

Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*

Tiziano Treu

1. La sottovalutazione storica delle regole.	128
2. Reiterati e fragili tentativi di autoregolazione.	128
3. Motivi di criticità: decentramento contrattuale e frammentazione dei lavori.	130
4. Cont.: Globalizzazione e diversificazione delle imprese.	131
5. Cont.: Variabilità dei perimetri contrattuali.	132
6. Unicità dell'unità contrattuale e libertà sindacale: il caso tedesco.	133
7. Inapplicabilità della soluzione tedesca al nostro sistema.	134
8. Procedure non regole rigide.	135
9. Autonomia collettiva e definizione eteronoma delle categorie contrattuali.	136
10. Regole certe come presupposto per un "erga omnes" salariale.	139
11. Criteri di rappresentatività sindacale.	141
12. La rappresentatività delle associazioni datoriali.	143
13. Utilità e limiti dell'intervento legislativo sul sistema contrattuale.	144
14. Nuove tecniche per la regolazione dei contenuti contrattuali: mansioni e orari di lavoro.	145

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 396/2019

1. La sottovalutazione storica delle regole.

Le parti delle nostre relazioni industriali hanno sempre sottovalutato l'importanza delle regole, specie di quelle di sistema che ne definiscono gli assetti fondamentali.

Anche quando i rapporti fra sindacati e imprenditori, passato il periodo dell'immediato dopoguerra, hanno intrapreso un percorso di sviluppo assumendo strutture e contenuti simili a quelli degli ordinamenti sviluppati, la questione delle regole è stata a lungo rimossa. Poi, nel periodo del pluralismo, è stata affrontata essenzialmente con lo strumento della autoregolazione.

Tale approccio rifletteva per un verso la diffidenza degli attori sociali, radicata nella nostra storia, nei confronti di interventi dello Stato, non solo del legislatore ma anche dell'amministrazione; per altro verso manifestava una fiducia nella capacità delle parti di regolare in via contrattuale non solo i contenuti dei rapporti individuali di lavoro ma anche le dinamiche del sistema. Si tratta di una fiducia sorprendente se si considera l'alto tasso di conflittualità a lungo presente nelle nostre relazioni industriali, che non riguardava solo aspetti di dettaglio ma gli stessi orientamenti fondamentali delle politiche sindacali e del lavoro. Eppure non c'è dubbio che, sia pure fra non poche contraddizioni, le regole definite fra le parti fino al livello confederale hanno raggiunto nel tempo un alto grado di complessità e precisione nella definizione dei punti principali dell'ordinamento: dalle strutture della contrattazione collettiva, alle manifestazioni dello sciopero specie nei servizi pubblici essenziali, e più di recente ai criteri per definire la rappresentatività delle parti. Di tale capacità regolatoria è emblematico già il patto sociale del 1993.

L'impegno delle parti sociali nel consolidare e aggiornare questo complesso regolatorio è continuato negli anni fino ad oggi. E non è di poco conto che tale impegno, con la produzione di molteplici regole specie confederali, sia durato attraverso diversi governi di vario orientamento, compresi alcuni se non ostili alla attività sindacale, certo meno inclini a sostenere lo sforzo regolatorio delle parti di quanto fosse stato in passato. Non a caso tali regole negli ultimi anni si sono perfezionate fra le parti senza la presenza attiva del governo, come invece era stato nel 1993.³⁶⁵

2. Reiterati e fragili tentativi di autoregolazione.

Tutto ciò conferma la responsabilità delle parti sociali e la loro volontà di essere protagonisti della regolazione delle relazioni industriali. Ma al tempo stesso nasconde un'indubbia fragilità. La reiterazione degli accordi confederali è servita a perfezionare alcuni aspetti della regolazione, ma nasconde elementi di debolezza, cioè in sostanza la mancanza di consenso o il consenso solo parziale su alcuni punti critici degli accordi; e ciò a causa di divergenze non solo fra le parti contrapposte, sindacati e imprenditori ma anche interni alle confederazioni e alle categorie sindacali.

Sono emblematiche le questioni, in parte ancora aperte, dei poteri e della struttura delle rappresentanze sindacali, dei rapporti fra queste e le organizzazioni di categoria e territoriali, delle condizioni di perfezionamento dei contratti collettivi da parte delle stesse strutture sindacali e nei rapporti con la generalità dei lavoratori, in primis del ruolo del referendum.

³⁶⁵ Cfr. da ultimo la visione sinottica e i commenti di M. Faioli, *Protocollo e accordi sulla rappresentatività e la contrattazione collettiva. Quadro della situazione al 2018*, in CNEL, *XX Rapporto sul mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, p. 277-8; e R. Benaglia, *Assetti e contenuti della contrattazione collettiva. Cosa è stato fatto. Cosa manca*, in *Relazioni Industriali e contrattazione collettiva*, Working Papers Fondazione Tarantelli, n. 16/2019, p. 11 ss.

La definizione di questi aspetti e le loro criticità dipendono dalle complesse dinamiche interne delle diverse organizzazioni sindacali, dalla loro storia e ideologia. Esse sono stati infatti oggetto di dibattito fra le maggiori confederazioni sindacali, mentre le organizzazioni datoriali si sono sostanzialmente limitate a prendere atto gli esiti del dibattito, pur essendovi interessate per i loro riflessi sui comportamenti esterni del sindacato.

