta raggiunto l'accordo, è sufficiente che sia sottoscritto "da" e non "dalle"⁵⁷³ associazioni sindacali dei lavoratori che occupano i primi gradini di una scala di rappresentatività a dimensione nazionale o, rispettivamente, territoriale, secondo una valutazione largamente discrezionale della giurisprudenza, dimostratasi per il passato piuttosto "generosa"⁵⁷⁴. L'utilizzazione della particella "da", ormai collaudata dalla precedente legislazione, fa riemergere il sospetto che si voglia permettere anche ad una sola associazione comparativamente più rappresentativa di licenziare un contratto, territoriale o aziendale, così vanificando l'eventuale potere di veto di qualche altra associazione. Il che è qui più di un sospetto, ma con un impatto assai meno grave, perché esiste un "correttivo", costituito dal fatto che se ogni associazione comparativamente più rappresentativa ha titolo per sottoscrivere il contratto collettivo, occorre pur sempre che, da sola o insieme ad una o più altre, soddisfi il criterio maggioritario previsto dall'art. 8, affinché possa dotare lo stesso contratto della prevista efficacia generale.

Sia chiaro, una cosa è l'individuazione delle associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale; ed una cosa diversa è la successiva ponderazione della loro

⁵⁷¹ Pubblicata in *Foro it.*, 1974, I, col. 963, su cui G. Giugni – P. Curzio, in G. GIUGNI (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, sub art. 19; nonché, dalla prospettiva dell'esclusione dei sindacati "monocategoriali", i saggi di G. FERRARO, M. GRANDI, G. PERA, L. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, pag. 156 e segg.

⁵⁷² Nozione, evoluzione e finalizzazioni del concetto di rappresentatività in P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁵⁷³ F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., p. XXIX.

⁵⁷⁴ Al riguardo cfr. P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, cit.

rilevanza per accertare l'esistenza di una sottoscrizione "maggioritaria", anche se riesce prevedibile che questa seconda finisca, agli occhi della giurisprudenza, per retroagire sulla prima.

c) La controparte datoriale: assenza di qualsiasi esplicita menzione, con conseguente efficacia *ex lege* solo sul versante dei lavoratori.

Di primo acchito sorprende che non si faccia parola della controparte datoriale: affatto scontata a livello aziendale o pluri-aziendale, dove è il singolo datore o un gruppo determinato di datori a negoziare; ma non così ad un livello territoriale tipicamente inteso, dove è un'associazione a sedere dall'altra parte del tavolo. Sembrerebbe trattarsi solo di una dimenticanza, dovuta all'aver privilegiato il livello aziendale; tanto da essere tentati dal rimediare in sede d'interpretazione, facendo entrare in scena, simmetricamente, le associazioni dei datori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, se non fosse che resterebbe comunque senza soluzione l'eventuale discordanza fra di esse, a meno di inventarsi una loro ponderazione in ragione dei dipendenti dei datori di lavoro che vi siano iscritti, cosa di dubbia fondatezza teorica e di grande difficoltà pratica.

Una tentazione da respingere, perché non è una dimenticanza, bensì la logica, se pur forse inconsapevole, conseguenza dell'aver affrontato la problematica dell'efficacia in una sorta di rincorsa alla minaccia di una "fuga" della Fiat. Se ci si rifà al testo dell'art. 8, co. 1, l'unica cosa fuor di dubbio è che c'è una differenza fra "contratti" e "specifiche intese": i contratti possono, non debbono, "realizzare" - parola poliseno, tanto da valere per prefigurare, promuovere, prevedere - "specifiche intese"; i "contratti" sono "sottoscritti" dai soggetti collettivi ivi previsti ma, a loro volta, le "specifiche intese" devono essere "sottoscritte", senza precisare da chi, ma solo facendo supporre che lo debbano essere da quegli stessi soggetti collettivi; le "specifiche intese" hanno "efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati", a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle "rappresentanze sindacali", espressioni tutte che appaiono costruite a misura della dimensione aziendale, sì da risultare forzate, al limite della inutilizzabilità, per quella territoriale.

Stando all'interpretazione più facile, i contratti contengono le specifiche intese, che, a loro volta, regolano tutte od alcune delle materie elencate all'art. 8, co. 2; ma non sono in grado di dotarle di per sé di un'efficacia maggiore di quella loro propria, quali contratti c.d. di diritto comune, tant'è che, come visto, lo possono fare, e lo fanno, se ed in quanto tali intese siano "sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali aziendali", come sopra riconsiderate e ricostruite. Ciò non toglie che i contratti possono spingersi ben al di là delle specifiche intese, sì da disciplinare oltre alle materie da dette intese effettivamente toccate, altre escluse e persino incluse nell'elencazione di cui al co. 2, senza, però, poter estendere la prevista efficacia *ex lege*.

Più oltre, la strada ermeneutica si fa impervia. Può essere che il legislatore volesse dotare tutta la contrattazione di prossimità di un'efficacia estesa *ex lege*, procedendo da un'efficacia generale a livello d'azienda ad una *erga omnes* a livello di territorio. Ma la tecnica utilizzata, unica e quindi identica, appare sufficiente a livello d'azienda; ma carente a livello di territorio.

Come detto, si fa menzione solo della parte sindacale legittimata a concludere contratti collettivi incorporanti specifiche intese; l'assenza di una qualsiasi attenzione per la controparte datoriale sembra trovare rispondenza in una efficacia *ex lege* relativa ai soli lavoratori; se così è, si deve presupporre che tale efficacia possa essere realizzata solo se ed in quanto i rispettivi datori siano

già vincolati *ex contractu* : il singolo o il gruppo determinato di datori, perché trattano a livello aziendale o pluri-aziendale, in prima persona; gli altri datori, perché agiscono a livello territoriale, per via di associazioni che li rappresentano, siano o meno rappresentative. Sicché è possibile dire che tale efficacia *ex lege* non è *erga omnes*, cioè estesa a datori di lavoro/ terzi; ma generale, cioè estesa a tutti i dipendenti, pur non sindacalizzati o dissenzienti, dei datori di lavoro / parti, dirette o rappresentate.

Se pure priva di una puntuale traduzione giuridica, c'è da ritenere che l'ipotesi fisiologica tenuta presente in quella rincorsa per parare la minaccia di una uscita della Fiat dal sistema, sia stata quella di datori di lavoro che già osservano il c.c.n.l.; perché, altrimenti, si avrebbe l'autentico paradosso di soggetti che, pur non tenuti a rispettare il c.c.n.l., sarebbero interessati a eventuali deroghe "blindate", tali, cioè, da poter essere imposte, *bon grè, mal grè*, a tutti i loro dipendenti.

Peraltro, pur a scegliere come punto di vista il versante dei lavoratori, tutti i conti non tornano, dato che il criterio maggioritario relativo alle rappresentanze sindacali risulta stretto, una volta trasferito dal livello aziendale a quello territoriale. A stare all'*accordo interconfederale*, come richiamato dall'art. 8, co. 1, il criterio è applicabile distintamente, in prima battuta alle rsu ed in seconda alle rsa, con la prevalenza assegnata alla maggioranza elettorale e, rispettivamente, associativa. Quindi, a seconda che il territorio interessato, sia caratterizzato da rsu o da rsa, si dovrebbe procedere alla conta dei voti oppure delle deleghe, senza quel *mixage* introdotto nel settore pubblico privatizzato e recuperato dallo stesso *accordo interconfederale* a livello nazionale. Solo che, a prescindere dal possibile intreccio fra rsu ed rsa esistente sul territorio, qui mancherebbe qualsiasi procedimento di certificazione, capace di rendere l'assolvimento dell'onere della prova circa il rispetto del criterio maggioritario - posto a carico di chi faccia valere specifiche intese derogatorie - estremamente difficile.

Tutto questo contribuisce a far ritenere che l'allargamento effettuato dal livello aziendale a quello territoriale sia stato improvvisato, con un costo sistemico ben superiore al risultato comunque realizzabile. Il passato, quale costituito dal *continuum* vicenda Fiat – *accordo interconfederale*, non lo richiedeva, con a suo filo rosso una contrattazione aziendale svolta in un'azienda sindacalizzata, dove la collaudata efficacia generale in fatto è stata rimessa in discussione dalla crisi dell'unità d'azione su cui era, basata. Il presente, quale rappresentato dall'art. 8, non lo giustifica, perché, a quanto visto, il contratto territoriale ha un'efficacia *ex lege* asimmetrica, cioè relativa non ai datori (*erga omnes*), ma solo ai loro dipendenti (generale): se ed in quanto i primi risultano vincolati *ex contractu* al rispetto di tale accordo; i secondi, pur non sindacalizzati o dissenzienti, sono, comunque, tenuti *ex lege* a far proprio il contenuto derogatorio. Ma, se così è, ci sarebbe da attendersi che quei datori già ospitino o siano vincolati ad ospitare *ex art. 19, lett. b)* St. rappresentanze sindacali, ben legittimate ed idonee ad agire direttamente, fino al punto di poter disattendere a livello aziendale quanto eventualmente stabilito a livello territoriale.

Dunque, dev'essere ribadito *ad abundantiam* che l'art. 8, co. 1 non introduce un contratto collettivo territoriale con efficacia *erga omnes*, nel senso proprio del termine, cioè di obbligatorio anche

per i datori di lavoro rimasti del tutto estranei⁵⁷⁵. Il che avrebbe costituito un sicuro *vulnus* all'art. 39, co. 4 Cost., perché se è anche possibile sostenere la costituzionalità di una efficacia generalizzata attribuita alla contrattazione aziendale, come tale limitata al singolo datore trattante; non pare possibile supportare la legittimità di un'efficacia *erga omnes* riconosciuta ad una contrattazione territoriale (interregionale, regionale, provinciale, comunale), estesa *urbi et orbi*, a tutti i datori che vi ricadano, vista la sua indiscutibile contiguità logica e sindacale con quella nazionale di cui all'art. 39, c. 4 Cost..

d) La parte sindacale aziendale: rsu e rsa.

Ai sensi dell'art. 8 i contratti aziendali possono essere firmati non solo dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ma anche dalle *"loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011"*. Così come scritto, l'articolo farebbe supporre che le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative siano come tali titolate ad avere *"loro"* rappresentanze aziendali; ma questo è escluso proprio dal richiamo alla regolamentazione legislativa ed interconfederale. Se si guarda al regime legislativo, a tutt'oggi vale il discutibile e discusso art. 19, lett. b) St. lav., come interpretato da Corte cost. n. 244/1996⁵⁷⁶, per cui occorre aver partecipato attivamente al negoziato relativo al trattamento economico e normativo ed aver sottoscritto l'accordo conclusivo; se, poi, si considera il regime interconfederale, con buon ultimo proprio *l'accordo interconfederale*, si finisce per ricadere sempre sotto il dominio della lett. b).

Per convincersi di quanto affermato da ultimo, bisogna riprendere in mano *l'accordo interconfederale*, laddove parla delle rsu e delle rsa. Le associazioni comparativamente più rappresentative non possono considerare come *"loro"* le rsu disciplinate, a' sensi del Protocollo del luglio '93, dall'accordo interconfederale del dicembre 1993, essendo esse organi collegiali elettivi, con un terzo riservato alle oo.ss. firmatarie del c.c.n.l. applicato nell'unità produttiva ed il residuo due terzi eletto in base a liste presentate dalle oo.ss. che hanno sottoscritto l'accordo oppure hanno firmato il c.c.n.l. di cui sopra, oppure, una volta aderito all'accordo, possano contare su un numero di sostenitori pari al 5% dei dipendenti aventi diritto al voto. Mentre le stesse associazioni possono qualificare come *"loro"* le rsa debitamente costituite, essendo esse sezioni sindacali; ma – dato *l'incipit* dello stesso *accordo interconfederale*, allorché comincia a considerarle (*"in caso di presenza delle rappresentanze sindacali costituite ex art. 19 legge n. 300/70"*) – solo se ed in quanto siano state legittimate a costituirle a' sensi di quella lett. b) dell'art. 19 St. lav.,

⁵⁷⁵ Il che non pare essere stato colto appieno dalla dottrina: M. MAGNANI, *La manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*, in *www.cuocritica.it*; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, D. L., 13 agosto 2011, n. 138*; M. MARAZZA, *Prime riflessioni tecniche sull'art. 8 della Manovra* in *Cuore&Critica.it* che danno implicitamente o esplicitamente per scontato che l'art. 39, co. 4, Cost. riguardi solo il contratto nazionale di categoria.

A. PERULLI e V. SPEZIALE *"L'articolo 8 della legge 14 settembre 2001, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*, cit., partono invece da un'«ambiguità del dato letterale» superabile in forza di «una interpretazione più ampia» per cui «le "rappresentanze sindacali" includono quindi anche le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale» come tali legittimati a concludere contratti collettivi territoriali con efficacia *erga omnes*, sempre senza alcun contrasto con l'art. 39, co.4, Cost., limitato al solo CCNL.(v. paragrafo 6).

⁵⁷⁶ Corte Cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *Arg. dir. lav.*, 1996, pag. 389. Cfr. il commento di G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulla costituzionalità del nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*, *ivi*, 1997, pag. 145 e segg.

sopravvissuta al referendum abrogativo, cioè abbiano trattato e firmato un contratto applicato nell'azienda.

A ben guardare, però, le rsu finiscono per cadere dentro il campo gravitazionale della lett. b), dato che l'accordo interconfederale del dicembre 1993 è stato redatto sul modello promozionale predisposto dall'art. 19 dello Statuto⁵⁷⁷: una volta costituite le rsa in base alla lett. a), queste venivano sostituite dalle rsu assunte come cellula di base comune da Cgil, Cisl, Uil. Dopo il referendum abrogativo, la mano è passata tutta alla lett. b), sicché senza soddisfare questa non è possibile partecipare alle rsu, figlie legittime delle rsa, di cui finiscono per condividere la fonte legislativa⁵⁷⁸.

Se questa conclusione è esatta, come sembrerebbe provare l'esclusione della Fiom dallo stabilimento di Pomigliano, bandita dalla rsu, senza poter ripiegare su una sua rsa; allora, per insipienza o per malizia, come già l'*accordo interconfederale*, così anche l'art. 8 lascia impregiudicato l'*aut-aut* fra firmare per restare o uscire per non firmare. Il *de iure condito* rimane questo, mentre il *de iure condendo* finisce per essere affidato al giudice, che sul medio-lungo periodo potrebbe anche trasformarlo in diritto vivente, come visto nel caso Pomigliano: il Tribunale di Torino l'ha risolto a favore della Fiom, con un supporto argomentativo suggestivo, ma poco persuasivo; sarebbe opportuno che la Corte, investita del probabile appello, desse il via libera ad un'eccezione di incostituzionalità nei confronti di questo imputato eccellente costituito dall'art.19, lett. b) St. lav., sperando di trovarla più disponibile a rivedere la sua precedente giurisprudenza in materia.

e) L'efficacia in deroga.

Non è possibile procedere senza precisare che tali specifiche intese possono acquisire efficacia generale, anche quando risultano in deroga alla contrattazione collettiva di categoria o alla legge, come sancisce il co. 2-*bis*. Contrariamente a quanto si è pur sostenuto, la costante è costituita dall'efficacia generale e la variabile dall'essere in deroga, perché non è credibile possa esserci una deroga non estesa "nei confronti di tutti i lavoratori interessati".

Di per sé l'attribuzione di un'efficacia generale anche in deroga può essere considerata positiva, ma con una previa distinzione a seconda che questa investa la disciplina di categoria o la normativa di legge. Nella prima ipotesi, in linea di massima riesce opportuna, perché permette di modificare una regolamentazione nazionale tutta all'insegna di una "uniformità unificante", per curvarla a misura di una singola realtà interessata da situazioni particolari, di crisi o di innovazione. Ma, poi, occorre vedere come viene realizzata, per renderla non solo tollerabile, ma anche assorbibile, da un sistema articolato su un doppio livello; cosa, questa, che rende necessaria una vigilanza dall'alto su una deroga concessa con una qual certa continenza nell'individuare le finalità e le materie.

⁵⁷⁷ Afferma l'esistenza di una "circularità" di sistema M. NAPOLI, *La rappresentanza sindacale unitaria nell'accordo del 23 luglio 1993*, cit.

⁵⁷⁸ Sulle conseguenze del referendum del giugno 1995 la letteratura è sconfinata: si vedano G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo i referendum*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, pag. 359; M. DELL'OLIO, M. G. GAROFALO e G. PERA, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, pag. 657; Aa.Vv., *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quaderni di arg. dir. lav.*, 1996; P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo i referendum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, pag. 113.

Diversa è la valutazione della seconda ipotesi, cioè della deroga alla normativa di legge⁵⁷⁹, che se pur accreditata da una lunga casistica e nobilitata con una riconduzione alla famiglia del “diritto riflessivo”⁵⁸⁰, rimane sempre una “rivoluzione” nella gerarchia costituzionale delle fonti. Il che richiederebbe una prudenza ancora maggiore nella sua implementazione, perché qui a venire in discussione non è solo la coerenza del sistema contrattuale articolato, ma anche l’integrità del *corpus iuris* costruito a ridosso del testo costituzionale nell’arco di più di mezzo secolo.

Nulla di tutto questo nell’art. 8, per un vizio di costruzione ed un eccesso di incontinenza. Il vizio consiste in un capovolgimento del sistema contrattuale, riconsiderato *bottom-top*, non per far fronte ad una domanda di maggior democrazia, ma per rendere operativa la scelta di un’efficacia generale, anche in deroga del c.c.n.l. e dell’*acquis* legislativo. Questa era la problematica emersa dalla vicenda Fiat; e questa era la via lasciata aperta dalla Costituzione, almeno secondo quella certa dottrina portata ad interpretare l’art. 39, co. 4 Cost., come se non riguardasse affatto la contrattazione aziendale⁵⁸¹.

Ora anche nell’art. 8 la contrattazione aziendale in deroga dovrebbe contare sul rapporto fra associazioni territoriali e rappresentanze aziendali; ma quel che dovrebbe costituire il *perno di tale rapporto*, cioè il duplice collegamento “interno” ed “esterno”, appare compromesso. Il collegamento “interno” è grosso modo quello tradizionale, diverso a seconda delle rappresentanze prescelte, perché presumibilmente più debole per le Rsu elettive, nonostante la riserva di un terzo, e più forte per le Rsa associative; mentre il collegamento “esterno” può anche essere assente, perché non pare richiesta formalmente alcuna partecipazione delle strutture territoriali, a meno di non dedurla dalla chiamata in causa dell’*accordo interconfederale*.