Viceversa gli assetti contrattuali, in particolare i rapporti fra i diversi livelli della struttura contrattuale italiana, sono oggetto da sempre di confronto, anzi di accesa contrattazione fra le organizzazioni delle due parti, talora con l'intervento dei governi. Il che è del tutto comprensibile, perché in un sistema complesso basato su una contrattazione multilivello come quello italiano, i rapporti fra livelli contrattuali sono centrali per determinare la direzione complessiva delle relazioni industriali e spesso il loro impatto sulle stesse politiche economiche e sociali del paese.

Questi aspetti di struttura hanno ricevuto soluzioni variabili nel tempo, si può dire fin dalle origini della contrattazione articolata degli anni 60, con ricorrenti tentativi di razionalizzazione da parte dei vertici dei sindacati e delle organizzazioni degli imprenditori. Ma le direttive provenienti dalle confederazioni, comprese quelle più articolate raggiunte dal patto del 1993, dal testo unico fra Confindustria e CGIL, CISL e UIL del 2014, e dal cd. "patto della fabbrica" del marzo 2018 fra le medesime parti, sono state esposte a condizionamenti non solo esterni, ma provenienti dalle diverse categorie, a cominciare da quelle più forti che sono storicamente caratterizzate da orientamenti diversi, come i metalmeccanici, i chimici e poi i servizi, per non parlare del pubblico impiego che fa storia a parte.

Le regole concordate dai vertici confederali hanno sempre risentito di tali condizionamenti, come si vede dai frequenti rinvii da parte degli accordi confederali alle diverse categorie, per specificazioni e varianti su singoli aspetti, talora per vere e proprie eccezioni ammesse alla disciplina confederale oppure ancora dai silenzi e non detti su singoli punti critici.

Tali accordi costituiscono una specie di *soft law* contrattuale che punta a fissare obiettivi di massima lasciando alle categorie la scelta dei tempi e dei modi per procedere nelle direzioni segnalate. Tale carattere è confermato anche dal recente "patto della fabbrica", un documento di indubbio impegno strategico, ma aperto su varie questioni, perché preoccupato di tenere insieme tendenze alquanto diverse fra le maggiori categorie soprattutto industriali.

A guardare in retrospettiva si può ritenere, e anch'io mi sono espresso in tal senso,³⁶⁶ che questo assetto di regolazione soft, a bassa istituzionalizzazione, ha avuto il merito di "tenere insieme" il nostro sistema di relazioni industriali. Il che non è poco, considerate le tensioni presenti nel sistema italiano, quelle interne, non solo organizzative ma ideali mai sopite, e quelle indotte dall'esterno da diversi governi e tendenze politiche.

Questa relativa tenuta non significa che il nostro sistema di relazioni industriali, in particolare la contrattazione collettiva, abbia avuto performance ottimali. Anche osservatori non prevenuti

³⁶⁶ Cfr. anche per una ricostruzione storica, M. Carrieri, T. Treu, *Introduzione, Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in M. Carrieri, T. Treu, *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013, p. 63 ss.; e T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza*, in *Salari, produttività, diseguaglianze*, Arel, il Mulino, 2017, p. 335 ss.

hanno rilevato che la bassa istituzionalizzazione ha contribuito a ridurre l'efficacia del sistema³⁶⁷ che è riscontrabile per vari aspetti: dalla scarsa dinamica salariale, ai dualismi che attraversano le relazioni industriali italiane, certo non tutte dipendenti da debolezze dei rapporti fra le parti ma aggravate dalle condizioni di contesto economiche e politiche.

A dire il vero tali valutazioni sul funzionamento delle nostre relazioni industriali sono approssimative; per essere avvalorate richiederebbero indagini approfondite dei vari prodotti della contrattazione collettiva condotte su dati attendibili, rilevate nel lungo periodo nonché sostenute da un buon grado di condivisione almeno dei parametri fondamentali da utilizzare.

3. Motivi di criticità: decentramento contrattuale e frammentazione dei lavori.

In ogni modo un punto emblematico delle difficoltà del sistema riguarda la sua incerta reazione alle tendenze verso il decentramento che sono presenti in molti aspetti dell'economia.³⁶⁸

Lo scostamento recente dal tradizionale assetto centralizzato della nostra contrattazione collettiva è stato indubbio, ma anche alquanto contrastato e oggetto di valutazioni opposte. Secondo alcuni il decentramento contrattuale finora realizzato è ancora insufficiente per rispondere alle esigenze della nuova economia, come si desume dal fatto che il contratto nazionale di categoria determina ancora la grande parte delle dinamiche salariali, lasciando poco spazio alla contrattazione decentrata per riflettere le diverse condizioni produttive e organizzative delle singole aziende. Per altro verso tale livello contrattuale, nonostante gli incentivi previsti da diverse leggi recenti, non riesce a raggiungere se non in parte minoritaria l'universo delle piccole e piccolissime imprese che popolano il nostro sistema economico.

È così che il panorama delle relazioni industriali italiane, sotto la copertura del contratto nazionale di categoria, si caratterizza per divergenze marcate, non sempre collegate con le condizioni ed esigenze oggettive delle varie realtà produttive, ma determinate dalle variabili contingenze delle imprese e condizionate dai dualismi propri del nostro sistema economico.

D'altra parte anche il legislatore ha dato input diversi al riguardo; dall'articolo 8 della legge 148/2011 di conversione del decreto legge 138/2011, di significato potenzialmente dirompente sul sistema contrattuale, ma in realtà utilizzato con cautela dalle parti, all'articolo 51 del decreto 81 del 2015 il cui indubbio favore per il decentramento contrattuale ha aperto la strada a scelte diverse delle parti sociali.