Peraltro, se la presenza delle rsu e rsa è l’ipotesi esclusiva considerata dall’*accordo interconfederale*, è solo quella principale per l’art. 8. Per non sapere né leggere né scrivere, il legislatore moltiplica oltre misura i protagonisti, ma senza coordinarli: sono legittimati a concludere i contratti territoriali e aziendali, incorporanti le specifiche intese, livelli organizzativi diversi degli stessi sindacati, tanto da essere tutti individuati ed indicati con “o” alternative: i dirigenti nazionali o

⁵⁷⁹ Sui modelli di “deroga” si v. il saggio, tuttora attuale, di G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, pag. 335; nonché G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, *ivi*, 1986, pag. 674.

Un autore a tutt’oggi meritatamente citato, nonostante il tempo trascorso, G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, 1987, pagg. 256-257 ha distinto tra rinvii formali (alla contrattazione collettiva come fonte, *ex antea*) e rinvii materiali (al contratto collettivo come atto, *ex post*), giungendo a sostenere che non a caso solo in riferimento ai secondi il legislatore utilizza un criterio di maggiore rappresentatività (o di maggiore rappresentatività comparata), giacché l’utilizzo della formula del s.m.r., nel caso di rinvio formale (aperto) entrerebbe sicuramente in rotta di collisione con l’art. 39 Cost.:

Il tema è stato oggetto di numerosi contributi fra cui alcune monografie: G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, 1994, spec. pag. 192; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006; G. FONTANA, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010. Ma vedi da ultimo, con riguardo alla recente vicenda Fiat, in F. Carinci, *Da Pomigliano a Mirafiori*, *cit.*, sub *Contrattazione in deroga* di R. PESSI.

⁵⁸⁰ Il diritto riflessivo è “il diritto statale che si ripiega su se stesso lasciando spazio alla normazione di altre fonti e limitandosi a regolare le procedure e i presupposti di legittimazione”; definizione questa, correlata a quella di diritto responsive, inteso come diritto capace di reagire con risposte tempestive e articolate ai mutamenti accelerati e fortemente diversificati della società tecnologica”: L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, pag. 7.

⁵⁸¹ R. DE LUCA TAMAJO, *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, *cit.*; A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, Giuffrè, 2001 che, dando per scontato l’estraneità della contrattazione aziendale rispetto all’art. 39, co. 4, Cost., ne ricollega l’efficacia generale ad una “tollerabilità” dell’eventuale dissenso secondo una valutazione rimessa al giudice caso per caso. V. anche nota 49.

territoriali possono attivare tavoli territoriali e i dirigenti nazionali o territoriali o aziendali, tavoli aziendali.

Il tutto appare aggravato da un eccesso di incontinenza, che emerge nel suo potenziale impatto dall'elenco delle materie includibili nelle specifiche intese fatto dall'art. 8, co. 2, tale da costituire una sorta di cambiale in bianco rilasciata alla contrattazione collettiva. Ne segue un effetto destabilizzante sul sistema contrattuale articolato in essere, di cui si sovverte qualunque criterio ordinario essenziale al suo funzionamento, cioè sia quello relativo alla primazia del I livello, che legittima e regola il II, sia quello della coordinazione fra sindacati territoriali e rappresentanze sindacali aziendali. Il perché è semplice, visto che il sistema contrattuale così come prefigurato dalla fonte collettiva, prima dal Protocollo del luglio '93, poi dall'*accordo interconfederale*, deve cedere il passo di fronte alla fonte legislativa, cosicché quel che i sindacati territoriali e le rappresentanze sindacali aziendali non potrebbero fare *ex contractu*, lo possono fare *ex lege*; e non per poche e marginali materie, ma per le molte e strategiche elencate al co. 2.

Ne consegue pure – fatto, questo, ancor più grave - un effetto destrutturante sul regolamento legale del rapporto individuale, che cresciuto e giustificato come diritto nazionale, applicato uniformemente in ogni angolo del Paese tanto da contribuire allo stesso senso di comune identità, sarebbe esposto al rischio di essere frammentato e frantumato a misura di aziende, gruppi, territori, secondo un processo espansivo che potrebbe dirsi operante a' sensi della legge di Gresham, mettendo il diritto al posto della moneta, cioè "il diritto cattivo scaccia il diritto buono". Un giudizio, questo, volutamente enfatizzato rispetto al rischio reale, per un impulso reattivo ad un intervento eteronomo spinto ben al di là del ragionevole e dell'opportuno, tanto da far sospettare un intento politico e, comunque, da farlo ritenere in contrasto con l'art. 39 co. 1. Cost.⁵⁸².

f) Efficacia e criterio maggioritario.

Riprendendo il cammino, si perviene al punto decisivo, quale costituito dal meccanismo destinato a realizzare l'*ex pluribus unum*. Le specifiche intese acquistano efficacia generale solo se "sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle ... rappresentanze sindacali". La formula è tanto generica, da risultare del tutto sprovvista di operatività. Si può ipotizzare che sia riconducibile al rinvio effettuato poco sopra alle "rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi ..., compreso l'accordo interconfederale del giugno 2011", sì da richiamare quanto ivi disposto, con riguardo alle rsu e alle rsa. Così come espresso, il rinvio suona "materiale", riguardante quell'*accordo interconfederale* specifico, se pur il successivo accenno ad "un criterio maggioritario", potrebbe farlo apparire come "formale", riguardante l'accordo interconfederale quale fonte. A complicare il tutto c'è che l'accordo è limitato al settore industriale, sicché, comunque si intenda il rinvio, si dovrebbe presumere che sia esteso *ex lege* al di fuori del settore originario, ma col solito rischio di porsi in conflitto con l'art. 39, co. 1 Cost. Escluso il rinvio almeno al di fuori del settore industriale, non rimarrebbe che contare su una contrattazione collettiva la quale intervenga a dar attuazione al criterio democratico, ma qui con l'*handicap* di non potersi avvalere di un'efficacia generale, perché tale tema è estraneo alla elencazione delle materie di cui all'art. 8, co. 2.

⁵⁸² Nel senso che la norma sotto questo profilo "fa da *pendant* con quanto stabilito in alcune norme del collegato lavoro ... come in quel caso il legislatore non interviene sui singoli istituti ... ma introduce formule tecniche e deleghe in bianco che hanno una forte portata destabilizzante rispetto alle regole consolidate e ai vigenti livelli di tutela" G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi. Dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in corso di pubblicazione (pag. 35 datt.).

Consegnando il problema ad un futuro approfondimento, si può continuare ad ipotizzare un recepimento di quanto previsto dall'*accordo interconfederale* da parte dell'art. 8: le specifiche intese realizzate dai contratti collettivi aziendali acquistano efficacia generale, se approvate dalle rsu, col voto favorevole del 50% più uno dei componenti; ovvero se firmate da rsa, che facciano capo ad associazioni sindacali le quali, singolarmente o insieme, abbiano raccolto, nell'anno precedente, il 50% più una delle deleghe relative ai contributi sindacali. Dal che si deduce che mentre per le rsu c'è un confronto interno, che dovrebbe risolversi con un voto; per le rsa non è neppure previsto un confronto esterno, perché è sufficiente conteggiare le deleghe date alle associazioni sindacali di riferimento, per calcolare quante rsa siano necessarie per licenziare un contratto che l'*accordo interconfederale* può solo presumere fornito di quell'efficacia di cui l'intervento legislativo effettivamente lo dota: a conti fatti potrebbero bastare una o due rsa, sì da permettere di marginalizzare od escludere le altre.

Quanto sopra, però, può valere solo per la contrattazione aziendale condotta dalle stesse rappresentanze o dalle associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, sempreché le rappresentanze siano effettivamente "loro"; ma non anche per la contrattazione territoriale, dove occorrerebbe ripiegare sulla conta dei voti per le rsu e delle deleghe per le rsa, con tutte le complicazioni già sopra evidenziate.

Il limite è che il meccanismo previsto dall'*accordo interconfederale* è stato messo a punto sotto l'effetto ipnotico del caso Fiat, con un approccio più congiunturale che strutturale, largamente debitore di un passato rivelatosi carente. Solo che ora, Cgil, Cisl, Uil dovrebbero gestirselo in proprio, se pur rimane possibile per qualche *outsider* mettere un piede dentro, sia partecipando, come associazione sindacale che vi si è qualificata a'sensi dell'accordo interconfederale del dicembre 1993, all'elezione della rsu, peraltro già in partenza controllata dalle federazioni confederali in ragione del terzo riservato; sia costituendo, come associazione sindacale firmataria di un contratto collettivo applicato in azienda, una propria rsa, peraltro condannata ad una difficilissima convivenza con le rsa confederali.

Quindi, se in quanto l'art. 8 sia destinato ad avere un futuro attuativo, molto dipenderà dal rapporto fra Cgil, Cisl, Uil, che, esposto com'è all'andamento congiunturale del sistema, alterna momenti di cooperazione e momenti di contrapposizione⁵⁸³. Certo, finché tengono le rsu, il processo unitario non s'interrompe, ma le rsu sono destinate a lasciare il passo alle rsa proprio quando il dissenso diviene tanto radicale da risultare non mediabile all'interno di un organo collegiale unitario, attivando un circolo vizioso, quale quello esemplare dello stabilimento di Pomigliano: diaspora delle componenti della rsu, contrattazione separata, perdita della cittadinanza aziendale per l'associazione non firmataria, soppressione della rsu, attivazione delle sole rsa espressione delle associazioni firmatarie.

5. (Segue). L'art. 8, co. 2, 2-bis e 3.

È giunto il momento di andare a spacchettare le specifiche intese, per farsi un'idea precisa di che cosa contengano. Nello stesso co. 1 del nostro art. 8, c'è una lunga lista di finalità che le specifiche

⁵⁸³ Cfr. M. NAPOLI, *Il sindacato*, Vita & Pensiero, 2009; A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2005.

intese devono perseguire: 1) maggiore occupazione, 2) qualità dei contratti di lavoro, 3) adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, 4) emersione del lavoro irregolare, 5) incrementi di produttività e di salario, 6) gestione delle crisi aziendali, 7) investimenti e avvio di nuove attività. Se si dovesse cercare una proposta politica sottesa a questa elencazione che sembra assemblata alla buona, la si potrebbe trovare, riecheggiata alla lontana, in quella *flexsecurity*⁵⁸⁴ divenuta di moda alla fine del secolo scorso; però, col procedere del nostro secolo, colta da una crescente dissociazione, si da restituirci una *flexibility* priva di *security* di cui c'è traccia evidente nell'elencazione di cui al co. 2. Ma non è questa, bensì tutt'altra la problematica che si presenta all'interprete costretto a confrontarsi con un *melange* di finalità e di materie. Il che rileva non tanto perché si potrebbe anche pensare che le finalità/materie dovrebbero essere ricondotte all'elencazione di cui al co. 2; quanto piuttosto perché solo le vere finalità potrebbero essere utilizzate per legittimare specifiche intese, che, in forza e ragione della loro particolare efficacia, possono avere ricadute assai pesanti sul patrimonio garantista accumulato dai lavoratori dal dopo-guerra ad oggi; sì da far ritenere che debbano essere esplicitate a premessa delle stesse intese e che possano essere sindacate dalla giurisprudenza nella loro effettiva presenza e nella loro capacità di giustificarle.

a) L'elencazione delle materie delle specifiche intese.

Passando dalle finalità alle materie, c'è da sottolineare come l'elencazione fattane dal co. 2 serve per individuare quali siano quelle che le specifiche intese possono regolare con efficacia generale, a' sensi del co. 1, o in deroga, a' sensi del co. 2-*bis*; senza, peraltro, rivelare alcuna consapevolezza circa la diversa importanza delle due ipotesi di efficacia generale ivi previste, non in deroga e, rispettivamente, in deroga. Tale elencazione finisce per coprire un buon 50-60% di quello che viene insegnato in un corso universitario come diritto del rapporto individuale di lavoro, individuando le materie con espressioni a volte imprecise e sempre molto ampie, facendosi precedere da una clausola *omnibus*, per la quale le materie regolabili sono quelle "inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione", con riferimento a: impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie; mansioni, classificazioni, inquadramento; contratti a termine, a orario ridotto, modulato, flessibile; solidarietà negli appalti, somministrazione di lavoro; disciplina dell'orario di lavoro; assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, co.co.co. a progetto, partite Iva, trasformazione e conversione dei contratti lavoro e conseguenze del recesso, eccezion fatta per il licenziamento discriminatorio ecc.

Data la natura assolutamente eccezionale di questa normativa, tale e tanta da far dubitare della sua costituzionalità, è da escludere che la clausola *omnibus* premessa al "conferimento" possa trasformare l'elencazione da tassativa ad esemplificativa. Parla in tal senso la stessa correzione avvenuta in corso d'opera; ma, comunque, basta la sua imprecisione terminologica, tale da comprendere finalità, materie, discipline particolari, per permetterne una interpretazione estensiva, che potrebbe portare oltre la soglia di quel 50-60% di cui sopra

⁵⁸⁴ Sul concetto cfr. S. SCIARRA, *Is flexicurity a European Policy?*, in *Skrifter till Anders Victorins*, Iustus Foerlag, 2009, pagg. 447-462; M. DE VOS, *European flexsecurity and globalization: a critical perspective*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 25, Issue 3, September 2009, pag. 209..

Non è possibile avventurarsi qui in una disamina tecnica delle singole voci, se non per evidenziare qualche caratteristica. L'elenco di cui co. 2 non riguarda quella che si usa definire parte "obbligatoria" della contrattazione collettiva⁵⁸⁵, che trova la sua prima e massima espressione negli accordi interconfederali quadro, per, poi, essere sviluppata nella prima parte dei c.c.n.l. Ora si deve condividere l'esclusione della parte "obbligatoria", tanto più che si è criticata la pesante interferenza realizzata dal co. 1 circa la collaudata distribuzione delle competenze fra I e II livello; ma lo si deve fare con la consapevolezza che c'è una questione rimasta aperta: quella di una regolamentazione passata attraverso la procedura del co. 1, quindi destinata ad avere efficacia generale rispetto all'intera forza lavoro occupata, ma non alle organizzazioni sindacali, come previsto dall'*accordo interconfederale*, sì da sterilizzare eventuali clausole di raffreddamento del conflitto o di responsabilità.

Si fa, invece, carico della flessibilità sia nel rapporto (inquadramenti, orari, licenziamenti), sia sul mercato del lavoro (contratti a termine, *part-time*, somministrazioni, lavori a progetto, partite Iva)⁵⁸⁶, senza coordinarla con una rete di protezione. Ma non è possibile evitare di fare un accenno a quel tortuoso giro di parole con cui si vorrebbe rimettere in circolo quell'aggiornamento del regime del recesso relativo non alle cause⁵⁸⁷, ma alle conseguenze, con in vista una sostanziale conversione della tutela reale in obbligatoria, cioè, per dirla in sindacalese, una monetizzazione. Si era proposto di farlo, ieri, con un intervento legislativo secco e netto, con un rinvio al giudice, con un arbitrato, con un accordo assistito⁵⁸⁸; e, oggi, con un rinvio al contratto collettivo, di certo il modo più *soft*, ma a mettersi di traverso sono stati proprio i sindacati, a conferma del fatto che questo continua ad essere il filo ad alta tensione del diritto del lavoro, che chi tocca muore.

b) La deroga alla disciplina di categoria e alla normativa di legge.

Così si entra in pieno nel campo del co. 2-*bis*, che recupera dall'accordo interconfederale la clausola di derogabilità, stabilendo che "le specifiche intese di cui al co. 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal co. 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro". È evidente *ictu oculi* la forzatura, perché non ci si accontenta di ricollegare a specifiche intese un'efficacia generale in deroga alla contrattazione di categoria, ma si coglie l'occasione per andar oltre, fino ad arrivare alla deroga della stessa legge. Con la riserva di ritornarvi sopra più avanti, c'è da prendere atto che la consolidata giurisprudenza dà per acquisita la tesi per cui un contratto di II livello può ben essere in deroga ad uno di I⁵⁸⁹; ma appare riduttivo concludere che la legge non farebbe altro se non trasformare l'efficacia di tale deroga, rendendola generale, come se questa fosse cosa da poco. Pomigliano e Mirafiori sono lì a ricordarci che una disciplina aziendale in deroga a quella nazionale

⁵⁸⁵ La cui definizione, risalente alla dottrina tedesca, è debitrice in Italia della nota monografia di G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 1963.

⁵⁸⁶ Il rapporto tra autonomia collettiva e flessibilità è stato approfondito da molti studiosi: tra i contributi apparsi alla svolta del secolo v. A. GARILLI, A. BELLAVISTA (a cura di), *La flessibilità nel mercato del lavoro*, Milano, F. Angeli, 2000, e fra i più recenti cfr. quello di L. BELLARDI, *Contratti di lavoro flessibili, contrattazione collettiva e relazioni industriali: a proposito di ri-regolazione del mercato del lavoro*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, pag. 81 e segg.

⁵⁸⁷ Su cui cfr. già l'art. 30, legge n. 183/2010, Collegato lavoro.

⁵⁸⁸ Non a caso gran parte delle polemiche che determinarono il rinvio alle Camere del d.d.l. n. 1441 *bis* furono suscitate dall'inclusione, tra le materie "arbitrabili", di quella del recesso dal rapporto di lavoro, di cui risulta depurato il testo alla fine approvato dal Parlamento.

⁵⁸⁹ V. *supra*, nota n. 30.

non potrebbe essere applicata, se dovesse esserlo seguendo le firme di coloro che l'hanno sottoscritta, per poi passare al setaccio il personale, per verificare chi è iscritto a cosa.

Se c'è un vantaggio, c'è anche un costo pesante, quale costituito, come già visto, dall'effetto destabilizzante esercitabile sul nostro sistema contrattuale, e destrutturante dispiegabile sul nostro diritto del lavoro. Per rendersene ulteriormente conto si deve ripartire dall'*accordo interconfederale*, ribadendo che esso assume quale suo principio sistemico essenziale per il funzionamento fisiologico di una struttura articolata su due livelli - secondo una lunga storia culminata nella "costituzione delle relazioni collettive" (il Protocollo del luglio '93) - quello della sovra-ordinazione del I rispetto al II, di cui declina le competenze: "la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro o dalla legge"⁵⁹⁰. E riprende tale principio in seguito, prima di ricostruire la contrattazione aziendale svolta in deroga a quella di categoria, come un'eccezione controllata dall'alto, domani il c.c.n.l. e oggi le strutture territoriali di categoria, sì da assicurarsi che non metta in discussione la regola.

Deviando platealmente dall'*accordo interconfederale*, l'art. 8 accomuna sotto la stessa disciplina l'efficacia generale della contrattazione aziendale, sia questa spesa non in deroga od in deroga, in deroga al c.c.n.l. o alla legge. Una disciplina, come s'è visto, sprovvista di una effettiva vigilanza esercitata dall'alto e provvista, invece, di un'area espansiva estremamente ampia ed incisiva dove la contrattazione aziendale con efficacia generale in deroga non è ricostruita come un'eccezione da conservare nei limiti di una sua compatibilità con la regola, ma come una regola almeno potenziale.

c) L'intesa applicativa 21 settembre 2011 dell'accordo interconfederale.

A quanto anticipato, al momento di licenziare il testo definitivo dell'accordo interconfederale del giugno 2011, il 21 settembre 2011, è stata aggiunta in calce un'intesa applicativa sottoscritta da Cgil, Cisl, Uil, a' sensi della quale "Confindustria, Cisl e Uil si impegnano ad attenersi all'Accordo interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto Accordo interconfederale". Nonostante quel che ne dicono il Ministro del lavoro e la Presidente di Confindustria, questo è un *pollice verso* all'art. 8, espresso ad una voce proprio da quel vertice interconfederale, sul cui presunto consenso maggioritario era stato confezionato e varato come intervento promozionale.

Ma, a prescindere dal suo rilievo politico-sindacale, che peraltro riflette un dato di fatto, quale costituito dalla normale impossibilità per il meccanismo previsto dall'accordo interconfederale del giugno 2011, così come recepito dall'articolo in parola, di operare in presenza anche del solo dissenso della Cgil; a prescindere da ciò, c'è da osservare che se ed in quanto venissero concluse specifiche intese aziendali derogatorie della disciplina categoriale, secondo condizioni sostanziali e procedurali previste dall'accordo, ma al tempo stesso coincidenti con quelle considerate dalla legge, tali intese godrebbero automaticamente di un'efficacia estesa all'intera azienda non

⁵⁹⁰ La clausola non è nuova, potendo vantare ascendenze fin ai primi anni ottanta: cfr. già il Protocollo del gennaio 1983 (c.d. Protocollo Scotti), su cui F. CARINCI, *La via italiana all'istituzionalizzazione del conflitto*, in *Pol. dir.*, 1983, pag. 417; P. TOSI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, pag. 449 e segg.; L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna. Lo stesso Accordo quadro del gennaio 2009, al par. 2, punto 11 (punto 3.2. dell'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009), afferma che "salvo quanto espressamente previsto per il comparto artigiano, la contrattazione collettiva di secondo livello si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale o dalla legge e deve riguardare materie o istituti che non siano già stati negoziati in altri livelli di contrattazione" (c.d. *ne bis in idem*).

più di mero fatto, ma di pieno diritto. Ma c'è di più, perché, essendo le rappresentanze sindacali abilitate a dire la loro, senza necessariamente attendere né l'imbeccata né la benedizione delle loro associazioni, sempre a' sensi dell'art. 8, che qui si discosta dall'accordo interconfederale del giugno 2011, può accadere che, specie se trattasi di rsu, scappino al controllo dall'alto, procedendo a deroghe categoriali più ampie di quelle contemplate dal c.c.n.l. e addirittura legislative.

d) *La retroattività ad usum Fiat.* C'è, poi, da tener conto dell'art. 8, co. 3, per cui "Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce, a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori". Un comma, questo, aggiunto per "sanare" i contratti collettivi separati partoriti nella vicenda Fiat, nel tentativo di far ritornare l'impresa torinese dentro la Confindustria, peraltro con un'evidente forzatura rispetto a quanto previsto dall'accordo interconfederale del giugno 2011 e dal co. 1 dello stesso articolo 8, che presuppongono contratti unitari, prevedendo solo per quelli sottoscritti dalle rsa un referendum confermativo, solo eventuale. Tentativo fallito, visto che proprio all'inizio di ottobre, il buon Marchionne ha comunicato formalmente l'atteso, ma temuto recesso dalla Confindustria, dando così un ceffone ad una Marcegaglia resa attivissima dalla prossima uscita di scena.

La Fiom in sede di appello contro la prima parte della sentenza del Tribunale di Torino, che riconosce essere l'accordo di Pomigliano legittimo ed efficace rispetto all'intero stabilimento, potrebbe sollevare l'eccezione di costituzionalità nei confronti dell'art. 8, co. 3, argomentandone il contrasto con gli artt. 3 e 39 Cost.; ed in presenza di un appello incidentale contro la seconda parte della stessa sentenza, che riammette la Fiom dentro il Gian Battista Vico, potrebbe avanzare una tale eccezione nei rispetti dell'art. 19, lett. b) St. lav. Ma le due eccezioni appaiono destinate a vite ben distinte. Per la prima eccezione, la rilevanza rispetto alla causa può essere compromessa dalla scadenza del c.c.n.l. metalmeccanico unitario 20 gennaio 2008, così da costringere a dimostrarne l'ultra-attività; e, comunque, la sua portata pare difficilmente estendibile dal co. 3 ai co. 1 e 2 dell'art. 8, sì da esporre al rischio che, una volta accolta, cancelli quel salvataggio per il passato, costruito a misura del caso Fiat, ma risparmi il regime predisposto per il futuro. Per la seconda eccezione, pare più facile provarne la rilevanza ed assai meno impegnativo argomentarne l'estendibilità dal co. 3 ai co. 1 e 2 dell'art. 8, dando tutti quei commi per legittimo ed applicabile il contestato art.19, lett. b) St. lav.

Qualora la causa di appello contro la sentenza del Tribunale di Torino non partorisca alcuna eccezione tale da coinvolgere anche l'art. 8, co. 1 e 2, la probabilità che una simile evenienza possa ripresentarsi a breve risulterà estremamente bassa, data la comune determinazione delle parti sociali a non utilizzare tale articolo. Tutto questo risulta ancor più tentante per lo studioso, che deve assumersi il compito di condurre l'esame sul se e sul come il nuovo regime risulti congruo rispetto al testo fondamentale, cercando di anticipare il diritto vivente a venire.

6. Questioni di costituzionalità: la problematica legittimità costituzionale di una contrattazione aziendale ad efficacia generale.

Se c'è una domanda preliminare a qualsiasi altra, questa riguarda la configurabilità *pleno iure* di un contratto collettivo aziendale con efficacia estesa all'intera azienda. Da più di mezzo secolo il mondo del diritto del lavoro si diletta e si tortura su quella specie di quadratura del cerchio costituita dall'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo c.d. di diritto comune, cioè dall'indomani

della *lectio magistralis* sull'art. 39, co. 2 e ss. Cost., tenuta dalla Corte costituzionale all'inizio del decennio '60⁵⁹¹, e poi ribadita ad ogni occasione, almeno a parole. Da allora si è assistito ad una tendenziale dissociazione fra una parte crescente della dottrina e la giurisprudenza, lanciata la prima in una rincorsa di tale efficacia, a livello nazionale e/o aziendale, facendo leva su una ricca gamma di tesi ed argomentazioni, tratte dall'art. 39 co. 1 Cost., dalla disciplina civilistica corporativa reinterpretata alla bisogna, dalla legislazione speciale, dalla natura delle cose, con uno sfoggio di originale spregiudicatezza, che, mentre fa a tutt'oggi onore alla sua fantasia, ne svela anche la tentazione di svolgere una funzione di supplenza in forza di una autorevolezza da tempi antichi⁵⁹². Già, perché, la seconda, quella giurisprudenza che snobba la sistematica, costringendo la dottrina a ricostruirla alla luce della casistica giudiziale, non si è lasciata sedurre più di tanto, continuando a preferire una ricostruzione del contratto collettivo come di diritto comune, efficace *intra* e non *ultra partes*, riconducibile agli stessi padri rifondatori del diritto del lavoro post-costituzionale⁵⁹³.

Naturalmente l'alternativa più semplice e razionale sarebbe stata quella di attuare o abrogare/modificare la seconda parte dell'art. 39 Cost.⁵⁹⁴ Ma che qualcosa sia semplice e razionale non rappresenta di per sé una indicazione positiva, ma a volte una contro-indicazione, perché un conto è decidere secondo logica, comodamente seduti di fronte al proprio *computer*, con quel senso di onnipotenza che viene soddisfatto dalla coerenza del discorso; ed un conto ben diverso è dover scontare la pesante interferenza della storia. E la storia la sua sentenza l'ha già emessa da tempo, dando *pollice verso* sia ad una legge ordinaria attuativa sia ad una legge costituzionale soppressiva o modificativa.

Con quella licenza permessa allo studioso, si affronterà la problematica costituzionale sollevata dall'art. 8 rispetto all'art. 39 Cost., secondo una bipartizione "artificiosa". In prima battuta, si cercherà di rispondere alla domanda formulata sopra, se l'attribuzione di un'efficacia generale alla contrattazione collettiva aziendale *ex art. 8, co. 1* sia legittima; e si cercherà di farlo, osservando una sequenza precisa: *in primis*, in base a quella interpretazione, qui battezzata "formale", che lo ritiene compatibile col co. 4 dell'art. 39 Cost., lasciato integro; poi, in forza di una lettura qui denominata "materiale", che lo giudica incompatibile col co. 1 dell'art. 39 Cost. (par. 6). In seconda battuta, si proseguirà con un'ulteriore domanda, se l'attribuzione di un'efficacia generale alla contrattazione collettiva aziendale *ex art. 8, co.2-bis*, anche fosse legittima di per sé, rimanga tale, una volta che sia prevista in deroga alla contrattazione di categoria e alla legge (par. 7).

Si è intenzionalmente scelta la via più difficile, cioè quella relativa non ad una contrattazione territoriale ad efficacia *erga omnes*, ma ad una contrattazione aziendale ad efficacia generalizzata, fermo restando che l'argomentazione svolta, se persuasiva per la seconda ipotesi, lo sarà maggiormente per la prima. D'altronde, stando a quanto detto, l'ipotesi di una contrattazione

⁵⁹¹ V. *infra*, Corte Cost. 19 dicembre 1962, in *Foro it.*, 1963, I, col. 17; Corte Cost. 15 maggio 1963, n. 70, *ivi*, 1963, I, col. 1103.

⁵⁹² Una recente ricostruzione delle operazioni giurisprudenziali in F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass di Copanello del 24 e 25 giugno 2011 su *Le relazioni sindacali nell'impresa*, in www.aidlass.org. (datt.)

⁵⁹³ La "proposta efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali ... va conciliata con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà sindacale": Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, pag. 312; Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pag. 171; App. Brescia 7 marzo 2009, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, pag. 188.

⁵⁹⁴ Come prevedevano i d.d.l. Giugni e Ghezzi alla fine degli anni 90: cfr. nota n. 30.

aziendale con efficacia *erga omnes* non è contenuta nell'art. 8; e, comunque, pare destinata a rimanere marginale nella *querelle* aperta dal varo di detto articolo.

Stando al programma appena sopra delineato, c'è da affrontare la domanda relativa alla legittimità costituzionale di una contrattazione collettiva aziendale, secondo una duplice via interpretativa, qui battezzata come "formale" e, rispettivamente, come "materiale"⁵⁹⁵.

a) L'interpretazione "formale".

L'interpretazione "formale" è chiara, costituita dal testo dell'art. 39 Cost., letto e conservato per intero, così come partorito dal padre costituente per conciliare il pluralismo dell'*input*, quale dato dalla libertà di organizzazione sindacale garantita dal co. 1, con il monismo di un *output* efficace *erga omnes*, quale costituito dai co. 2 e ss. Come è noto, questo secondo pezzo dell'articolo è rimasto inattuato, ma non è svanito nel nulla, si da rimanere vivo senza diventare vitale, di per sé idoneo a bloccare il varo di qualsiasi meccanismo alternativo finalizzato a produrre lo stesso risultato. Ma, si è sostenuto come necessario *incipit* del lungo elenco di idee e proposte alimentato da un'infaticabile dottrina nel corso di più decenni, e si è ribadito all'indomani del varo del nostro art. 8, questo veto varrebbe per il contratto di categoria, ma non per quello aziendale, rispetto a cui riuscirebbe incompatibile sia il meccanismo prescelto, sia il fine perseguito. A quanto detto e ridetto, qui sarebbe difficile attivare una delegazione sindacale ricalcata su quella prevista per la categoria e sarebbe forzante considerarla precondizione necessaria di un'efficacia *erga omnes*, rinviando quest'ultima, tecnicamente e praticamente, all'esistenza di datori non iscritti alle controparti padronali.

Troppo semplice. È banale ricordare che il testo costituzionale chiama in causa solo il contratto di categoria, perché il padre costituente conosceva solo quello, così come l'aveva ereditato dal sistema corporativo, di cui voleva perpetuare il ruolo di regolamento generale; ma questo di per sé non vuol dire molto, perché se si fosse considerato il testo fondamentale inchiodato al dato di fatto tenuto presente al momento del suo concepimento, se ne sarebbe spremuto molto meno di quanto fatto effettivamente. Non è escluso *a priori* che avrebbe potuto essere curvato a dimensione di quel sistema contrattuale articolato tenuto a battesimo all'inizio del decennio '60, per poi procedere secondo un andamento carsico, senza, però, rinunciare mai ad un doppio livello, tenuto insieme più o meno bene da un raccordo soggettivo ed oggettivo fra il primo ed il secondo livello, che - se sottovalutato nel settore privato da quell'indirizzo giurisprudenziale, per cui, a prescindere da qualsiasi raccordo, ogni contratto collettivo è rispetto al suo ambito, del tutto autonomo e sovrano - è stato legificato nel settore pubblico⁵⁹⁶.

Non si vede come un'eventuale legge attuativa, che avesse dovuto scontare la presenza del doppio livello, avrebbe trovato difficile introdurre una delegazione sindacale aziendale formata secondo la regola proporzionale/associativa, con una qualche forma di correlazione con quella nazionale; né si vede come tale legge avrebbe potuto considerare una forzatura ritenere quella

⁵⁹⁵ Come letture di riferimento del paragrafo che segue pare possibile estrarre dall'alluvione di contributi di cui molti autorevoli un libro "invecchiato", come un buon vino d'annata e un libro relativamente "novello", v. G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960 e P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998.

⁵⁹⁶ Al riguardo cfr. A. VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità "diffusa"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pag. 859 e segg.; ID., *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Utet, Torino, vol. I, pag. 402 e segg.; G. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pag. 81.

stessa regola preconditione di un'efficacia generale, non solo per la contrattazione di categoria ma anche per quella aziendale. Se ne può rinvenire conferma in quell'accordo interconfederale del giugno 2011, a sua volta recepito dall'art. 8, co. 2, che fa propria una soluzione simile, laddove autorizza le rsa, facenti capo ad associazioni comparativamente più rappresentative, che da sole od insieme, abbiano raccolto almeno il 50% più uno delle deleghe per i contributi sindacali, a sottoscrivere contratti con "efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati". Una formula, questa, riecheggianti da vicino quella costituzionale, "stipulare contratti ... con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce", che, pur essendo riferita ai lavoratori, è stata di regola ricondotta ai datori, fino a finalizzare l'*erga omnes* al "recupero" dei datori non associati.

Era una lettura strabica, questa, che spostava la prospettiva dai lavoratori ai datori⁵⁹⁷; ma comprensibile, perché dettata dalla consapevolezza che i datori obbligati ad applicare i contratti, lo fanno con riguardo a tutti dipendenti: così richiedono i processi gestionali che devono essere unitari ed omogenei; e così prescrivono quegli indirizzi dottrinali per cui gli impegni assunti ai tavoli negoziali lo sono per tutti i lavoratori occupati, indipendentemente dai loro *status* sindacali⁵⁹⁸. Era, perché non da ieri si è cercato di raddrizzarla; una volta entrata in scena la contrattazione "in perdita"⁵⁹⁹, con a sua area elettiva l'azienda dove era inevitabilmente destinata a configurarsi come "in deroga" alla disciplina di categoria, n'è seguita un'accelerazione di quella crisi dell'unità di azione sindacale, divenuta ormai una costante della nostra vita sindacale, nonché una rivitalizzazione della mobilitazione di base: contrattazioni separate e chiamate fuori dalle discipline collettive applicate sono assurde all'ordine del giorno. Da qui la recuperata attenzione alla rilevanza nei confronti dei lavoratori, con un'efficacia *erga omnes* per la contrattazione aziendale, presunta in sede confederale ma resa effettiva in sede legislativa, con la finalità di un "recupero", non ovviamente dell'unico datore, ma di tutti i suoi dipendenti, a prescindere dal loro esservi vincolati in forza della regola civilistica della rappresentanza.

A questo punto del cammino si è creduto di poter superare lo sbarramento costituito dall'art. 39, co. 2 e ss. Cost., negando che ci fosse. Troppo semplice, anche per la Corte costituzionale che ha

⁵⁹⁷ L'impostazione non è nuova e peregrina: va ricordato che l'art. 10 d.d.l. 1337/2009 (primo firmatario Nerozzi), erede del "vecchio" progetto Gasperoni, stabiliva che "gli accordi stipulati dalle rappresentanze sindacali unitarie nelle unità produttive o amministrative obbligano i datori di lavoro alla loro osservanza nei confronti di tutti i lavoratori" (art. 10, co. 1).

⁵⁹⁸ È la tesi di G. PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, vol. V.