Quale che sia il giudizio sulle recenti vicende, il nostro assetto di relazioni industriali si sta rivelando sempre meno adatto a fronteggiare le trasformazioni del mondo del lavoro e le turbolenze dell'economia globale. La sfida posta da questa grande trasformazione va oltre questi aspetti spe-

³⁶⁷ Cfr. fra i tanti M. Rusciano, *Legiferare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro*, LD, 2016, p. 953 ss.; B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 453.

³⁶⁸ T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza*, cit., p. 339 ss. Il problema non è solo italiano ma riguarda la gran parte degli ordinamenti contrattuali europei: cfr. S. Leonardi, R. Pedersini, *Multitemployer bargaining under pressure. Decentralization trends in five european countries*, ETUI, Bruxelles, 2018, spec. cap. 1 e cap. 9; T. Mueller, K. Vandaele, J. Weddington (eds), *Collective bargaining in Europe; towards an endgame*, ETUI, Bruxelles, 2019, spec. cap. 1 e cap. 30.

cifici, perché investe le basi su cui si è costruito il sistema di relazioni industriali e rimette in discussione dalle fondamenta le strategie delle parti nei rapporti collettivi come in quelli produttivi. Investe la stessa concezione o, come si dice, il paradigma della nostra materia.

La incertezza e la fragilità delle regole riguardanti la rappresentatività e la struttura della contrattazione che sono state centrali nella regolazione del lavoro indeboliscono la capacità di reazione di questa parte dell'ordinamento e di conseguenza dell'intero sistema nazionale alle sfide della nuova economia. Tale situazione di incertezza favorisce infatti le tendenze già presenti alla disgregazione e frammentazione delle posizioni degli interessi sia dei lavoratori sia delle imprese. Come ho già avuto modo di sostenere, le sfide delle trasformazioni in atto sono anche più dirette e gravi per il sistema delle relazioni industriali di quanto non siano per i rapporti individuali di lavoro.³⁶⁹ Sono gravi, perché indeboliscono o svuotano le condizioni materiali e persino antropologiche che sostanziano l'azione collettiva: quella azione su cui nostri modelli sociali hanno puntato per rafforzare, talora più che sulla legge, il lavoratore contraente debole nei confronti del datore di lavoro.

L'alterazione di queste condizioni comporta effetti negativi su entrambi i versanti dei lavoratori e delle imprese. La variabilità e la frammentazione dei lavori rendono difficile la sindacalizzazione, non solo per motivi organizzativi, ma perché diversificano con modalità nuove e difficili da interpretare anche da sindacati attenti ai bisogni e alle aspettative dei lavoratori. Lo si vede dagli scarsi risultati ottenuti anche dai tentativi più coraggiosi di innovazione nelle pratiche di proselitismo e di rivitalizzazione del sindacalismo di vari paesi.

Non a caso le esperienze di coinvolgimento e di organizzazione dei nuovi lavoratori digitali, di cui i "riders" sono solo una manifestazione specifica, hanno finora fatto poca strada. Gli esiti sono scoraggianti non solo per le iniziative avviate dai sindacati storici tramite la costituzione di organismi dedicati alle categorie di lavoratori atipici; non sono migliori per le iniziative dei movimenti di aggregazione spontanea.

4. Cont.: Globalizzazione e diversificazione delle imprese.

La diversificazione delle forme delle attività d'impresa ha implicazioni non meno evidenti per le sorti delle relazioni industriali, anche se finora sono meno studiate delle trasformazioni riguardanti il lavoro.³⁷⁰

Un aspetto macroscopico è la crescita delle dimensioni sovranazionali dell'impresa ormai accessibili anche a molte aziende di media grandezza. Questi player sovranazionali esercitano una influenza crescente che sfugge del tutto all'ambito tradizionale delle relazioni industriali le quali sono ancora essenzialmente nazionali.³⁷¹

³⁶⁹ T. Treu, *Transformations of work: challenges to national systems of labour law and social security*, in *Transformations of work challenges for the institutions and social actors*, G. Casale, T. Treu (eds), W. Kluwers, *Bulletin of comparative Labor Relations*, 105, 2019, p. 385.

³⁷⁰ Cfr. M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione della regola del diritto*, DLRI, 2010, p. 203 ss.; V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, DLRI, 2010, p. 1 ss.

³⁷¹ Il tema è al centro del dibattito internazionale: v. F. Guarriello, *Transnational collective agreements*, in T. Treu, G. Casale (eds), *Transformations of work*, *Bulletin of comparative Labor Relations*, W. Kluwers, 2019, p. 203; F. Guarriello, C. Stanzani (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, Franco Angeli, 2018, p. 208 ss.

Da una parte tendono a svuotare la funzione storica della contrattazione di categoria che è quella di togliere i salari dalla concorrenza; dall'altra attivano forme nuove di relazioni di lavoro con inediti gradi di libertà e senza interferenze da parte dei poteri statali, perché le loro iniziative nella gestione delle risorse umane si svolgono in forme unilaterali o talora concordate con i propri consigli aziendali e meno frequentemente con le ancora deboli organizzazioni sindacali internazionali.

Meno visibile e meno osservato è l'impatto che la diversificazione delle imprese e dei sistemi produttivi esercita su un altro cardine storico delle relazioni industriali, cioè sulle categorie merceologiche e sui loro confini.

Nei sistemi come il nostro che hanno sempre avuto come baricentro il contratto di categoria, l'oscurarsi e il segmentarsi dei confini fra le categorie fanno venir meno l'*ubi consistam* sia della struttura contrattuale sia della stessa rappresentanza sindacale e datoriale.