⁵⁹⁹ Definizioni e tipologie della contrattazione in perdita in B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Angeli, Milano, 1992. La tematica del contratto "in perdita" nasce intrecciata con quella della diversificazione funzionale del contratto collettivo, risalente a G. VARDARO, *Differenze funzionali e di livelli fra i contratti collettivi*, cit., pag. 229 e segg.; più di recente ad essa si sovrappone la tematica del contratto "gestionale": M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, pag. 553. Sulla distinzione tra contrattazione integrativa e contrattazione gestionale cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, pag. 24. La funzione "gestionale" è assai meno decifrabile rispetto alla tradizionale integrativa: parte della dottrina l'ha negata v. M. PERSIANI, *Contratti normativi e contratti gestionali*, in *ADL*, 1999, pag. 1 e segg.; altra parte ne ha comunque lamentato la genericità (B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit., pag. 131, nota 2); altra ancora l'ha accolta con tutta una serie di distinguo tra l'aggettivo gestionale e l'aggettivo concessivo, fino ad associare al primo il metodo contrattuale cooperatorio ed al secondo il metodo delle concessioni unilaterali (S. SCIARRA, *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo*, in *Lav. dir.*, 1987, pagg. 477-479). A loro volta, tutte le sfumature di significato poste in evidenza dall'incessante elaborazione dottrinale in proposito hanno contribuito ad aumentare, con la circolazione del termine nelle sue diverse valenze, anche la sua ambiguità.

dovuto prendere atto di una latitanza attuativa perdurante nel tempo, fino a trasformarsi proprio sotto i suoi occhi, da provvisoria in definitiva; ma che non ha potuto certo sostituirsi al Parlamento per certificarne la morte. Nella sua giurisprudenza, quella specie di convitato di pietra costituito dai commi dell'art. 39 Cost. rimasti letteralmente sulla carta è stato chiamato in causa secondo una duplice prospettiva⁶⁰⁰. Primo, questa *vacatio* è stata usata per rigettare le eccezioni di costituzionalità sollevate contro la legislazione sul costo del lavoro varata fra la seconda metà del decennio '70 e la prima del decennio '80, traendo proprio dalla mancata attuazione un'argomentazione favorevole alla tesi di una primazia della legge, si da escludere l'esistenza di una riserva di competenza e di una facoltà di deroga alla normativa legale a favore dell'autonomia collettiva: anticipata da Corte cost. n. 60/1968, la sequenza si articola su Corte cost. n. 141/1980, Corte cost. n. 34/1985, Corte cost. n. 697/1988⁶⁰¹, con a chiuderla, in relativa controtendenza, con l'accoglimento dell'eccezione per "incostituzionalità sopravvenuta", Corte cost. n. 268/1994. Secondo, preso atto che era caduta nella più totale indifferenza la sua precedente Corte cost. n. 106/1962⁶⁰², con cui aveva salvato la l. n. 741/1959, c.d. Vigorelli, inventando alla bisogna la formula di una "costituzionalità provvisoria ed eccezionale", la stessa *vacatio* è stata utilizzata, per accogliere, con Corte cost. n. 70/1963 l'eccezione di incostituzionalità avanzata contro la l. n. 1027/1960, di proroga, facendo della perdurante inattuazione una ragione per mettere il Parlamento di fronte ad una alternativa secca, passare una legge sindacale conforme o rinunciare a dotare la contrattazione collettiva di un'efficacia *erga omnes*.

Linea, quest'ultima, già anticipata, all'alba stessa della sua attività, con Corte cost. n. 10/1957⁶⁰³, laddove dice "L'efficacia obbligatoria dei contratti collettivi *erga omnes* ... è oggi espressamente riconosciuta dalla Costituzione (art. 39), ma nei riguardi dei contratti collettivi registrati e con la procedura ivi indicata", per, poi, aggiungere che, in carenza di una legge attuativa, "possono essere stipulati soltanto contratti collettivi di diritto privato", già allora considerati problematici quanto ai loro effetti soggettivi ed oggettivi, ma certo non tali da poterli dispiegare nei termini costituzionalmente previsti. Ma, se poi si scorre la sua giurisprudenza, ci si accorge che la adamantina rigidità e nettezza della teoria viene sistematicamente elusa dalla pragmatica flessibilità e adattabilità della pratica: ce la si potrebbe cavare con la classica espressione proverbiale, cioè "predica bene e razzola male"; ma così si cadrebbe nell'ingenuità di sottovalutare, se non addirittura ignorare la fondamentale importanza del *self-restraint* nell'attività di supervisione rispetto all'attività parlamentare, specie allorché l'alternativa fosse costituita da una sorta di vuoto pneumatico, imputabile finché si vuole, ma persistente.

⁶⁰⁰ Per una ricognizione sistematica della giurisprudenza costituzionale in materia v. M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari, 1999: vi si argomenta la tesi di una Corte Costituzionale protagonista politico a pieno titolo, con un ruolo di salvaguardia del sistema; tesi che appare sintonica rispetto a quella sostenuta anni prima con riguardo al diritto di sciopero dall'autore di questo saggio F. CARINCI *Tecnica e politica nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero e di serrata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, fasc. 3, pagg. 894 - 985.

⁶⁰¹ Tutta la sequenza delle pronunce è in F. LUNARDON, M. MAGNANI, P. TOSI, *Sindacati, contratto e conflitto collettivo. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 131 e segg. In proposito cfr. L. MENGONI, *Sulla legittimità costituzionale delle nuove norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, pag. 327 segg. e, specificamente su Corte Cost. n. 34/1985, S. MAGRINI, *Sulla legittimità costituzionale della predeterminazione legislativa delle variazioni dell'indennità di contingenza nel semestre febbraio-luglio 1984*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, pag. 161 e segg.; P. ALLEVA – G. GIUGNI, *Accordi di concertazione e Corte Costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, pag. 165 e segg.

⁶⁰² Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in www.giurcost.org

⁶⁰³ Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 10, in www.giurcost.org

Assai lunga è la lista delle sentenze che rigettano le eccezioni di incostituzionalità sollevate per violazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., perché, una volta ribadito che solo la sua attuazione potrebbe dar via libera ad una contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes*, viene sempre "inventata" un'interpretazione delle norme impugnate idonea ad escluderne l'illegittimità. La stessa Corte cost. n. 10/1957, sopra citata, salva gli artt. 11, lett. c) e 23, lett. b) l. n. 25/1955 sull'apprendistato, perché il rinvio ivi contenuto ai contratti collettivi di diritto privato sarebbe generico, tale da non attribuire loro effetti vincolanti "per tutti gli appartenenti alle rispettive categorie dei sindacati stipulanti"; e, in maniera ancor più significativa in quanto di poco successiva alla bocciatura della proroga della legge Vigorelli, Corte cost. n. 120/1963 conserva l'art. 3, co. 2, l. n. 1369/1960, perché l'obbligo qui imposto agli appaltanti, in solido con gli appaltatori, di corrispondere ai lavoratori occupati da quest'ultimi "un trattamento minimo normativo non inferiore a quello spettante ai lavoratori dipendenti dalle aziende appaltanti" "non dispone l'estensione del contratto collettivo oltre i limiti del precetto costituzionale, ma stabilisce solo l'osservanza di un minimo di trattamento", individuato *per relationem*, a' sensi dell'art. 36 Cost.

Se, poi, risulta di fatto fuori lista la già menzionata Corte cost. n. 34/1985, che non considera coperti dall'art. 39, co. 2 ss. gli accordi concertativi "dal momento che le organizzazioni sindacali non sono in tal campo separate dagli organi statali di governo, bensì cooperanti con esso ...", vi resta dentro la ben nota tripletta⁶⁰⁴ di Corte cost. n. 268/1994⁶⁰⁵, n. 344/1996⁶⁰⁶, n. 309/1997⁶⁰⁷, a testimoniare una sofisticata capacità manipolativa, spesa al servizio di una *realpolitik*, comprensibile e financo giustificabile. La prima costruisce il rinvio ex art. 5, co. 1, l. n. 223/1991 ai contratti

⁶⁰⁴ Su questa triplice presa di posizione della Corte Costituzionale M. D'Antona ha costruito la sua tesi del superamento di fatto del "modello costituzionale"; cfr. *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999. Sulla concertazione v. da ultimo F. CARINCI, *La concertazione*, in F. CARINCI – M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Conflitto, concertazione e partecipazione* vol. III, (a cura di F. Lunardon) pag. 911 e segg. nonché in un contesto più ampio M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, Padova, Cedam, 2006.

⁶⁰⁵ Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *www.giurcost.org*; sulla pronuncia cfr. i commenti di G. MANNACIO, *Legittimità costituzionale della normativa sui contratti collettivi che individuano i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, pag. 473 e segg.; G. PROSPERETTI, *I limiti dell'autonomia collettiva nella fissazione dei criteri di scelta per la collocazione in mobilità*, in *Dir. lav.*, 1994, I, pag. 523 e segg. La pronuncia è altresì pubblicata in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, pag. 661 e segg., con nota di C. DE MARCHIS, *Chi sceglie chi nei licenziamenti collettivi*, *ivi*, pag. 667 e segg.; ed in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, con nota di E. MANGANIello, *Legge ed autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la Consulta introduce il controllo di ragionevolezza*, pag. 251 e segg.

⁶⁰⁶ In *Arg. dir. lav.*, 1997, pag. 249, sul cui percorso argomentativo v. G. SUPPIEI, *Il sostegno della Corte Costituzionale alla legge sullo sciopero nei s.p.e.*, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, pag. 691 e segg.

⁶⁰⁷ In *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pag. 33 e segg., su cui F. CARINCI, *"Costituzionalizzazione" ed "autocorrezione" di una riforma (la cd. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, *cit.*, pag. 35 e segg.

La ricostruzione della figura del contratto collettivo nel settore pubblico privatizzato ha costituito e costituisce a tutt'oggi uno dei punti più controversi della riforma. Se n'è cominciato a discutere già al Convegno AIDLASS di L'Aquila, 31 maggio-1 giugno 1996, con relazione introduttiva di A. MARESCA. *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, ora in *Giorn. Dir. rel. Ind.*, 1996, pag. 183 e segg., cui ha fatto seguito una fitta serie di contributi, fra cui una monografia M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro: all'indomani della privatizzazione del pubblico*, Padova, Cedam, 2005 dove ampi richiami delle diverse posizioni.

Per un panorama d'assieme a cavallo della "terza privatizzazione" v. M. RUSCIANO, *Le fonti: negoziatore pubblico e contratti collettivi di diritto privato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 2, pag. 342 e segg.; A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI, (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, pag. 44; A. GARILLI, A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, pag. 9 e segg.; F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 6, pag. 1025 e segg.; M. RICCI, *Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso il suo ridimensionamento?*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del lavoro Pubblico*, Collana Leggi e Lavoro, Milano, Ipsoa, 2011, pag. 313 e segg.

collettivi sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, sottoscritti *in primis* dalle rsa costituite a norma dell'art. 19 St. lav., nei termini di un potere datoriale nato libero ma poi limitato contrattualmente, sì da poter essere esercitato con atto unilaterale vincolato nel contenuto, ma pur sempre l'unico cui imputare l'effetto obbligatorio, nei riguardi dell'intero personale. La seconda decisione, percorrendo un itinerario simile, legge il ricorso ex art. 2, co. 2, l. n. 146/1990 agli accordi aziendali conclusi con le rappresentanze aziendali o le rappresentanze del personale per dare attuazione alle previsioni dei contratti ed accordi nazionali in tema di prestazioni essenziali, nei termini di mero presupposto di un potere datoriale esercitabile tramite un regolamento che, se pur conforme nel contenuto agli accordi attuativi, rimane di per sé solo produttivo dell'effetto vincolante nei confronti dell'intero organico. La terza sentenza fa propria la difesa preventiva incorporata già nella formulazione originaria del d.lgs. n. 29/1993 sulla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, tanto sofisticata quanto artificiosa, che, cioè, l'efficacia dei contratti di cui agli artt. 45, co. 2, 7, 9, e 49, co. 2 rispetto all'area dirigenziale e al comparto di riferimento, sarebbe non endogena, ma esogena, riconducibile, per le pubbliche amministrazioni, all'esistenza di un obbligo *ex lege* e, rispettivamente, per i lavoratori alla clausola di rinvio presente nei loro contratti individuali.

Non è tutto, perché quando può, la Corte costituzionale chiude un occhio, facendo passare senza controllo un sistema contrattuale dotato di efficacia *erga omnes*, come per l'istituto dell'apprendistato, dove dà l'impressione di aver percorso un lungo cammino da Corte cost. n. 10/1957 a Corte cost. nn. 50/2005 e 176/2010⁶⁰⁸. Corte cost. n. 50/2005 è la celeberrima sentenza con cui è stata consacrata l'appartenenza del diritto del contratto e del rapporto di lavoro alla competenza esclusiva dello Stato, con una dichiarazione di inammissibilità, infondatezza, cessazione della materia del contendere di quasi tutti i conflitti di attribuzione sollevati da molte Regioni nei confronti della l. delega n. 30/2003 e del d.lgs. n. 276/2003. Di questa qui interessa, in particolare, la dichiarazione di infondatezza, con riguardo sia all'art. 2, co. 2, lett. i) della l. n. 30/2003, che prevedeva fra i principi e i criteri direttivi della delega il "rinvio ai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, territoriale e aziendale, per la determinazione anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di attuazione dell'attività formativa in azienda"; sia agli artt. 48 (Apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione) e 49 (Apprendistato professionalizzante) del d. lgs. n. 276/2003, che rinviavano a quei contratti collettivi per regolare le modalità di erogazione della formazione aziendale nel rispetto degli *standard* generali fissati dalle regioni competenti (art. 48, co. 4), la durata del contratto e le modalità di erogazione e l'articolazione della formazione esterna ed interna alle singole aziende (art. 49, co. 3 e 5, co. 1, lett. b).

A sua volta, Corte cost. n. 176/2010, con riguardo ai conflitti di attribuzione sollevate da alcune regioni nei confronti dell'art. 23, co. 1 e 2, intervenuti a modificare il co. 3 e, rispettivamente, ad aggiungere un co. 5-ter all'art. 49 d. lgs. n. 276/2003, in tema di apprendistato professionalizzante, dichiara l'infondatezza rispetto al co. 1, che elimina il limite inferiore di durata del contratto, pari a due anni; e, rispettivamente, la fondatezza parziale riguardo al co. 2, laddove esclude *in toto* le regioni dalla regolamentazione della formazione esclusivamente aziendale, rimettendola integralmente ai citati contratti collettivi, competenti a definirne la nozione nonché, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di

⁶⁰⁸ Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, 366 e Corte cost. 15 maggio 2011, n. 176, in www.giurcost.org

riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo.

Né nella prima, né nella seconda sentenza, la Corte si fa carico minimamente della conciliabilità di una contrattazione palesemente *erga omnes* con l'art. 39, co. 2 e ss. Cost., nonostante che, proprio nella seconda, la questione sia stata sollevata, ma, potendo evitarlo lo ha fatto, considerandola assorbita. Di fronte a più di una buona ragione per chiamare in causa la contrattazione collettiva, data la sua idoneità a ricalcare in maniera flessibile una realtà mutevole nonché la sua capacità a compensare l'inerzia di certe Regioni, stava l'estrema difficoltà di trovare una ragione per salvarla nella sua efficacia *ultra partes* a fronte dell'art. 39 Cost., co. 2 e ss., che aveva una portata meramente integrativa nella cornice rimessa alla leale collaborazione fra Stato e Regioni. Quel che qui interessa sottolineare è che l' "esenzione" rispetto al disposto costituzionale riguarda la contrattazione nazionale, territoriale, aziendale, senza distinzione alcuna, sì che non è possibile dedurre che quella di categoria sia dentro e quella aziendale sia fuori dall'art. 39, co. 2 e ss. Cost.⁶⁰⁹

È possibile trarre una duplice lezione da questa carrellata su una giurisprudenza costituzionale che si proclama attestata sulla linea strategica di una rigida e ferma difesa della costituzione "formale", ma poi si rivela alquanto disponibile a non impegnarsi se non costretta; e se costretta ad inventarsi qualche escamotage per salvare capra e cavoli, accompagnandolo con un'attività di alleggerimento, di cui è espressione anche quell'*obiter dictum* contenuto in Corte cost. n. 344/1996, sull' "efficacia generale" della c.d. contrattazione delegata in materia. Se ne deduce una lezione "teorica": se pur l'ambito coperto dall'art. 39, co. 2 e ss. Cost., quindi precluso ad un intervento legislativo che lo baipassi, tende ad essere individuato col suo referente letterale, cioè col contratto di categoria, tuttavia non è esplicitamente lasciato fuori il contratto aziendale. Tutt'altro, come riesce provato dal ricorso a qualche marchingegno argomentativo per salvare questo o quel disposto interpretabile nel senso di attribuire a tale contratto un'efficacia estesa all'intera azienda: questo sembra sottintendere Corte cost. n. 120/1963, dato che il rinvio fatto al trattamento minimo normativo applicato al personale dell'appaltante può ben essere frutto dell'effetto cumulativo del c.c.n.l. e del contratto aziendale, sì da far sospettare che il meccanismo di disinnescamento del potenziale contrasto con l'art. 39, co. 4 Cost., sia stato messo a punto dal giudice costituzionale con riguardo non solo al I, ma anche al II livello. Ma questo stesso fa capire prima Corte cost. n. 268/1994 e poi Corte cost. n. 344/1996, perché qui a venire proceduralizzati sono veri e propri accordi aziendali, che vengono resi sterili, ricollegando a regolamenti o ad atti datoriali, conformi ai loro contenuti, gli effetti estesi a tutti i dipendenti; non senza considerare di Corte cost. n. 344/1996 quell'*obiter dictum* sopra richiamato, che scorpora, dall'ambito coperto dall'art. 39, co. 4 Cost., la c.d. contrattazione delegata relativa a "materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro", per poi convenire sulla legittimità di una loro efficacia generale; e allega a supporto una casistica legislativa, dove la contrattazione richiamata è *solo* nazionale oppure *anche* aziendale

⁶⁰⁹ Se si vuole la delega ad una contrattazione collettiva con una efficacia *erga omnes* derivante dalla sua stessa natura di fonte produttiva della disciplina applicabile è stata ulteriormente accentuata dal T.U. sull'apprendistato, D. lgs. 15 settembre 2011, n. 167. Sull'art. 46, co. 1, della legge delega n. 183/2010 v. D. GAROFALO, "Il riordino della disciplina dell'apprendistato al secondo appello", in D. GAROFALO – M. MISICIONE, *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, 2011, pag. 517.

oppure *solo* aziendale, sì da far capire che considera l'art. 39, co. 4 Cost. applicabile non solo al I, ma pure al II livello.

Ed in seconda battuta se ne ottiene una lezione "pratica" per cui la Corte pare coltivare una sorta di presunzione di legittimità a fronte di un provvedimento legislativo intervenuto a "supplire" al vuoto lasciato dal mancato adempimento dell'obbligo costituzionale di rendere operativo l'art. 39, co. 2 e ss., purché ne trovi ragionevole lo scopo e manipolabile il testo.

b) L'interpretazione "materiale".

Non c'è ragione di tornare a raccontare qui la lettura "materiale" dell'art. 39 Cost., se non per sintetizzarne le ragioni, che sono rimaste più o meno costanti, sì da mantenere una loro significativa attualità. A bloccare la legge ordinaria attuativa è stata la comprensibile contrarietà di confederazioni minoritarie come la Cisl e la Uil a varare una delegazione trattante costruita sulla proporzionalità⁶¹⁰; mentre l'originaria posizione favorevole della Cgil avrebbe dovuto scontare col tempo una crescente riserva sulla esclusività della referenza associativa.

Cosa ben nota, anche se poi queste ragioni di fondo, figlie di quella vera e propria traduzione nobile della darwiniana selezione naturale, *primum vivere, deinde philosophare*, erano sintoniche alle diverse culture ed anime della Cisl e della Cgil, volontaristica-astensionista e, rispettivamente, classista-interventista. E cosa ancor più nota è la scelta di quella dottrina destinata ad uscire vincente dalla controversia apertasi fra interpretazione "privatista" e "pubblicista". La palma di una vittoria destinata a restare definitiva fu conseguita dalla prima, ma, attenzione, con una percepibile e rilevante soluzione di continuità fra la posizione di un Francesco Santoro-Passarelli⁶¹¹, quale espressa all'indomani stesso del varo della Carta costituzionale, e quella di un Federico Mancini⁶¹² e di un Gino Giugni, quale maturata un decennio più tardi. Certo la scena era profondamente cambiata, perché proprio nel trascorrere dagli anni '50 agli anni '60, si affermava e radicava, nel perdurante vuoto legislativo, un ordinamento sindacale di fatto, destinato ad evolversi verso quel modello articolato messo in campo nel 1962⁶¹³. Ed è stata opera della prima *nouvelle vague*, assurti a protagonista, trasformare il fatto in diritto, liberando - per dirla con una formula che è venuta acquisendo una valenza diversa da quella originaria - una costituzione "materiale" costruita a misura di una realtà ormai consolidata da una costituzione "formale", vista e vissuta come una camicia di Nesso.

Il primato rimaneva pur sempre assegnato ad un art. 39, co. 1 Cost. posto al servizio di un pluralismo a fondamento associativo, guardingo se non diffidente rispetto all'intervento statale, che rinveniva proprio nel privato il suo diritto elettivo; ma mentre per Francesco Santoro-Passarelli questo non era affatto inconciliabile col 39, co. 2 e ss., lo era, invece, per Federico Mancini e per Gino Giugni. A farla non breve, ma addirittura brevissima, trattandosi di tesi data per conosciuta anche da uno studente di primo pelo, il comma 1 avrebbe consacrato una nozione di categoria organizzativa e contrattuale aperta, ricostruibile *a posteriori*, in ragione della piena ed

⁶¹⁰ I motivi dell'inattuazione in G. GIUGNI, *Commento all'art. 39*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di BRANCA, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1979.

⁶¹¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Presente e avvenire del contratto collettivo in Italia*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pag. 213.

⁶¹² F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, cit.

⁶¹³ G. GIUGNI, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgiche e minerarie*, Giuffrè, Milano, 1964.

incondizionata esplicazione della libertà sindacale, così da entrare in insanabile conflitto col dettato dei commi 2 e ss., che, invece, ne prefigurava una tutt'affatto chiusa, determinata *a priori*. Solo che una tesi siffatta apriva la strada ad una sostanziale cancellazione dei commi 2 e ss., dando per implicitamente operativo l'istituto della desuetudine, peraltro ritenuto incompatibile con riguardo ad una norma incostituzionale; ed a una conseguente lettura del comma 1, come se di per sé esaurisse l'intero articolo, così da poterne fare un testo aperto e flessibile, espandibile a piacere, per adattarsi al processo evolutivo del fenomeno sindacale. Ma se, in forza di quel comma 1, garante di una libertà assoluta, la categoria era non una premessa, ma una conseguenza dell'attività sindacale, allora la cosa doveva valere per tutta la contrattazione, nazionale, territoriale od aziendale che fosse. Né si sarebbe potuto obiettare che l'azienda era una categoria "naturale", perché - a prescindere dalla "*contraddizion che nol consente*" ai sensi di quella logica aristotelica cara a Dante - questa affermazione avrebbe fotografato al massimo una mera situazione di fatto, perché l'esistenza di una azienda come *bargaining unit* sarebbe rimasta una nozione relativa come ben testimoniava l'esperienza (gruppo, azienda in senso stretto, stabilimento, reparto) nonché avrebbe confermato lo Statuto, parlando di "unità produttiva".

Da questa premessa derivava coerentemente che ogni associazione sindacale aveva voce solo per la sua parte, restando confermata la ricostruzione santoriana di una rappresentanza civilistica, tale da legittimare di per sé sola una contrattazione collettiva c.d. di diritto comune, con un'efficacia giuridica coincidente di massima con la sua base associativa, se pur rafforzata *vis-à-vis* di quella individuale, in forza e ragione non tanto della lettura offertane da una dottrina sofisticata, ma della rimessa a nuovo dell'art. 2077 Cod. Civ. da parte di una giurisprudenza pragmatica⁶¹⁴. Ne seguiva coerentemente una vera e propria "espulsione" dalla carta fondamentale di qualsiasi efficacia *ultra partes*, non transitoria, dovuta alla mancata attuazione dei co. 2 e ss. dell'art. 39 Cost., ma definitiva, causata dalla assoluta ed insanabile incompatibilità di quel comma col comma 1.

Al di là della fedeltà dimostrata dagli autori alla loro tesi, questa rimarrà l'eredità lasciata alle generazioni future, esposta ad essere discussa e criticata, senza, però, eccessiva fortuna, pur quando l'evoluzione legislativa sembrava dar ragione agli innovatori. Un'eredità, sia chiaro, divenuta col tempo sempre più pesante, con la ricorrente tentazione di una rinuncia tardiva, ma fortemente radicata non solo nella cultura giuridica, ma nella sensibilità diffusa, tanto da rendere coerente con essa anche l'ultima legislazione, con una sofisticata tecnica manipolativa.

Quel che risultava assente in questa ricostruzione era la consapevolezza che un art. 39 Cost., ridotto e concentrato solo sul suo primo comma, finiva per consacrare un pluralismo senza alcun criterio ordinativo che non fosse quello costituito dal principio di effettività rispolverato da ultimo dal Tribunale di Torino. Principio, questo, che restituiva un ordinamento intersindacale di fatto basato sul reciproco riconoscimento fra le parti, con un sostanziale oligopolio rappresentativo sul fronte sia dei datori, la Confindustria, sia dei lavoratori, la Cgil, Cisl, Uil, nonché sul rilievo paritario delle tre Confederazioni sindacali, a prescindere dal loro rispettivo peso numerico; tanto da giustificare in pieno l'astensionismo legislativo fino ad allora praticato.

Solo che non appena il principio di effettività restituisce un ordinamento sindacale in crisi, come appunto nel passaggio al calor bianco dagli anni sessanta ai settanta, ribattezzati gli anni della

⁶¹⁴ Cass. 12 maggio 1951, n. 1184, in *Riv. giur. lav.*, 1951, pag. 253.

conflittualità permanente, viene recuperata ed enfatizzata una lettura della libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1 Cost., come inclusiva non solo di una garanzia negativa, di una protezione rispetto a qualsiasi minaccia pubblica o privata, ma anche positiva, di una promozione, condannata per la sua stessa ragione di essere, ad operare in maniera selettiva. Così la copertura assicurativa contro il rischio di un pluralismo competitivo, collocata dal costituente in quei co. 2 e ss. dell'art. 39 Cost. considerati incompatibili col comma 1, viene nuovamente spostata in quest'ultimo, ma con un cambiamento del senso della libertà sindacale, imposto dallo stesso corso degli eventi: non più valorizzandone solo la portata negativa, idonea a dar via libera al principio di effettività, con conseguente conferma dell'astensionismo legislativo; ma enfatizzandone anche, anzi soprattutto, la portata positiva, con coerente apertura all'interventismo statale.

Da qui la politica promozionale tradotta nel tit. III dello Statuto, con a sua nozione portante quella di "confederazione maggiormente rappresentativa"⁶¹⁵ costruita a misura di quello stesso ordinamento sindacale consolidatosi nel tempo, ma non più in grado di reggersi sulle sue sole gambe; sì da dover essere recuperato in pieno nell'ordinamento statale, che lo promuove perché il suo funzionamento viene considerato essenziale per l'equilibrio istituzionale, il progresso economico, il miglioramento sociale.

E tutto questo emerge chiaramente dal come la Corte costituzionale argomenta in due decisioni contemporanee, del 1974, e strettamente correlate, perché parti di uno stesso disegno di promozione interpretabile come un'apertura di credito alle tre Confederazioni, come le sole capaci di canalizzare e rendere compatibile una domanda frammentaria, confusa, radicale, in una congiuntura caratterizzata dalla debolezza delle istituzioni e dei partiti, tanto da far parlare di una supplenza sindacale e dall'avvisaglia della degenerazione della protesta in violenza terroristica. Ci si intende riferire a Corte cost. n. 54/1974⁶¹⁶, che promuove a pieni voti l'art. 19, lett. a) St. lav. facendo entrare nel nostro diritto una nozione di maggiore rappresentatività, non più comparativa, ma assoluta; ed a Corte cost. n. 290/1974⁶¹⁷, che offre quel decalogo sullo scopo perseguito con lo sciopero destinato a rimanere immutato fino ad oggi: vi viene riconosciuto come diritto a pieno titolo lo sciopero c.d. di imposizione politico-economica, in quanto finalizzato al perseguimento dell'obiettivo egualitario di cui all'art. 3, co. 2, con l'implicito sottinteso che a proclamarlo ed a gestirlo siano proprio le stesse tre Confederazioni.

Hoc iure utimur è l'unico commento possibile, perché quanto affermato dal Giudice delle leggi e consolidato da più di un trentennio di consenso teorico e pratico può essere rimesso in discussione solo da un qualche originale voglioso di *épater le bourgeois*. Ma va ricordato come fatto notorio, non bisognoso di essere provato, che l'indirizzo promozionale statutario era strettamente limitato al diritto di costituire rsa, con tutta la dote contenuta nel tit. III, con un effetto solo indiretto e fattuale sulla contrattazione aziendale; tant'è che ci si tormentò a lungo

⁶¹⁵ Sull'art. 19 St. lav. v. le pagine magistrali di F. MANCINI, in G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI e U. ROMAGNOLI, *Statuto dei lavoratori. Commentario*, a cura di Scialoja – Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979.

⁶¹⁶ Cfr. nota n. 45.

⁶¹⁷ In *Foro it.*, 1975, col. 259; in senso critico V. ONIDA, *In tema di legittimità dello sciopero con riguardo ai suoi fini*, in *Giur. cost.*, 1974, I, pag. 522 e F. SANTORO PASSARELLI, *Sciopero politico e diritto di sciopero*, in *Foro it.*, 1975, I, col. 550.

sull'apparente eccezione costituita dagli artt. 4 e 6⁶¹⁸, per giungere di massima ad una conclusione che ne escludeva la messa in discussione della regola; e, che, comunque, restò minoritaria la tesi di un diritto a trattare a capo delle associazioni sindacali di cui all'art. 19 St. lav., sì da configurare di per sé solo l'eventuale rifiuto come un comportamento anti-sindacale.

Un autentico salto di qualità è stato visto nella c.d. contrattazione delegata, che, da piccola sorgente è andata allargando ed approfondendo fino a diventare un autentico fiume in piena, con un sovrapporsi e contrapporsi di correnti completamente diverse, a cominciare dagli stessi criteri di individuazione della rappresentatività rilevante, come già ricordato sopra, dalla "maggiormente rappresentativa" alla "comparativamente più rappresentativa", ed a continuare coi livelli dei contratti e degli agenti contrattuali, mescolati in un *cocktail* di nazionali, territoriali ed aziendali dal gusto continuamente diverso.

Ora la dottrina si è divertita a giocare la carta della soluzione più originale con un'attenzione del tutto privilegiata alla contrattazione aziendale⁶¹⁹, perché rispetto alla categoria definita dal c.c.n.l., l'azienda è estremamente più bisognosa di una disciplina unitaria: là è questione di combattere la concorrenza nell'offerta di lavoro, cosa opportuna, ma non indispensabile; qui di far funzionare un'organizzazione produttiva condannata ad essere sincronica, condizione necessaria di sopravvivenza. Ma, a prescindere da ogni altra considerazione, l'ostacolo era ed è costituito, oggi più di ieri, dall'intenzionale assenza di qualsiasi criterio per sapere come risolvere un'eventuale contrasto fra associazioni parimenti legittimate.

È vero che, come anticipato, c'è un passo di Corte cost. n. 344/1996, che ritiene il "modello interpretativo" per cui "le leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale (configurandola come fonte di diritto *extra ordinem*⁶²⁰ destinata a soddisfare esigenze ordinamentali che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma", utilizzabile) "quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro, come il lavoro a tempo parziale (art. 5, comma 3, del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863), i contratti di solidarietà (art. 2 del d.l. citato), la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine (art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56)".

⁶¹⁸ Gli artt. 4 e 6 St. lav. sono stati studiati dall'angolazione della loro costituzionalità ai sensi dell'art. 39: cfr. B. VENEZIANI, *Commento agli artt. 4 e 6 St. lav.*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, cit., rispettivamente pag. 27 e segg. e pag. 48 e segg.; A. CATAUDELLA, *Commento all'art. 4 St. lav.*, in G. PROSPERETTI (a cura di), *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, 1975, pag. 83; G. PERA, *Commento agli artt. 4 e 6 St. lav.*, in C. ASSANTI - G. PERA, *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, pag. 32 e segg. e pag. 69 e segg.; nonché. U. ROMAGNOLI, *Osservazioni sugli artt. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 1971, IV, col. 130-131.

⁶¹⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, cit.

⁶²⁰ Il dibattito sulla configurabilità del contratto collettivo come fonte è tuttora vivace. Oltre agli autori citati alla nota n. 16, cfr., dall'angolazione specifica della contrattazione c.d. delegata, nel senso della necessità della riconduzione ad unità (o al massimo alla dualità tradizionale di funzioni) del contratto collettivo, con attribuzione di una sorta di "tipicità sociale", NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, *Intervento in AA.VV., Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, pagg. 165 ss.; G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Atti delle Giornate di studio Aidlass di Foggia-Baia delle Zagare*, Giuffrè, Milano, 2002 (quest'ultimo autore in proposito richiama G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 23, secondo il quale "in un'ottica propriamente funzionale, non è difficile individuare una trama unitaria tra le diverse fattispecie. E questa è data dalla realizzazione dell'interesse di tutela *lato sensu* dei lavoratori quale si esprime nell'esperienza organizzativa").

È un passo famoso, che certo ha fornito un contributo al confezionamento del c.d. contratto collettivo gestionale, dedotto da Corte cost. n. 268/1994, ma ricostruito con l'aiuto di questa Corte cost. n. 344/1996, come *fonte extra ordinem*, che, proprio in ragione del suo oggetto, - costituito da "materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina" - richiede un'efficacia generale. Ora, anche a prescindere dal fatto curioso per non dir altro di una Corte che individua una fonte "fuori costituzione", a ben vedere, il frutto di questo matrimonio fra le due sentenze appare alquanto discutibile. Difatti, come già visto, la prima decisione riguarda tipicamente un contratto aziendale, la seconda richiama un elenco esemplificativo di leggi contenenti deleghe a "i contratti collettivi anche aziendali" (*part-time*), a "i contratti collettivi aziendali stipulati con i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale" (contratti di solidarietà), ai "contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale" (contratti a termine); ma, poi, le materie sono tutte relative a tipi di contratti individuali, quali il *part-time*, il contratto di solidarietà, il contratto a termine. Non si vede proprio come possa essere utilizzato al servizio di un presunto contratto gestionale ad efficacia generale, un passo in cui, stando all'elenco esemplificativo, viene considerato irrilevante il livello del contratto cui far ricorso nonché variabile il carattere del sindacato firmatario; e considerato rilevante solo l'oggetto, relativo alla provvista e non all'utilizzazione della forza lavoro. Tanto che, del tutto coerentemente, giustifica quell'efficacia generale riconosciuta in barba all'art. 39 Cost., con l'esigenza di una disciplina uniforme", riconducibile non ad una presunta indivisibilità dell'organizzazione del lavoro, rispondente all'interesse particolare del datore, ma alla domanda di omogeneità espressa dal mercato del lavoro, come tale "in funzione di interessi generali".

Un passo enfatizzato in eccesso. Senza volersene sbarazzare solo perché è un *obiter dictum* non funzionale al *decisum*, c'è da osservare come sia pur sempre inserito in un contesto preciso, dato dall'essere il discorso argomentativo tutto rivolto al salvataggio dello stesso meccanismo portante di un intervento legislativo strategico quale quello riguardante l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Ed è difficile pensare che la Corte costituzionale, posta in modo netto e crudo di fronte ad un caso uguale o simile al tipo prefigurato nel visto elenco esemplificativo, se in quanto volesse dargli semaforo verde, sceglierebbe di farlo con un approccio *hard*, mettendo a repentaglio lo sbarramento ribadito per un tempo pluridecennale, invece che *soft*, facendo ricorso *more solito* ad un qualche marchingegno, che le permetta di salvare il principio consolidato, ma, al tempo stesso, di sdoganare il disposto legislativo impugnato.