Non a caso è solo di recente che il problema della rappresentatività si è posto anche per le associazioni datoriali oltre che per i sindacati dei lavoratori.³⁷² La crescente concorrenza esercitata nei confronti delle associazioni datoriali storiche da nuove aggregazioni di imprese ha motivi diversi. *In primis* riflette la ricerca di margini di costo e di nuove flessibilità, ma persegue anche l'obiettivo di operare in aree produttive nuove ritagliate a margine o all'interno delle categorie storiche, sulla cui specialità si intende fondare la propria azione rappresentativa e legittimarla nei confronti delle controparti sindacali e talora degli stessi pubblici poteri.

5. Cont.: Variabilità dei perimetri contrattuali.

Il cambiamento dei perimetri entro cui svolgere l'attività rappresentativa è un fattore potenzialmente destabilizzante per entrambe le organizzazioni, sindacali e datoriali, e per l'equilibrio del sistema contrattuale. Anche perché l'incertezza dei confini storici può essere sfruttata in modo non necessariamente convergente dalle organizzazioni delle due parti, non solo quelle nuove ma anche da quelle tradizionali. Ad esempio, una organizzazione datoriale che voglia forzare i tradizionali confini di rappresentanza può perseguire questo risultato attraverso un accordo con un sindacato interessato anch'esso per motivi diversi alla possibilità di estendere il proprio ambito di azione.

Situazioni simili si stanno verificando ad esempio nei confini fra settori industriali e settori di attività artigiane, con la conseguenza di dare luogo a controversie giurisdizionali finora inedite del nostro sistema. È significativo che a tale questione dedichi una attenzione specifica il patto della fabbrica fra Confindustria Cgil Cisl e Uil del 2018 che impegna le confederazioni stipulanti a esercitare un'attenta verifica dei perimetri di attività delle organizzazioni loro aderenti e quindi dei relativi contratti. un simile impegno peraltro, come ogni clausola della nostra contrattazione in questo caso della cosiddetta parte obbligatoria, può operare esclusivamente rispetto alle organizzazioni associate alle confederazioni stipulanti e quindi solo per la definizione dei perimetri interni al sistema industriale.

È da notare che tale questione si è presentata in termini simili nei sistemi di relazioni industriali di altri paesi europei pure più assestati del nostro a riprova del suo fondamento strutturale. Essa

³⁷² Cfr. M. Forlivesi, *La rappresentatività datoriale, funzioni, modelli, indici di accertamento*, LD, 2018, p. 521; M. Marazza, *Perimetri e rappresentanza sindacale, (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, LL Issues, 2018, 4, 2; V. Papa, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, Torino, spec. p. 133 ss.

ha sollevato non poche controversie di principio, come dimostrano in particolare le vicende dell'ordinamento tedesco e gli interventi della Corte costituzionale di quel paese.

6. Unicità dell'unità contrattuale e libertà sindacale: il caso tedesco.

Anche in quel paese, dove pure il sistema contrattuale è regolato con norme di legge, la capacità di governare il pluralismo sindacale è andata scemando con rapidità impressionante per motivi simili a quelli presenti in molti ordinamenti del lavoro: da una parte la desocializzazione che investe tutti gli ambiti della nostra vita e dall'altra il fatto che i confini dei settori merceologici si spostano di frequente. Per quanto qui interessa è da segnalare che gli interventi d'autorità nella soluzione nelle controversie interne al sistema sindacale, in particolare quelle riguardanti i conflitti tra diversi contratti collettivi relativi alle stesse unità produttive, sono stati ritenuti incostituzionali dalla giurisprudenza tedesca, perché in contrasto con il principio di libertà sindacale che comprende l'autodeterminazione sull'ordine interno delle organizzazioni sindacali.³⁷³

D'altra parte anche le indicazioni della giurisprudenza di quel paese chiamata a dirimere tali controversie e a far valere l'unicità dell'unità contrattuale in base al principio di specialità si sono rivelate non sempre sufficienti. Così al problema è stata data risposta dal legislatore con la legge 10 luglio 2015 che ha regolato il concorso /conflitto fra contratti collettivi secondo il principio della prevalenza del contratto sottoscritto dalla organizzazione sindacale che dimostra di avere il maggior numero di iscritti tra i lavoratori dell'unità produttiva.

La Corte Costituzionale, con decisione 11 luglio 2017, respingendo vari ricorsi, ha confermato la legittimità della legge ritenendo che il legislatore può intervenire per regolare i presupposti strutturali che "consentono alla contrattazione collettiva di svolgersi in un contesto di equa parità sociale e di conseguenza di produrre adeguate condizioni di lavoro ed economiche" e che "la legge deve agire quando sopraggiungano guasti durevoli nella capacità di funzionamento del sistema di contrattazione collettiva". La Corte ha peraltro precisato che tali condizioni devono essere interpretate in senso restrittivo in nome della tutela della libertà sindacale e che il legislatore è tenuto a prevedere condizioni nella conclusione del contratto collettivo maggioritario affinché questo tenga in adeguato conto gli interessi dei gruppi professionali che subiscono la regola della maggioranza. Infine è significativo che secondo la stessa Corte la legge in questione deve ritenersi nella disponibilità delle parti collettive coinvolte, le quali possono quindi adottare una disciplina collettiva diversa, a condizione che sia concordata in modo unitario da tutte le organizzazioni collettive coinvolte.

Le vicende richiamate, anche se riguardanti un contesto diverso dal nostro, possono dare qualche spunto di riflessione per le questioni che si sono presentate nell'ordinamento italiano. Anzitutto per segnalare come il principio di libertà sindacale che la Costituzione italiana sancisce al pari di quella tedesca ponga limiti precisi all'intervento del legislatore nelle dinamiche della contrattazione collettiva che della libertà sindacale è espressione. Un intervento del legislatore quale

³⁷³ Cfr. M. Fuchs, *La contrattazione collettiva in Italia, vista con occhiali tedeschi*, DL, 2016, p. 933; M. Fuchs, *Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco*, DLM, 2018, p. 212 ss., con analisi critica del principio dell'unità contrattuale, che dopo essere stato a lungo applicato è stato respinto dal BAG in quanto contrario alla libertà di coalizione di cui all'art.9 della Costituzione tedesca.

quello attuato in prima istanza nel sistema tedesco che definisse di autorità i perimetri della contrattazione collettiva difficilmente potrebbe sfuggire alle stesse obiezioni di costituzionalità avanzate dalla corte di quel paese.

Una simile conclusione è conforme a tutta la tradizione dottrinale italiana secondo cui la definizione delle categorie merceologiche e contrattuali è corollario imprescindibile della libertà dell'organizzazione sindacale e quindi esclude ogni intervento d'autorità e una concezione ontologica della categoria, quella invece implicita nell'articolo 2070 del codice civile.

D'altra parte la soluzione introdotta dalla legge del 2015 ha passato il vaglio della Corte tedesca con non pochi distinguo e precisazioni, in particolare con l'argomento che la norma non toccherebbe il principio dell'autodeterminazione dell'ordine interno sindacale, ma disciplinerebbe piuttosto il concorso nell'unità produttiva di più contratti collettivi. Essa sarebbe giustificata per evitare guasti durevoli alla funzionalità del sistema e inoltre solo a condizione che si rispetti il principio di proporzionalità e mantenga le garanzie sopracitate a tutela della libertà delle minoranze e del diritto di sciopero.³⁷⁴

Senza voler entrare nel merito delle vicende menzionate, rilevo che la soluzione adottata dal legislatore tedesco per superare le obiezioni di costituzionalità sollevate in passato, evita di affrontare la questione dei confini fra le categorie contrattuali e di decidere in merito. Viceversa si riferisce all'ambito dell'impresa che è di per sé un punto di incidenza dei contratti su cui non c'è questione, e fa dipendere la prevalenza di un contratto soltanto da un elemento quale il grado di presenza associativa del sindacato stipulante che è rispettoso del tutto della libertà sindacale.

7. Inapplicabilità della soluzione tedesca al nostro sistema.

Quale che sia la persuasività costituzionale di tale argomento nel contesto tedesco, l'applicazione di una simile soluzione nel nostro ordinamento incontrerebbe non poche difficoltà e avrebbe un impatto carico di conseguenze sull'intero sistema tale da richiedere un'attenta valutazione. Far dipendere la scelta in caso di concorso/confitto fra diversi contratti dalla presenza sindacale nella singola impresa spingerebbe a una ulteriore aziendalizzazione delle nostre relazioni industriali, cioè in una direzione fortemente controversa nel sindacato e vista con preoccupazione dalle stesse organizzazioni datoriali.

Più specificamente comporterebbe una differenziazione delle condizioni di lavoro su base aziendale a seguito dell'applicazione dei contratti di categoria diversi a imprese dello stesso settore, a seconda delle zone di influenza sindacale. L'impatto complessivo di una simile soluzione sul nostro assetto contrattuale sarebbe più consistente di quanto non possa essere in quello tedesco dove la metà dei contratti collettivi ha già un ambito di efficacia circoscritto a una singola azienda.

Non a caso all'acutizzarsi dei fenomeni di frammentazione rappresentativa e categoriale le nostre parti sociali hanno risposto, da ultimo nel citato patto della fabbrica, con l'impegno a mettere in atto un percorso specifico di ricognizione e di certificazione sia dei perimetri della contrattazione collettiva nazionale di categoria per valutarne l'adeguatezza rispetto ai processi di trasformazione in corso nell'economia sia dei soggetti firmatari di contratti collettivi nazionali di categoria al fine di accertarne sulla base di dati oggettivi l'effettiva rappresentatività. A seguito di tale ricognizione

³⁷⁴ V. ancora M. Fuchs, *Il principio dell'unità contrattuale*, cit., 222 ss.

le parti si sono impegnate ad adottare regole che assicurino il rispetto della contrattazione e dei suoi contenuti.

8. Procedure non regole rigide.

In realtà un simile percorso può difficilmente pervenire a definizioni certe e stabili dei perimetri che garantiscano una più stretta correlazione tra contratti collettivi nazionali applicati e reale attività di impresa. La mutevolezza dei sistemi produttivi e delle forme di lavoro che è all'origine del problema non si può eliminare una volta per tutte solo perché se ne danno carico le parti invece che il legislatore o la giurisprudenza.

La verità è che il governo di simili rapporti richiede un approccio diverso, non definitorio ma essenzialmente procedurale con l'attivazione cioè di procedure di esame e di monitoraggio fra le parti che permettano di adeguare le soluzioni contrattuali alle realtà produttive e alla loro evoluzione. Questa tecnica procedurale è poco approfondita e ancora meno praticata dalle nostre parti sociali, che hanno sempre trascurato la parte istituzionale e obbligatoria dei contratti collettivi e hanno sempre esitato a sostenerne l'effettività con meccanismi sanzionatori. Di conseguenza questa strumentazione contrattuale ha perso di significato, perché tecniche simili per essere effettive presuppongono sistemi di monitoraggio continuo e strumenti sanzionatori. La mancanza di tali strumenti rende precario l'impegno scritto nel patto della fabbrica, di voler assicurare il rispetto dei perimetri della contrattazione collettiva e dei suoi contenuti.