Si sbaglierebbe, però, a considerare l'ostacolo posto sul cammino della Corte, solo formale, costituito da quel pezzo di art. 39 Cost., che pur ormai ricordato come defunto, insiste a rispondere "presente" ad ogni appello; c'è di più per quanto espresso in modo ovattato. Una volta recuperato un giudizio complessivo e contestuale dell'articolo, come tale capace di restituirgli quell'equilibrio perseguito dal costituente fra il co. 1 e i co. 2 e ss., senza alcun reciproco esproprio, emerge il principio sotteso, che, cioè, il pluralismo concorrenziale è compatibile con un intervento legislativo di promozione, solo se questo includa un meccanismo potenzialmente aperto, che, prima, faccia operare un criterio distributivo proporzionale basato sul consenso effettivo dei lavoratori; e poi, dia applicazione alla formula *ex pluribus unum*, essendo la contrattazione collettiva destinata dal suo stesso DNA ad essere disciplina unica ed esclusiva della categoria di riferimento.

Niente di tutto questo, perché, consolidatosi il potere di veto attribuito dal giudice costituzionale all'art. 39, co. 2 e ss. Cost. con riguardo a qualsiasi percorso alternativo proiettato verso lo stesso

effetto *erga omnes* e sopravvenuto un momento di forte e diffuso contro-potere espresso dal basso, si da invertire il rapporto tradizionale fra i livelli, mettendo il I a traino del secondo, l'indirizzo promozionale che prende il sopravvento non rimane fedele al principio sotteso all'art. 39: quello introdotto dallo Statuto dei lavoratori è un meccanismo tendenzialmente ristretto a Cgil, Cisl, Uil⁶²¹, che fa ricorso ad un criterio paritario fondato sul consenso presunto dei lavoratori, senza far necessariamente ricorso alla formula *ex pluribus unum*, essendo la cittadinanza sindacale nei luoghi di lavoro qui declinata come plurima (rsa).

Un indirizzo questo, adattabile su misura dell'ordinamento sindacale di fatto, sul tracciato di una promozione senza regolamentazione, di per sé stessa idonea a rispettare alla lettera il principio fondamentale della costituzione "materiale", cioè quello dell'assoluta parità fra le tre confederazioni; ma certo non trasferibile né allora, né tanto meno poi, dall'art. 19 St. lav. all'art. 39 Cost., secondo un processo di retro-azione evolutiva. La Corte costituzionale difenderà strenuamente la natura selettiva della nozione di "maggiormente rappresentativa" contro una certa deriva inflazionistica della giurisprudenza, con decisioni significative, quali Corte cost. n. 334/1988, che considera applicabile la lett. a) solo ad una organizzazione sindacale pluricategoriale, peraltro con la compensazione offerta dalla lett. b) e Corte cost. n. 30/1990⁶²², che giudica l'art. 19 St. lav. norma non definitiva, ma permissiva, con la conseguenza di escludere una consensuale ammissione nei luoghi di lavoro, con l'intero corredo di cui al tit. III St. lav. E lo farà anche all'indomani di quella consultazione referendaria conclusa con l'abrogazione della lett. a) e la manipolazione riduttiva della lett. b). Lo testimonia Corte cost. n. 492/1995, la quale considera ancora applicabile la nozione di "maggiormente rappresentativa" della lett. a), con riguardo alla numerosa legislazione che la richiama e trasforma la portata della lett. b) da norma residuale esterna a norma centrale interna alla nozione ereditata dalla defunta lett. a); ma ancor più Corte cost. n. 244/1996, che s'affanna a render rigida l'interpretazione della sopravvissuta lett. b), destinata a portare ormai l'intera responsabilità della selezione delle oo.ss. ammesse ad usufruire del tit. III St., che sono tenute a partecipare attivamente alla stesura di un contratto normativo, ancor prima di doverlo sottoscrivere⁶²³.

È un tratto sofferto quello percorso da ultimo da una Corte sempre più consapevole del progressivo sfarinamento della nozione portante dell' "anima promozionale" dello Statuto, accompagnata da accorati appelli al Parlamento, perché intervenga ad aggiornarla a misura della profonda modifica della realtà produttiva, occupazionale, sindacale (Corte cost. n. 334/1988; Corte cost. n. 1/1994, sull'ammissibilità dei referendum proposti). Corte cost. n. 244/1996 chiude sostanzialmente questo suo itinerario trentennale, con una sorta di serpente che si mangia la coda, perché per essere ammessi al tavolo negoziale occorre possedere "di fatto" proprio quella forza rappresentativa, che viene riconosciuta "di diritto" solo a seguito della stipula e della firma. Un finale

⁶²¹ Come riconosciuto quasi esplicitamente da Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 334 (in *Mass. giur. lav.*, 1988, pag. 189), che ha incardinato il potere di costituzione delle rsa in capo ai sindacati interconfederali.

⁶²² Sulla sequenza Corte Cost. n. 54/1974; 334/1988; 30/1990 cfr. la lettura di G. FERRARO, *Continuità ed innovazione nella giurisprudenza lavoristica della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, pag. 369.

⁶²³ Una accurata elaborazione delle posizioni dottrinali al riguardo in M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, cit., (specie pag. 245 e segg. su Corte Cost. n. 244/1996). Di recente Cass. 11 gennaio 2008, n. 520 ha ritenuto che fosse sufficiente la sottoscrizione di un contratto gestionale, qui inteso come non normativo per far scattare l'art. 19 lett. b) St. lav. ma in seguito ha riconfermato l'insegnamento del Giudice delle leggi Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, v. entrambe in *Riv. It. Dir. lav.*, 2009, 4, II, pag. 1057, con nota di P. CAMPANELLA, *Natura del contratto collettivo gestionale e rappresentatività per la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali*.

reso più amaro da un legislatore che, del tutto insensibile ai suoi appelli, proprio a cavallo della fine del millennio, comincia a usare la nozione di “comparativamente più rappresentativa”, se possibile ancor più oscura e manipolabile; e ne fa quella dominante di una c.d. contrattazione delegata destinata a divenire alluvionale, senza, peraltro, sostituirla del tutto a quella precedente che torna inspiegabilmente a galla qua e là, quasi che alla fin fine lo stesso legislatore non riuscisse a cogliere la differenza.

Come è ben noto a chi se n'è interessato *funditus*, questa c.d. contrattazione delegata rivela l'assenza di qualsiasi sistematicità, sì da rendere estremamente difficile una ricostruzione tipologica e, di conseguenza, costringere ad una ricognizione meramente descrittiva. In una sintesi estrema, i rinvii possono essere ai contratti collettivi senza ulteriori indicazioni; individuati in base ai livelli (nazionale, territoriale, aziendale); determinati in forza degli ambiti entro cui i sindacati devono essere rappresentativi (sul piano nazionale, territoriale, aziendale); scelti in ragione dei criteri utilizzati per qualificare i sindacati come rappresentativi (maggiormente rappresentativi, comparativamente più rappresentativi); selezionati in relazione ai ruoli svolti (certificativo, integrativo, autorizzatorio, sostitutivo, derogatorio...)⁶²⁴. Ma, poi, si deve prendere atto che spesso c'è un *mix* di elementi di identificazione⁶²⁵, che finisce per rendere assai difficile ogni tentativo ermeneutico di cogliere e spiegare il perché ed il percome in un caso determinato il rinvio sia fatto in un certo modo ed in un altro tutt'affatto simile in un modo diverso, sì da far sospettare un uso disinvolto se non proprio del tutto casuale.

Questo è un primo aspetto per cui sarebbe molto difficile alla Corte dar seguito all'*obiter dictum* di cui alla sua sent. n. 344/1997, perché solo la presenza di agenti collettivi rappresentativi secondo quei criteri rigorosi e trasparenti da lei stessa invocati, potrebbe tentarla a suggellare la conversione di contratti collettivi c.d. di diritto comune in fonti *extra ordinem*. Tentarla e nulla più, perché lei stessa ha riconosciuto, nella sent. n. 334/1988, che il testo costituzionale ricollega strettamente ed inscindibilmente l'effetto *erga omnes* all'uso del criterio proporzionalistico, sicché *simul stabunt, simul cadent*.

Se anche non si volesse tener conto dell'accertata inconsistenza ed incompatibilità con l'art. 39, co. 1, Cost. di quella nozione oggi corrente di “comparativamente più rappresentativa”, resterebbe sulla strada di una Corte che volesse procedere oltre quell'autentico macigno costituito dalla non esportabilità della tecnica messa a punto per una politica promozionale finalizzata alla costituzione di rsa, ad una politica funzionale ad una contrattazione collettiva *erga omnes*, per la ragione già ricordata a suo tempo. La prima può essere facilmente adattata ad un pluralismo concorrenziale, moltiplicando le rsa, senza peraltro escluderne esplicitamente la fusione ed implicitamente la sostituzione con le rsu, come fatto dal tit. III dello Statuto dei lavoratori; la seconda no, perché presupposta una legittimazione negoziale più o meno aperta, che ci restituisca una pluralità di co-protagonisti, diventa indispensabile una formula condivisa, capace di trasformare tale pluralità in quella volontà unica richiesta per licenziare una contrattazione *ultra partes*, qualunque sia il suo livello. Questo rimane vero, anche a prescindere dalla formula fatta propria dalla

⁶²⁴ Sui rinvii, oltre agli autori già citati, cfr. F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 242 e segg.

⁶²⁵ Evidenziati in F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit.

carta fondamentale, cioè proporzionale/associativa, fermo restando che essa dovrebbe comunque essere condivisa, per sua virtù oggettiva, quindi tale da passare l'esame di democraticità.

E, ritornando alla c.d. contrattazione delegata, tutta una certa dottrina si è letteralmente sfinita per dimostrare la potenziale efficacia generale di quella aziendale, previamente sottratta alla copertura dell'art. 39, co. 4. Ma, senza volersi avventurare in un'autentica giungla dove riuscirebbe più facile perdersi che ritrovarsi, c'è da dire che la tendenza prevalente di quella parte della dottrina determinata a riconoscerle un'efficacia generale si manifesta proprio con riguardo alla disciplina collettiva aziendale. Disciplina, peraltro, cui tale efficacia viene attribuita non direttamente, ma solo indirettamente, in quanto ricollegabile ad un atto successivo, di un potere pubblico (di autorizzazione) o dello stesso datore (di regolamentazione)⁶²⁶; oppure ricondotta in base ad un carattere unitario ed inscindibile dell'oggetto, quale costituito dalla singola e specifica unità produttiva di riferimento⁶²⁷. Tant'è che, a fronte del silenzio mantenuto nel corso del tempo, sì da far ricadere sull'interprete il compito di sbrogliare di volta in volta il sempre più arruffato gomitolo, il legislatore interviene, ora, con un vero e proprio *dictat*, per cui un contratto collettivo aziendale, se ed in quanto conforme ad un certo modello, acquisisce, direttamente ed immediatamente, efficacia generale. "Il re nudo" pare gridare il legislatore, con un sospiro di sollievo, solo che quel re è lo stesso testo costituzionale denudato, senza più quell'abituale ritegno, a suo tempo, bollato da qualcuno come comportamento ipocrita, ed apprezzato da qualcun altro come atto dettato dal pudore.

c) L'art. 8 alla luce della duplice interpretazione: "formale e materiale".

Per non dar al lettore l'impressione di averlo portato a spasso senza costrutto, è opportuno sottoporre il testo dell'articolo ad un primo vaglio, utilizzando quanto detto per un giudizio sulla legittimità costituzionale di una contrattazione collettiva aziendale dotata di efficacia generale, cui vien qui da aggiungere un argomento spinto fino al paradosso: se questa dovesse affermarsi rispetto a quasi tutte le aziende, ne deriverebbe a sommatoria quell'efficacia *erga omnes* costituzionalmente riservata alla contrattazione di categoria. A prendere per decisivo tutto il discorso precedente si dovrebbe concludere per un no, secco e netto, con rispetto tanto al regime transitorio di cui al co. 3, quanto al regime definitivo di cui ai co. 1 e 2. Un no, questo, che non risentirebbe del percorso ermeneutico privilegiato, fosse quello "formale", basato sul co. 4 dell'art. 39 Cost., perché interpretato dal Giudice delle leggi in modo da escludere qualsiasi meccanismo alternativo; oppure quello "materiale", basato sul co. 1, perché leggibile secondo un indirizzo consolidato, come tale da ritenere incompatibile con il riconoscimento della libertà sindacale un

⁶²⁶ P. Tosi, *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1985, pag. 369; M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, pag. 280; F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, pag. 40, nota n. 69.

⁶²⁷ L'argomento è utilizzato più dalla giurisprudenza che dalla dottrina: cfr. Cass. 8 maggio 1984, n. 2828, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 628 (in relazione al contratto stipulato da un Consiglio di fabbrica); Cass. 9 dicembre 1988, n. 6695, in *Mass. giust. civ.*, 1988; Cass. 2 maggio 1990, n. 3607, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pag. 384, con nota di E. LUCIFREDI, *In tema di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali* (secondo il S.C. "il contratto aziendale vincola indipendentemente dall'iscrizione ai sindacati stipulanti tutti i lavoratori dell'azienda, stante la natura sostanzialmente *erga omnes* del contratto aziendale che regola unitariamente indivisibili interessi collettivi aziendali dei lavoratori"); nonché, pur se in termini contraddittori, Cass. 5 febbraio 1993, n. 1438, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 297 ss. ed in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, pag. 61 e segg., con nota di L. NOGLER, *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto aziendale*, la quale, se da un lato aderisce alla tesi dell'*erga omnes* discendente dalla indivisibilità degli interessi, d'altro lato dichiara che l'argomento della indivisibilità si ferma di fronte alle disposizioni peggiorative contenute nel contratto, tanto da far risorgere il profilo del conflitto con il principio della libertà di associazione ed organizzazione sindacale.

contratto collettivo efficace non solo nei confronti dei soci del sindacato firmatario, ma anche degli iscritti ad un altro sindacato o dei non iscritti ad alcun sindacato, tanto più se dissenzienti.

Solo che quanto detto rimane la elucubrazione di un dottore in *utroque iure*, del tutto sprovvisto di quel credito che gli veniva accordato in un passato remoto; ma non può essere considerata una previsione circa la pronuncia della Corte costituzionale, se e quando sarà chiamata in causa. Stando ad un'alternativa secca, potrebbe fare una scelta radicale conservatrice, con una sentenza di accoglimento che confermi *apertis verbis* quel che qui è sembrato già deducibile dalla sua pregressa giurisprudenza, cioè la estendibilità dell'art. 39, co. 4 Cost. anche alla contrattazione aziendale, se pur in forza non della lettera, ma della *ratio*; potrebbe fare una scelta radicale innovativa, con una sentenza di rigetto, che affermi *lipsis et tonsoribus* l'esclusione dall'art. 39, co. 4 della contrattazione aziendale, ma non senza se e senza ma.

Non le dovrebbe essere indifferente il duplice problema esistente sulla strada di una contrattazione collettiva ad efficacia generale, cioè la selezione dei rappresentanti dei dipendenti in base a criteri trasparenti, oggettivi, controllabili, nonché l'adozione di una formula capace di realizzare la convergenza "democratica" di quegli stessi rappresentanti. Da questa prospettiva, dando per scontato che l'eccezione sia ancora rilevante per la causa da cui è scaturita, le sarebbe difficile salvare il co. 3 dell'art. 8, che contrasta con la stessa formula consacrata dall'accordo interconfederale del giugno 2011, che significativamente si è astenuto da qualsiasi sanatoria del progresso. Tanto più che tale comma risulta costruito su misura di un unico caso, dove si è ritenuto di poter legittimare un contratto separato, derogatorio rispetto ad un c.c.n.l. unitario non ancora scaduto, se pur costretto a scontare l'intervento successivo di un c.c.n.l. separato; legittimare tutto in forza di un referendum convocato dai due sindacati firmatari.

Più difficile è il discorso sui co. 1 e 2, perché, riguardando il regime definitivo, stimolerebbero la Corte a valutarli non tanto in base ad una astratta correttezza, quanto piuttosto in ragione della loro operatività pratica rispetto ad una situazione in grande sofferenza. Qui la formula fa una migliore impressione, perché la parola decisiva su un contratto collettivo incorporante una specifica intesa destinata ad avere efficacia generale spetta alle rsu a maggioranza dei suoi componenti o alle rsa a maggioranza singola o cumulativa delle deleghe raccolte dalle associazioni sindacali cui fanno capo. Ma, a prendere la questione alla sua radice, quella formula comprensiva di due sistemi alternativi che, ieri, ha costituito una condizione della sua stessa venuta alla luce, potrebbe costituire, domani, la ragione di una sua instabilità. Probabilmente pensata per coprire tutte le categorie, essa potrebbe essere utilizzata *in fraudem* della stessa legge, cioè per abbandonare una rsu controllata da una maggioranza contraria e, poi, ripiegare su una propria rsa, con conseguente messa in crisi della rsu rimasta orfana di una sua componente. E questa non è un'ipotesi fantasiosa, buttata là sol per criticare una legge non condivisa, perché, proprio dalla ricostruzione fattane in apertura, risulta con chiarezza che la vicenda di Pomigliano ne ha offerto una variante, ancor prima che la l. n. 148/2011 vedesse la luce; sicché quel che le si può imputare è di non aver fatto tesoro dell'esperienza.

Un siffatto rinculo da un sistema all'altro non sarebbe di per sé tale da dare carta bianca, perché per licenziare un contratto ad efficacia generale si deve raggiungere quella peculiare maggioranza prevista per le rsa, nonché affrontare un'eventuale consultazione referendaria. Sicché un eventuale ritiro nel *bunker* di una rsa, renderebbe praticabile unicamente la via di un contratto separato, proiettato alla conquista sul campo di un'efficacia generale di fatto, che, non preclusa dall'art. 8, potrebbe, tuttavia, essere resa difficoltosa da una giurisprudenza disposta a dar via

libera ad un uso dell'art. 28 St. lav. in difesa della formula legislativa⁶²⁸.