La utilità di procedure del genere è avvalorata dal fatto che esse sono state adottate in altri ordinamenti anche in tema di controversie giurisdizionali. La loro diffusione è presente non solo negli ordinamenti anglosassoni dove vige una concezione del contratto collettivo meno normativa e più procedurale della nostra e dove si sono sviluppate le forme di amministrazione e di risoluzione congiunta delle controversie relative all'applicazione del contratto; ma anche nel sistema tedesco dove proprio in relazione alla questione sopracitata tutti i sindacati della DGB hanno stabilito nello statuto il principio che uno solo di loro può essere competente a svolgere la contrattazione collettiva in una determinata azienda al fine di evitare le competizioni interne. Per dare concretezza a questo principio lo statuto della DGB prevede apposite procedure di decisione, compreso un collegio di arbitrato interno competente a decidere i conflitti di competenza.³⁷⁵ Un simile sistema che si basa sulla volontarietà e sulla trasparenza (ma con una formula di chiusura arbitrale), è stato dichiarato legittimo dal tribunale federale del lavoro, il quale ha escluso che esso violi la libertà di coalizione; e ha manifestato una buona tenuta in quanto i tribunali del lavoro si orientano secondo le decisioni del collegio arbitrale stabilito all'interno della DGB.

La scelta delle parti del patto della fabbrica di perseguire congiuntamente a livello confederale la composizione consensuale delle controversie giurisdizionali denota la consapevolezza della gravità della questione. Le prime esperienze in sede del Cnel, cui le parti del patto hanno ritenuto di affidare il compito di accompagnare questo percorso, confermano la complessità della questione e la difficoltà di affrontare con accordi estemporanei caso per caso fra le singole parti della controversia. Del resto la storia mostra che le controversie "giurisdizionali" sono fra le più difficili da comporre fra le parti, perché toccano questioni di identità e di sopravvivenza delle organizzazioni.

³⁷⁵ V. M. Fuchs, *La Contrattazione collettiva*, cit., p. 933 e ID, *Il principio dell'unità contrattuale*, cit., p. 213 ss.

Ma una simile procedura, se può essere utile a risolvere controversie interne alle parti che l'hanno posta in essere, risente di un limite intrinseco, come l'intero sistema privatistico di relazioni industriali, cioè quello di operare come effetti solo fra le parti stipulanti.

Questo è un limite tanto più grave in quanto le rotture dei tradizionali confini categoriali, come di altre regole consolidate, siano operate da organizzazioni esterne alle parti contraenti, o addirittura ai soggetti storici delle relazioni industriali, i quali ricercano proprio con la rottura di questi assetti tradizionali il motivo di esistenza e la loro legittimazione.

9. Autonomia collettiva e definizione eteronoma delle categorie contrattuali.

L'analisi sin qui svolta conferma che l'attuale situazione di incertezza non può risolversi ricorrendo a interventi legislativi diretti che sono preclusi.

Resta evidentemente l'intervento della magistratura. In realtà la nostra giurisprudenza, nei pochi casi in cui è intervenuta in materia, ha precisato che l'art. 2070 Cod. Civ. non è riferibile come tale alla contrattazione collettiva perché è inconciliabile con la natura privatistica di questa. Quindi ha escluso che il lavoratore possa pretendere la applicazione di un contratto collettivo diverso da quello adottato dal suo datore di lavoro anche se non corrispondente alla categoria merceologica in cui è inquadrata l'impresa, salvo che tale contratto non violi il principio dell'art 36 Cost. sulla giusta retribuzione.³⁷⁶

Ma se tale orientamento giurisprudenziale vale per decidere l'ambito di applicazione dei contratti collettivi, il ricorso all' art. 2070, è stato invece ritenuto necessario quando si è trattato di decidere del campo di applicazione di norme di legge, come quelle che stabiliscono le retribuzioni da considerare come base imponibile dei contributi previdenziali (legge 389/1989) o altre normative coinvolgenti la contrattazione collettiva, ad es. quella sul trattamento economico da assicurare ai lavoratori delle cooperative (art. 3 legge 142/2001) e l'art. 50 del dlgs 50/ 2016 (codice degli appalti pubblici) che impone alla stazione appaltante di indicare il contratto leader cui devono adeguarsi gli appaltatori. Qui il principio di autonomia negoziale delle parti cede di fronte alla necessità di avere una regola certa per individuare l'ambito di applicazione della legge; e in caso di contrasto fra contratti collettivi diversi va utilizzato un qualche criterio di scelta "oggettivo", in ipotesi la categoria merceologica determinata dalla attività prevalente dell'impresa.³⁷⁷

Il riferimento all'attività svolta dall'impresa come criterio di individuazione della categoria è simile a quello indicato dalle parti del patto della fabbrica le quali si propongono appunto di "garantire una più stretta relazione fra CCNL e reale attività dell'impresa".

Si tratta di una indicazione relazionale che presenta inevitabili margini di indeterminatezza.

³⁷⁶ Giurisprudenza consolidata: cfr. da ultimo Cass. 26 nov. 2015 n. 24160; in generale R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, 10° ed., Giuffrè, 2018, p. 251 ss.; M. Marazza, *Dalla "autoregolazione" alla "legge sindacale". La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in WP CSDLE, M. D'Antona, IT/209/2014, p. 18 ss.

³⁷⁷ Oltre che agli effetti nel caso della legge 389/1989, l'appartenenza alla categoria è rilevante nei casi in cui l'applicazione del contratto collettivo serve per ottenere benefici legali, come fiscalizzazione e sgravi fiscali e contributivi. Cfr. fra i tanti., L. Panaiotti, *Ritorna la nozione oggettiva di categoria ex art 207 cc per l'applicazione dei benefici della fiscalizzazione contributiva?*, RIDL, 2014, II, p. 319; oltre che in genere per l'inquadramento previdenziale, per tutti A. Proia, *L'inquadramento dei datori di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. cap. II, p. 77 ss. e cap. V-VI.

La individuazione delle categorie in relazione all'attività dell'impresa non ha presentato in passato particolari difficoltà, perché i confini delle varie categorie erano relativamente assestati e i perimetri contrattuali li seguivano in larga misura.³⁷⁸ Di conseguenza l'Inps e gli ispettori del lavoro potevano, con ragionevole certezza, riferirsi a tali confini per individuare le retribuzioni contrattuali cui commisurare i contributi previdenziali.

Senonché le grandi trasformazioni intervenute nell'economia hanno alterato, fra l'altro, le strutture produttive, combinando spesso fra loro attività individuali e tipi di servizi in modo inedito e mutevole; con la conseguenza di rendere altrettanto mutevoli e incerti i confini fra le varie attività e il concetto stesso di "attività" (principale o accessoria). Tali alterazioni strutturali si sono variamente riflesse nella geografia contrattuale, che ha moltiplicato le varianti di settori e sottosectori all'interno di categorie merceologiche storicamente unitarie, favorendo forme di contrattazione comprendenti al loro interno una pluralità di attività e di professionalità, spesso fra loro eterogenee.

Per lo stesso motivo si sono accentuati i rischi e i casi di sovrapposizioni e conflitti fra contratti collettivi diversi, talora firmati dagli stessi attori negoziali (di entrambe le parti).

In questo nuovo contesto la identificazione dei perimetri contrattuali si è rivelata problematica per le istituzioni competenti - Inps e Ministero del Lavoro - ed è diventata una questione critica per le parti sociali oggetto di tensioni tuttora irrisolte, come si è riscontrato anche nelle discussioni in corso al Cnel.³⁷⁹ Sono indicative di tale situazione di incertezza – fra l'altro - le sfasature rilevate nelle catalogazioni dei contratti nazionali operate rispettivamente dal Cnel e dall'Inps che si stanno cercando di armonizzare.³⁸⁰

L'incertezza riguarda *in primis* l'individuazione da parte dell'Inps di quali siano le basi retributive contrattuali, dalle varie categorie da prendere in considerazione per i contributi sociali. Ma ha un impatto indiretto anche sulla questione della rappresentatività sindacale, perché le retribuzioni rilevanti a tal fine sono quelle fissate dai contratti nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (cd. contratti leader); e la valutazione della rappresentatività e dei relativi criteri si opera in riferimento agli stessi perimetri categoriali.

Come si vede, la definizione di tali perimetri di categorie è decisiva per entrambe le questioni: per la individuazione dei contratti rilevanti per la base contributiva e per la rappresentatività delle parti.³⁸¹

³⁷⁸ In passato com'è noto questioni relative alla individuazione dell'area contrattuale erano nate in particolare con riferimento alle implicazioni dei vari processi di decentramento produttivo e dell'articolazione dei gruppi societari, cfr. ad es. i criteri di individuazione dell'ambito contrattuale nel settore creditizio, (R. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, DLRI, 1999, p. 277 ss., p. 305 ss.) nonché in ordine alla distinzione fra attività prevalenti e accessorie nell'impresa: cfr. A. Vallebona, *Veri e falsi limiti alla libertà del datore di lavoro di scegliere il contratto collettivo*, RIDL, 1990, II, p. 62.

³⁷⁹ Cfr. *Notiziario dell'archivio contratti*, Cnel, Roma, 2018.

³⁸⁰ Una particolare criticità riveste, anche per questo aspetto, la collocazione delle PMI perché la loro categoria non è definita in modo univoco, non solo agli effetti dell'inquadramento contrattuale. Non a caso, le associazioni che rappresentano specificamente tali imprese lamentano di non ricevere pieno riconoscimento della loro rappresentatività, anche per la mancanza di una categoria specifica su cui misurarsi.

³⁸¹ Così testualmente per entrambi, l'art. 1 del DL 389/1989 dove si stabilisce che la retribuzione base per il calcolo dei contributi è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali delle due parti comparativamente più rappresentative

Questa situazione di incertezza è riscontrabile anche nelle oscillazioni delle prassi amministrative e delle altre decisioni giurisprudenziali riguardanti la nozione di rappresentatività, di cui si dirà oltre. D'altra parte difficilmente si può far carico alla giurisprudenza di dirimere controversie giurisdizionali e conflitti collettivi fra le parti sociali in supplenza a carenze normative di questa portata.

Le tensioni su questi punti - perimetri contrattuali, contratti leader, rappresentatività sindacale - finora sono rimaste sottotraccia. A smussarne l'asprezza hanno contribuito sia la vaghezza dei criteri di rappresentatività adottati dalla giurisprudenza e dalle amministrazioni del lavoro, sia la stessa caratterizzazione privatistica della contrattazione.