C'è, dunque, la possibilità implicita della coesistenza di due contratti collettivi, entrambi modellati sul diritto comune, ma differenziati quanto all'efficacia, a seconda che rientrino o meno sotto l'ombrello dell'art. 8. Come ricordato precedentemente, per quanto sia ampia, l'elencazione delle materie trattabili nelle specifiche intese a' sensi dell'art. 8, co. 3 non è affatto esaustiva, sì da lasciar scoperte altre materie, a cominciare da quelle obbligatorie ed a finire con quelle normative. Sicché pare prospettabile in via di ipotesi, da un verso, che contratti collettivi conformi all'art. 8 si estendano oltre le materie incluse, per disciplinarne altre escluse dall'elencazione, peraltro, senza riuscire a dotare anche queste seconde di un'efficacia generale anche in deroga; e, dal verso opposto, che contratti collettivi difformi dall'art. 8, si spingano oltre le materie escluse, per regolare altre incluse nell'elencazione, peraltro, senza poter fornire pure queste ultime di un'efficacia diversa ed ulteriore rispetto a quella codicistica,

Un bel *potpourri*, vien da sbottare. Meglio questo di niente, potrebbe, però, pensare la Corte, sempreché non trovi una qualche scappatoia che le permetta di vedere come la cosa funzioni, essendo facile pronosticare che attraverso la breccia così aperta precipiterà un'autentica valanga di c.d. contrattazione delegata, tutta ricalibrata formalmente sulla dimensione aziendale. Ma se c'è da sperare che al momento di dare semaforo verde ai co. 1 e 2 dell'art. 8 essa abbia già avuto od abbia, contestualmente, l'occasione di ritornare sull'art. 19 lett. b) St. lav., perché è ormai impossibile difendere una "rappresentatività" che di fatto deve precedere la firma di un contratto applicato nella *bargaining unit* di riferimento, ma che di diritto viene riconosciuta in seguito a tale firma. Il perché risulta molto semplice, se si rammenta il *check-up* fatto sopra all'art. 8, co. 1: dato il rinvio all'accordo interconfederale per quanto riguarda le rappresentanti sindacali, queste risultano tutte legittimate, direttamente (rsa) od indirettamente (rsu) a starci sui luoghi di lavoro, in forza e ragione dell'art. 19 lett. b) St. lav. L'intero edificio legislativo poggia su questo sopravvissuto al referendum, condannato a portare un carico per cui non era stato affatto collaudato⁶²⁹, sicché prima di concedere la licenza di abitabilità si sarebbe dovuto eseguire una bella perizia ufficiale, e ove questa fosse risultata negativa, non si sarebbe potuto procedere oltre.

7. (Segue). La problematica legittimità costituzionale di una contrattazione aziendale in deroga alla contrattazione di categoria e/o alla legge.

Secondo il programma che ci si è dati, qui giunti, bisogna ripartire da zero, come se la risposta raggiunta rispetto alla prima domanda fosse risultata contraria, cioè favorevole alla

⁶²⁸ Prima della sequenza di pronunce del 2010/2011 citate alla nota 3, le decisioni che, in un senso o nell'altro, hanno dichiarato l'antisindacalità della condotta del datore che applica *erga omnes* il contratto "separato" si soffermano o sul dato dell'invasione della sfera della libertà di contrattazione di un sindacato da parte dell'altro, aggravato dallo specifico profilo dell'intenzionalità antisindacale o sul dato, ancora più generico, dello squilibrio di fatto che si verrebbe a determinare in azienda a seguito dell'imposizione a tutti i dipendenti di un contratto stipulato solo dai rappresentanti della minoranza. Cfr. l'emblematica pronuncia di Cass. 15 maggio 1987, n. 4487, in *Not. giur. lav.*, 1988, pag. 3; nonché Pret. Bologna 5 maggio 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, pag. 533 con nota di A. PERULLI, *Una nuova frontiera dell'antisindacalità: il contratto aziendale erga omnes*, pag. 535 ss.; nonché in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pag. 848, con nota di F. SCARPELLI, *Ancora in tema di discriminazione nelle trattative: efficacia soggettiva degli accordi stipulati solo con alcune organizzazioni sindacali e procedimento ex art. 28 St. lav.*; ed in *Giur. it.*, 1992, II, c. 257, con nota di A. TURSI, *Accordo aziendale senza il sindacato maggioritario, abuso del diritto e condotta antisindacale*. V. altresì Pret. Milano 30 marzo 1995, in *Or. giur. lav.*, 1995, pag. 541, con nota di S. LIEBMAN, che ha dichiarato antisindacale l'applicazione generalizzata del contratto stipulato con la principale delle organizzazioni tradizionalmente presenti in azienda, nel dissenso delle associazioni minoritarie.

⁶²⁹ Riguardo al ruolo svolto dall'art. 19 St. lav. nelle diverse dimensioni storiche del diritto del lavoro v. P. Tosi, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, cit. pag. 15 e segg.

costituzionalità dell'attribuzione alla contrattazione collettiva aziendale di un'efficacia generale. Così risulta rilevante la risposta alla seconda domanda, circa la legittimità di una contrattazione collettiva aziendale ad efficacia generale, in deroga alla disciplina di categoria o alla normativa di legge, con la precisazione che l'espressione "in deroga" è qui assunta nella sua lettura comune, cioè come diversa, senza curarsi della sua esatta qualificazione giuridica.

Naturalmente si è ben consapevoli del fatto già segnalato, per cui la deroga alla disciplina di categoria è considerata del tutto ammissibile dalla giurisprudenza; e la deroga alla normativa di legge costituisce una collaudata tipologia della c.d. contrattazione delegata. Ma si intende riprendere questa tematica sotto una luce diversa, cioè dalla prospettiva di una deroga che, in forza del co. 2-*bis* dell'art. 8, sia dotata di efficacia generale ex co. 1 e possa essere realizzata nella misura massiccia ed onnipervasiva di cui al co. 2 per verificarne la compatibilità con la Costituzione. Il co. 2-*bis* recita testualmente: "Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle norme comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al co. 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal co. 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro". Ora, pare doversene dedurre che le specifiche intese possono derogare alla legge e/o alla contrattazione di categoria; ma non che solo se ed in quanto siano in deroga alla legge, possano esserlo anche alla contrattazione di categoria: l'espressione "operano anche in deroga" regge sia "alle disposizioni di legge" sia "alle relative regolamentazioni", dove la parola "relative" è riferita alle "alle materie richiamate dal co. 2". Pensare diversamente non avrebbe senso alcuno, perché, da un lato, il testo perderebbe ogni collegamento con l'*accordo interconfederale*, che riguarda ovviamente solo la deroga alla contrattazione di categoria; dall'altro, suonerebbe inutile, dato che non occorre affatto precisare che una deroga alla legge lo è anche alla contrattazione di categoria che la presuppone.

Per quanto riguarda la deroga alla disciplina di categoria si è già avuta occasione di sostenere in precedenza che a risultare problematica non è la sua efficacia generale, dato che senza tale efficacia la deroga stessa risulterebbe impraticabile, per l'impossibilità di realizzarla a pelle di leopardo in un'unica realtà organizzativa; bensì la sua modalità e la sua ampiezza di attuazione. Ci si trova di fronte ad una conformazione eteronoma della struttura contrattuale, che spoglia il I livello a tutto vantaggio del II, cui viene riconosciuto il potere di riscrivere il c.c.n.l., affidandosi esclusivamente al lealismo delle rsu e delle rsa rispetto alle organizzazioni firmatarie dello stesso. Invero alle rsa ed alle rsu non è prefissato dall'alto alcun percorso procedimentale e sostanziale vincolante, come, invece, nell'*accordo interconfederale*; bensì è previsto al massimo un *imput* dall'esterno da parte delle associazioni nazionali e territoriali comparativamente più rappresentative, da cui, peraltro, possono dissociarsi.

Non sembra proprio che letto ed interpretato da questo punto vista, l'art. 8, co. 2-*bis* possa conciliarsi con la nozione classica di autonomia collettiva, quale dedotta dall'art. 39, co. 1, Cost. da parte della dottrina dominante e della consolidata giurisprudenza, non ultima quella della Corte costituzionale. Di questa, a prescindere d'altro, si può ricordare la sentenza n. 124/1991⁶³⁰, circa l'incostituzionalità sopravvenuta della disciplina sull'indennità di contingenza emanata nel 1986: intesa com'è a contenere la crescente tendenza legislativa a comprimere la contrattazione

⁶³⁰ In *Mass. giur. lav.*, 1991, pag. 175.

collettiva, pur se scritta con riguardo alla libertà attribuita alle oo.ss. nella disciplina della retribuzione, è ben estendibile all'autonomia riconosciuta alle stesse nel definire la struttura, l'articolazione, la distribuzione delle competenze del sistema contrattuale.

Una conferma della spregiudicatezza con cui il legislatore considera l'autonomia sindacale - ma questa volta c'è da sospettare, sulla base di un *pressing* comune di Moretti per Trenitalia e dei sindacati di categoria - è costituito dall'art.8, co. 3-*bis*, laddove, con riguardo a quell'art. 36, co. 1, d. lgs. n. 188/2003 ("Attuazione delle direttive 2001/12 CE, 2001/13 CE e 2001/14 CE, in materia ferroviaria), che prevede ulteriori obblighi per le imprese ferroviarie, sostituisce le parole "e la normativa regolamentare, compatibili con la legislazione comunitaria, ed applicate", con "la normativa regolamentare ed i contratti collettivi nazionali di settore, compatibile con la legislazione comunitaria, ed applicati"; nonché, coerentemente, inserisce, poi, "condizioni di lavoro del personale". Il che significa né più né meno che viene predeterminato legislativamente l'ambito applicativo dei c.c.n.l.⁶³¹, si da estenderlo *manu militari* anche alla Ntv di Della Valle e di Montezemolo che già avevano fatto una scelta diversa. A quanto detto, non pare che lo *staff* ministeriale sia particolarmente attrezzato, ma bisognerebbe farlo del tutto sprovveduto per non credere che questo sia stato imposto al fine di mettere in difficoltà la concorrenza fino ad una eventuale futura dichiarazione di incostituzionalità, contando sul fatto che il Parlamento non paga dazio.

Assai più problematica si presenta la questione della contrattazione collettiva in deroga alla legge⁶³², che trova precedenti nella c.d. contrattazione delegata, ma con una differenza di fondo, data *in primis* dalla sua attuale efficacia generale; poi, dalla sua natura di autentica cambiale in bianco, com'è stata battezzata con un'immagine icastica e persuasiva⁶³³. Se la tecnica precedente

⁶³¹ L'operazione ricorda la predeterminazione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo prevista dall'art. 2070 c.c., che, figlio dell'ordinamento corporativo, presuppone(va) la configurazione del contratto collettivo come fonte del diritto: le posizioni dottrinali contrarie all'applicazione della norma (RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia individuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Utet, Torino, 1984, pagg. 38 ss.; FLAMMIA, *Problemi circa l'ambito di applicazione dei contratti collettivi*, in AA.VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, in Suppl. *Not. giur. lav.*, 1990, Roma, pagg. 30-32) sono state recuperate dalla giurisprudenza solo all'inizio degli anni novanta, quando la Cassazione ha finalmente riconosciuto l'incompatibilità tra l'art. 2070 c.c. ed il principio di libertà ed autodeterminazione sindacale: cfr. Cass. 30 gennaio 1992, n. 976, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pag. 531 e soprattutto Cass. S.U. 26 febbraio 1997, n. 2665, in *Not. giur. lav.*, 1997, pag. 163. In particolare, secondo il Supremo Collegio, il concetto di categoria merceologica "come elemento preesistente e prevalente rispetto alle scelte dell'autonomia privata" non può oggi sovrapporsi, pena la contraddizione con la dominante impostazione civilistica abbracciata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, al concetto di categoria contrattuale. Inoltre, la Corte sottolinea l'impossibilità che l'applicazione della norma attribuisca al contratto collettivo di diritto comune una efficacia anche *erga non volentes*, giacché essa non può fondare l'obbligo in sé e per sé di applicazione del contratto, se il datore di lavoro non è iscritto all'associazione sindacale stipulante.

Non va dimenticato peraltro che Corte Cost. 26 giugno 1969, n. 105, in *Foro it.*, 1969, I, col. 2082, aveva sì salvato l'art. 2070 c.c. dalle censure di illegittimità costituzionale, (solo) con riguardo al contratto collettivo recepito in decreto ai sensi della legge n. 741/1959.

⁶³² Si esprime secondo ottimismo A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in corso di pubblicazione in *Mass. giur. lav.*, 2011; nel senso che l'anomalia dell'art. 8, rispetto alla contrattazione delegata, è "rappresentata dall'accordare tale potere ai contratti aziendali e territoriali e non a quelli nazionali" v. M. MAGNANI, *La manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*, in *Cuore&Critica.it*. Parlando di legge si usa una formula ricomprensiva anche di quella regionale tant'è che a quanto risulta da resoconti giornalistici la Regione Toscana avrebbe già avanzato un conflitto di attribuzione in quanto in tal modo si legittimerebbe la contrattazione collettiva aziendale a derogare alla stessa attività legislativa svolta negli ambiti della sua competenza concorrente o addirittura residuale esclusiva o generale che dir si voglia.

⁶³³ Dubbi sotto il profilo dell'ampiezza delle materie in M. MAGNANI, *La manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*, cit.; ritiene invece che "un simile approccio ... può anche aprire una strada per avviare il superamento del rigido dualismo tra un'area forte e una molto poco garantita del nostro mercato del lavoro" R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del D.l. 13 agosto 2011*, pag. 4 (datt.)

era rappresentata da una norma chiusa, definibile *a priori* nella sua applicabilità, a misura di una fattispecie astratta, considerata come variante di una disciplina complessiva tenuta ben presente, sì da riuscire comprensibile, se pur non sempre giustificabile, nella sua *ratio*; la tecnica attuale è costituita da una norma aperta, definibile *a posteriori* nella sua applicazione, a misura di una fattispecie concreta, considerata a sé, sì da risultare spiegabile solo in base ad una generica ed indifferenziata esigenza di flessibilità. Ma non c'è alcuna sostituzione, ma solo una sovrapposizione confusa se non contraddittoria, perché tutta la contrattazione in deroga accumulatasi fino ad oggi sopravvive, non solo come disciplina collettiva tutt'ora vigente, bensì come fonte. Sicché sulle stesse materie avremo la contrattazione in deroga varata, ieri, come già ricordato, con riguardo esclusivo al I livello o al II, oppure alternativo fra il I ed il II livello oppure col livello lasciato indeterminato, senza neppure rivelare alcuna costante nell'individuare le oo.ss. legittimate a trattare: queste ultime possono anche non essere menzionate, ma più spesso lo sono con una notevole varietà, confederazioni, federazioni, strutture territoriali, rappresentanze aziendali, dotate di rappresentatività originale o derivata, declinata a livello nazionale o territoriale, facendo ricorso alla nozione vecchia di "maggiormente rappresentativa" o a quella giovane di "comparativamente rappresentativa". Ma, al contempo, avremo la contrattazione aziendale in deroga licenziata oggi ex art. 8, che può essere attivata dall'esterno tramite l'intervento di associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale; ma con la parola decisiva lasciata alle rappresentanze sindacali aziendali.

C'è da chiedersi come risolvere l'eventuale conflitto che potrebbe insorgere fra un contratto nazionale che a' sensi di un disposto precedente abbia introdotto una deroga alla legge e, rispettivamente, un contratto aziendale che sostituisca quella deroga con un'altra. Considerato che una deroga alla legge realizzata da un contratto, ne diviene una clausola destinata a condividerne in tutto e per tutto interpretazione, durata ed efficacia; ne consegue che se il contratto è di categoria, la clausola in parola appare derogabile dal contratto aziendale concluso secondo l'art. 8, come tale efficace rispetto a tutti dipendenti, se pur, *more solito*, senza essere incorporata nei relativi contratti.

Il che contribuisce a potenziare ulteriormente l'impatto destabilizzante e destrutturante sul sistema contrattuale, sì da rendere ancor più percepibile il contrasto con l'art. 39, co. 1 Cost. Ma il maggior *vulnus* inflitto al testo costituzionale sta altrove, cioè in quella sorta di "licenza di uccidere" concessa alla contrattazione collettiva aziendale ex art. 8 nei confronti del diritto del rapporto individuale del lavoro. Scorrendo l'elencazione delle materie di cui al comma 2, è inevitabile esser colti dal sospetto che quanto si insegnava esser la regola peculiare del diritto del lavoro,

Un esame analitico effettuato istituito per istituto sui limiti costituzionali, comunitari e internazionali alle deroghe sarà effettuato nel corso della settima edizione dei "Seminari di Bertinoro", Bologna 26-27 ottobre 2011, dai colleghi M. Brollo, C. Cester, P. Lambertucci, M. Marazza, M. G. Mattarolo, L. Menghini, G. Santoro Passarelli, R. Voza e G. Zilio Grandi.

Per l'istante con riguardo al diritto comunitario v. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2009, cit. e F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, Utet giuridica, 2010, nonché con particolare riguardo al caso dell'orario di lavoro v. U. CARABELLI, V. LECCESE *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT., 2004, n. 22 e destinato agli *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*. V. ora per una approfondita ricognizione dei limiti derivanti dalle convenzioni internazionali A. PERULLI e V. SPEZIALE, "L'articolo 8 della legge 14 settembre 2001, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro", cit., paragrafo 9.

cioè la sua inderogabilità⁶³⁴, a scalare dalla legge alla contrattazione collettiva, sia venuta meno. Questo, non solo perché la legge cede alla contrattazione collettiva una quota sostanziale della sua primogenitura; ma perché la contrattazione coinvolta non è caratterizzata da astrattezza e generalità, come tipicamente quella categoriale; ma è costruita ed adattata a misura di una congiuntura particolare, come peculiarmente quella aziendale introdotta *ex novo* proprio dall'art.8.

Est modus in rebus. Non è possibile uscirne con un autentico gioco di parole, cioè affermando che l'art. 8 si limita a declassare la legislazione previgente, sì da trasformare l'inderogabilità da regola a potenziale eccezione. Resta pur sempre la sostanza di una scelta, quale caratterizzata dalla modalità operativa e dalla estensione applicativa, che opera una duplice demolizione della gerarchia delle fonti: attinente, la prima, a quella relazione di superiorità della legge rispetto alla stessa autonomia collettiva, che ha rappresentato la caratteristica peculiare del diritto del lavoro, radicata nella sua storia e coesistente alla sua natura; riguardante, la seconda, quella relazione di primazia fra contrattazione di I e di II livello, che ha costituito la base del nostro sistema di contrattazione articolata.

Di fronte alla possibilità di manipolare la normativa, se pur con le migliori intenzioni, resta quella relazione stretta ed inscindibile fra la subordinazione e la relativa dote garantista, quale affermata da Corte cost. n. 121/1993 e Corte cost. n. 115/1994, di cui vale la pena di riportare il passo significativo: "Proprio con la recente sentenza n. 121 del 1993, questa Corte ha affermato che 'non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato'"⁶³⁵. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità di quella disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. Certo, qui occorre effettuare una distinzione: di massima tutta la disciplina giuslavoristica è considerata inderogabile, ma non ne deriva certo che la legge non possa intervenire sia direttamente sia indirettamente, con un'apertura all'autonomia collettiva, per modificarla, ridimensionarla, flessibilizzarla; ma c'è una sorta di nocciolo duro che non può essere intaccato neppure dalla legge, perché se così fosse verrebbe meno la stessa tipicità del contratto/rapporto di lavoro, quale data non da una subordinazione *tout court*, ma di una subordinazione regolata nella sua esplicitazione sì da essere e rimanere strettamente e rigidamente funzionalizzata. Non è facile individuare tale *core*; ma qui si vuol solo dire che c'è spazio per un giudizio sintetico circa la dose quantitativa /qualitativa di deroghe tollerabile, non coincidente con il giudizio analitico circa l'esistenza di questo o quel limite particolare deducibile dall'ordinamento costituzionale, comunitario, internazionale.

⁶³⁴ Sul tema dell'inderogabilità resta ancora classico il testo di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976; da ultimo, C. CESTER, *La norma inderogabile; problemi e fondamenti del diritto del lavoro*, e P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, relazioni alle giornate di Studio Aidlass di Modena del 18-19 aprile 2008 su *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, ora entrambe in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 119, 3, 2008.

⁶³⁵ Corte Costituzionale 31 marzo 1994, n. 115, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, pag. 227: cfr. il commento di M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995; pag. 83 e segg. nonché di L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, pag. 21 e segg.

Certo, non deve essere dimenticato, che la delega in deroga di cui all'art. 8, co. 2-*bis*, non è a parti individuali, ma collettive; e che, una volta incorporata in una specifica intesa, finisce per dividerne natura e durata. Sicché, si obietta, essendo necessario intervenire, meglio farlo per via di una contrattazione delegata conservatrice che di una legislazione demolitrice: là, la normativa sopravvive, se pur a costo d'essere derogabile; qui sparisce. Vero ma, a prescindere dal fatto che a volte può essere meglio se non tagliare di netto, rimodulare una preesistente normativa dandole quella uniformità e certezza di applicazione, quale solo una legge ben fatta può fornire, rimane pur sempre la genericità ed ampiezza della materia derogabile, nonché la sterilizzazione di qualsiasi esplicita responsabilità categoriale su di una contrattazione territoriale/aziendale lasciata a se stessa. Il che è passibile di restituirci una miriade di varianti *in peius*, che, pur rilevando come discipline collettive, di fatto, assorbono norme di leggi, nate per essere applicate uniformemente, e le restituiscono divise e differenziate.

C'è chi ha fatto appello a quel medicamento universale per ogni malanno diagnosticato a carico del nostro testo fondamentale, cioè all'art. 3, data la possibile coesistenza di discipline differenziate⁶³⁶. Certo qui la premessa posta dall'art. 8, co. 1 dovrebbe essere proprio l'esistenza di situazioni diverse, quale testimoniata dalle stesse finalità perseguite, solo che tali finalità sono talmente ampie e generiche da poter ricomprendere tutte le aziende che se ne ritenessero meritevoli secondo una valutazione totalmente rimessa alle parti; sicché tale articolo non garantirebbe affatto già in partenza il rispetto della regola aurea di "trattamenti uguali per condizioni uguali, trattamenti differenti per condizioni differenti", entrando così in conflitto col principio di uguaglianza.

Qui, sembrerebbe tornare utile anche l'art. 117 Cost., come novellato dalla l. cost. n. 3/2001, laddove distribuisce le competenze fra Stato e Regioni, secondo una sequenza ispirata al nuovo spirito "federalista": quelle riservate esplicitamente allo Stato in esclusiva (co. 1); quelle riconosciute esplicitamente allo Stato e alle Regioni, in concorrenza (co. 2); quelle attribuite implicitamente alle Regioni, in via residuale (co. 3). Non è certo questa la sede adatta per ricostruire la vivace *querelle* dottrinale fra statalisti e regionalisti circa la collocazione del diritto del lavoro, dato che il neo-costituente si era lasciato alle spalle, nel co. 2, un richiamo della "tutela e sicurezza del lavoro", nonché un sostanziale rinvio al co. 3, dell'istruzione e della formazione professionale⁶³⁷. Fu la Corte costituzionale a metterci un taglio, riconducendo il lavoro subordinato, come contratto e rapporto, sotto il co. 1, lett. l), laddove ricomprende l'"ordinamento civile", così assegnandolo alla competenza dello Stato in via esclusiva, facendo perno su una argomentazione valida per l'intero contesto privato: non è ammissibile un regime parcellizzato a seconda della Regione di riferimento, perché un diritto che attiene ai rapporti fondamentali del convivere deve

⁶³⁶ Sulla contrarietà all'art. 3 Cost. battono molto A. PERULLI, V. SPEZIALE, "L'articolo 8 della legge 14 settembre 2001, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro", cit., paragrafo 4.

⁶³⁷ F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, pagg. 17-84.

Id., *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in F. CARINCI—M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*, cit., pag. 7 e segg.; nel medesimo senso M. NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, relazione svolta alla giornata di studio *Quale futuro per il diritto del lavoro?*, Milano, 12 aprile 2002; M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pag. 19 ss.; M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, in *Lav. dir.*, 2001, pag. 495; M. G. GAROFALO, *Federalismo, devolution e politiche per l'occupazione*, in *Lav. dir.*, 2001, pag. 463 (e di quest'ultimo autore anche il saggio *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, pag. 401 e segg.).

essere identico sull'intero territorio nazionale (Corte cost. n. 50/2005). Questo comporta che la legislazione regionale non può di massima intervenire, né *in peius*, né *in melius*, perché lo scopo non è quello di assicurare un trattamento minimo, ma di garantire un regime omogeneo, tenuto anche conto dell'art. 117, co. 1, lett. m) Cost., dove l'espressione "livelli essenziali" non equivale assolutamente a livelli minimi, tanto da esser stata assunta da parte della dottrina per offrire una giustificazione alternativa o cumulativa a quella di "ordinamento civile", alla competenza esclusiva dello Stato sull'intero diritto del contratto e del rapporto di lavoro, rendendolo di massima inderogabile a' sensi della stessa carta fondamentale⁶³⁸.

Con questo riesce pienamente coerente quanto previsto dall'art. 120, co. 1 Cost. per cui "La Regione non può...adottare provvedimenti che ostacolino in qualche modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale".

Non è che non ci si renda conto della differenza fra una legislazione regionale che "espropria" una competenza esclusiva dello Stato ed una contrattazione collettiva che "attua" una delega attribuita dal titolare stesso di quella competenza, lo Stato, con la copertura offerta dall'art. 39, co. 1 Cost. Ma la *ratio* è la stessa, perché l'attribuzione di tale competenza esclusiva allo Stato è giustificata dall'essere quella in grado di garantire un trattamento uniforme sull'intero territorio nazionale, sì da non poter né esserne privato né privarsene, almeno non in modo massivo e sostanzialmente incondizionato; non può, senza che rilevi il fatto di privarsene a pro della contrattazione collettiva, perché l'art. 39, co. 1 Cost. assicura sì una protezione, ma non assoluta bensì relativa, come d'altronde fa anche l'art. 40 Cost.

Si può richiamare qui quella contrattazione prevista dalla disciplina legislativa dell'apprendistato - "graziata" dalla giurisprudenza costituzionale – che è legittimata varare una disciplina collettiva con efficacia *erga omnes*, nella cornice costituita dalla leale collaborazione fra Stato e Regioni. Orbene l'art. 46, co. 1 del Collegato lavoro, intervenuto a modificare i principi e i criteri direttivi della delega anche in materia di apprendistato, di cui all'art. 1 l. n. 247/2007, ne sostituisce il comma 30⁶³⁹, relativo alla finalità perseguita, che, ora, è a garanzia dell'"uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

Se questo è lo scenario di fondo pare problematico dare semaforo verde ad una contrattazione aziendale in deroga praticabile in misura tale da poterci restituire una disciplina collettiva largamente modificativa della normativa di legge⁶⁴⁰. Si potrà obiettare che sarà una disciplina

⁶³⁸ Per una approfondita ricostruzione in materia v. R. SALOMONE, "Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale: esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale", Padova, Cedam, 2005.

⁶³⁹ Cfr. il commento all'art. 46 di D. GAROFALO, "Il riordino della disciplina dell'apprendistato al secondo appello, cit., 517.

⁶⁴⁰ D'altronde in senso critico, peraltro, con toni e giudizi diversi, non pochi dei primi commentatori: fra gli altri, P. ICHINO, *La storia (immaginaria) di Irene spiega perché l'art. 8 non può funzionare*, in *Newsletter 19 settembre 2011*, n. 167, in www.pietroichino.it. U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org; R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, in *Nel merito*, 16 settembre, www.nelMerito.com; M. RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza & Libertà – rivista di critica sociale on line*, 8 agosto 2011, www.eguaglianzaeliberta.it; F. SCARPELLI, *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, 9 settembre 2011, www.nelmerito.com; V. FILÌ, *Contrattazione di prossimità poteri di deroga nella Manovra di ferragosto (art. 8, d.l. n. 138/2011)*, in *Lav. giur.*, 2011,

collettiva se pur dotata di efficacia generale; ma la conseguenza resterà se non uguale, certo assai simile, cioè di una falla in una copertura destinata ad essere universale.

Del che aveva piena consapevolezza l'autore dell'art. 8, tanto da pensare di metterci una toppa, aprendo quello stesso co. 2-*bis* che dà via libera alla contrattazione aziendale in deroga, con un "Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro"; peggio la toppa del buco, vien da dire, facendo il verso ad un antico proverbio, perché ad essere costituzionalmente sospetto è, come si è tentato, di dimostrare, tutto il meccanismo predisposto dall'art. 8, prima ancora che divenga operativo, producendo deroghe con riguardo alle materie di cui al comma 2. Dopodiché costituisce un'impresa improba cercare di individuare tali limiti e vincoli norma per norma, confrontandoli con testi che, così come richiamati, complessivamente e genericamente, risultano, come altrettanti cellule staminali, totopotenti, cioè capaci di produrre diverse interpretazioni, con in più complessi e delicati problemi del coordinamento fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, a cominciare da quella clausola di regresso, ridimensionata dalla giurisprudenza comunitaria, ma non dalla nostra. Avere immaginato e congegnato una cosa siffatta è comprensibile solo in una logica da ultima spiaggia, perché vuol dire consegnarsi mani e piedi legati ad una giurisprudenza di certo poco o nulla disponibile a demolire quel diritto del lavoro, che lei stessa ha contribuito a costruire in prima persona: non sarà affatto indotta a coltivare un'eccezione di incostituzionalità, ma potrà aggredire direttamente ed immediatamente il testo collettivo sottopostole, dichiarandolo illegittimo in tutto o in parte. Così quel fenomeno di un diritto del lavoro riducibile da nazionale ad aziendale, pur cambiando il suo peso, da legislativo a collettivo, viene ulteriormente dilatato dal fatto che lo stesso rappezzo giudiziale rimane confinato al caso concreto portato in giudizio.

8. Una battuta finale.

Si lascia al lettore il compito di rapportare quanto detto a proposito della costituzionalità dell'efficacia *ex lege* della contrattazione aziendale, alla contrattazione territoriale: nella sua versione *soft* di generale, operante nei confronti dei lavoratori non sindacalizzati o dissenzienti; ed ancor più nella sua versione *hard* di *erga omnes*, operante nei rispetti dei datori di lavoro terzi.

Il Ministro ha creduto di far proprio il proverbio per cui "chi ha tempo, non aspetti tempo". Ma, a fatto compiuto, pare che di tempo ce ne fosse abbastanza, tanto da poter varare un intervento limitato a ricalcare dappresso l'accordo interconfederale; per, poi, stare a vedere se questo fosse o meno in grado di trovare, sul breve periodo, il consenso delle parti sociali e, sul medio, il visto della Corte costituzionale. E, a fronte del rischio reale che quel tanto agognato visto non sarebbe stato dato, provare ad affrontare, in un periodo programmato e celebrato come costituente, il problema ormai cronico di un art. 39, co. 2 e ss. Cost. che sopravvive fra una formale certificazione di esistenza ed una sostanziale pratica di elusione.

10, pag. 1 e segg. In senso favorevole, oltre alla *defensio*, del presunto autore del testo legislativo, Michele Tiraboschi, disseminata in un profluvio di brevi esternazioni di cui qui si richiama, M. TIRABOSCHI, *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in *Bollettino Adapt*, 12 settembre 2011, n. 29, pag. 1 e segg., v. sostanzialmente, se pur con vari distinguo, R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del D.L. 13 agosto 2011*; M. MAGNANI, *La manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, D. L., 13 agosto 2011, n. 138*; M. MARAZZA, *Prime riflessioni tecniche sull'art. 8 della Manovra*; R. PESSI, *Art. 8 della manovra d'estate e stabilità reale: molto rumore per nulla*; A. VALLEBONA, *Stato sociale principio di responsabilità*, tutti in *Cuore&Critica.it*

Un invito suicida che certo il Ministro avrebbe avuto ragione a non raccogliere; ma un invito che l'addetto ai lavori non può stancarsi di ripetere, perché se lo stallo creato da un pezzo di articolo che c'è e non c'è al tempo stesso, pare insuperabile; proprio quello stallo è ormai tale da compromettere il "vecchio" ed impedire il "nuovo". Tutto il resto pare ricordare il fronte dell'Isonzo nel primo conflitto mondiale, sempre infiammato, ma sempre più o meno immobile, fino al momento del collasso.

Di tempo ce n'era e ce n'è, più di quanto ci si sarebbe aspettati visto il *pressing* del Ministro, perché con quella dichiarazione congiunta messa a postilla dell'*accordo interconfederale*, le parti si sono impegnate a rispettare l'accordo, quindi a disattendere in larga misura l'art. 8, dato che quest'ultimo è ispirato, ma non condizionato più di tanto da quel primo. Il solo che ha dichiarato di volerne usufruire è stato Marchionne: convinto che la Marcegaglia avesse impegnato tutti gli associati a rispettare l'accordo, a discapito dell'art. 8, coll'apporre la sua firma a quella postilla aggiunta a settembre, le ha comunicato il recesso della Fiat dalla Confindustria, con decorrenza dall'inizio dell'anno prossimo⁶⁴¹.

Il minimo che potesse fare, da gentiluomo qual è, nei confronti del Ministro, che si era moltiplicato per quattro, costruendo per lui il co. 3 dell'art. 8. Ma, pur sprovvisto di un motivo per fare un gesto così eclatante, un cenno di ringraziamento pubblico, lo avrebbe potuto fare anche Morretti ed i sindacati ferroviari, visto che lo stesso Ministro si era moltiplicato almeno per due, redigendo per loro il co. 3-*bis*.

Da un intervento congiunturale ad un altro, d'accordo; ma - potrebbe obiettare il saggio di turno che ci avesse accompagnato fin qui, non senza qualche borbottio di insofferenza - che fare altrimenti di fronte all'insuperabile stallo costituito dall'art. 39, co. 4 Cost.? Sarebbe stato meglio seguire il percorso stabilito dall'accordo interconfederale, correndo il rischio calcolato, *vis-à-vis* del testo costituzionale, cioè conferire efficacia generale ad una contrattazione aziendale in deroga alla categoriale, con l'osservanza di una duplice condizione: di una previa regolamentazione effettuata dalla stessa contrattazione categoriale; e di una puntuale disciplina della regola della maggioranza realizzata dalla stessa legge. Il che non avrebbe escluso il fatto di accompagnare tale intervento con un programma legislativo, destinato a comprenderne alcuni altri di c.d. contrattazione contrattata, peraltro preceduti da un riordino complessivo di un'area sempre più comparabile ad un'autentica giungla; ma, soprattutto, deciso ad affrontare ed a sciogliere direttamente alcuni nodi strategici. Per fare solo l'esempio più significativo, il problema dei problemi, quale costituito dalla "sanzione" applicabile ad un licenziamento privo di giusta causa e di motivato motivo, non può essere trasferito sulle spalle di una contrattazione che lo risolva a "spizzichi e bocconi", con sulla testa la spada di Damocle di un'occhiuta giurisprudenza, ma deve essere riservato ad una legislazione apposita.

⁶⁴¹ Peraltro, con lettera 6 ottobre 2011 inviata ai presidenti delle Organizzazioni confederate la Marcegaglia smentiva che vi fosse contrasto "fra le due fondamentali innovazioni che sono state introdotte negli ultimi mesi: l'Accordo interconfederale del 28 giugno, ratificato il 21 settembre, e l'art. 8 della manovra di agosto", per cui "stare dentro il sistema associativo non significa in alcun modo rinunciare ad utilizzare strumenti legislativi che l'art. 8 mette a disposizione delle imprese". Ora la nostra bella e vivace "ereditiera" chiama a sostegno di questa sua affermazione non solo i "principali giuristi del lavoro" ma anche il Ministro del lavoro Sacconi. A costo di non esser considerati fra codesti principali giuristi, certo profumatamente pagati per i loro pareri *pro veritate*, si deve ribadire quanto argomentato in testo, cioè che l'accordo e l'art. 8 sono intimamente e profondamente diversi in più parti; sicché, quanto detto dalla Presidentessa può essere solo interpretato come una smentita della sottoscrizione a suo tempo apposta alla famosa postilla.

È giunto il momento di concedere un breve riposo al *computer*, dovendo, fra non molto, tornare a lavorare su qualche altro prodotto positivo, visto che il criterio seguito dal nostro legislatore è quello di intervenire a modificare o addirittura a rovesciare un testo licenziato dal Parlamento, prima ancora che abbia avuto un minimo di verifica sul campo: non impara da un'esperienza divenuta matura; ma insegna ad un'esperienza condannata a restare sempre vergine. Il che permette ad un'accademia assistita da una stabilità ultraterrena, di vivere - non per sé ma per la materia che studia - una sensazione di precarietà, tale da invogliarla ad una pigrizia sterile o stimolarla ad una attività feconda, senza che sia possibile dire con certezza quale scelta sia più opportuna per la c.d. scienza giuridica, sì da dover lasciare ai posteri "l'ardua sentenza".