Ma come ho già rilevato, tali tensioni sono destinate ad acuitizzarsi quando si dovranno applicare gli stringenti criteri numerici di rappresentatività del TU 2014; e ancora più se si volesse introdurre qualche forma di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. È anche per uscire da questa impasse che serve una nuova e più certa regolazione del nostro sistema di relazioni industriali.

Sul punto specifico della definizione dei perimetri contrattuali le scelte sarebbero agevolate se potessero prendere a riferimento procedure relative al sistema contrattuale come quelle sperimentate nell'ordinamento tedesco, avvalendosi delle conoscenze e della valutazione delle stesse parti.

La considerazione dei materiali e delle valutazioni dell'autonomia collettiva non è infrequente nella prassi giurisprudenziale. Il legislatore l'ha talora raccomandata o addirittura richiesta, imponendo di tener conto delle indicazioni dei contratti collettivi, ad esempio per valutare le motivazioni poste a base del licenziamento (art. 30 legge 183/2010). Anche in tali casi si tratta di indicazioni legislative la cui applicazione rimane affidata alla discrezionalità del giudice e quindi ammette scostamenti.

Per superare le incertezze di regolazione di cui si è finora parlato, si richiederebbero, anzitutto in relazione a questo tema, ma in ipotesi anche ad altri fini, forme procedurali strutturate di raccordo fra le indicazioni delle parti sociali e le determinazioni dell'ordinamento, in ipotesi quelle delle autorità competenti in materia (Inps, Ministero del Lavoro). L'efficacia di tale raccordo, come indica ancora l'esperienza tedesca, dipende essenzialmente dalla coerenza del sistema procedurale messo in atto dalle stesse parti, e dal grado di consenso che sostiene le sue indicazioni.

Se le indicazioni circa i perimetri contrattuali concordati fra le parti, anche con l'ausilio di un organismo terzo come il Cnel, fossero sorrette da un ampio consenso, potrebbero esercitare una influenza decisiva sulle scelte delle amministrazioni pubbliche, sottraendole a rischi di aleatorietà. E la stessa giurisprudenza sarebbe indotta a tenerne conto, come si è visto nell'esperienza tedesca.

della categoria. Le parti sociali sono libere di scegliere autonomamente contenuti e ambiti della loro attività contrattuale. Ma quando tali attività sono rilevanti agli effetti previsti dall'ordinamento, come nel caso della base per i contributi sociali, incontrano i limiti stabiliti dalle normative del sistema, in particolare quella dei criteri di rappresentatività e quella degli ambiti in cui si esercita l'attività contrattuale e si misura la stessa rappresentatività. Si tratta di un condizionamento indiretto dell'ordinamento che subordina al rispetto di tali norme sia benefici specifici sia la rilevanza dell'attività delle parti per il sistema. Un simile condizionamento non dovrebbe esporsi a obiezioni di costituzionalità, giusti gli stessi orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale in tema di maggior rappresentatività.

10. Regole certe come presupposto per un “*erga omnes*” salariale.

Ove si volesse introdurre anche nel nostro ordinamento l'efficacia *erga omnes* almeno della parte salariale dei contratti collettivi di lavoro, come chiedono le parti del patto della fabbrica, la definizione dei perimetri contrattuali, come dei criteri di rappresentatività degli attori negoziali, diventerebbe un presupposto necessario dell'operatività della normativa. Il sistema di regolazione debole adottato finora dalle parti difficilmente potrebbe garantire il funzionamento del sistema. Anche qui è significativa l'esperienza tedesca dove le procedure di autoregolazione, pur da tempo sperimentate e avallate dalla giurisprudenza si sono rivelati insufficienti e le stesse parti hanno richiesto l'intervento del legislatore.³⁸²

A voler affrontare il tema di fondo si richiederebbe se non di negare il valore dell'autoregolazione, radicato nella nostra storia, almeno di sostenerlo con un quadro normativo di riferimento, cioè con una normativa che connettesse le indicazioni provenienti dalle parti sociali con le indicazioni di legge che sono necessarie al funzionamento ordinato del sistema.

Soluzioni del genere, adottate in altri paesi, non sono sconosciute neppure da noi. Il sistema istituzionalmente più significativo in Italia, anche se attuato in diverso ambito, mi sembra quello disegnato dalla legge 146/1990 in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Tale disciplina, come ho avuto modo di illustrare a suo tempo,³⁸³ si caratterizza per una combinazione di fonti eteronome e autonome che realizza un modello pluriordinamentale adatto “a quadrare il cerchio fra esigenze di regolazione pressioni settoriali e consenso sociopolitico”. Non si tratta beninteso di riprodurre tali e quali i meccanismi di quella disciplina, ma di riprenderne la idea di fondo di una regolazione integrata fra forme di autoregolazione delle parti e interventi di una autorità indipendente provvista di poteri di conciliazione/mediazione tra le parti, con possibili effetti vincolanti almeno temporanei.

Forme di sostegno all'autonomia collettiva tramite l'intervento di autorità indipendenti sono diffuse in altri paesi, ma hanno trovato forti resistenze nel nostro ordinamento, per gli stessi motivi che l'hanno costruito prima su basi di forte contrapposizione ideologica e poi con debole capacità di darsi regole stabili e con scarsa fiducia verso metodi di composizione pacifica ed extragiudiziale delle controversie. È significativa al proposito l'avversione storica del nostro sistema verso ogni forma di arbitrato vincolante.

L'esempio della regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali costituisce un precedente che può dare indicazioni utili. L'oggetto di un intervento sui confini contrattuali non è meno importante per le sorti del sistema di quello delle regole sul conflitto. Per la sua complessità e tecnicità può essere trattato con successo valorizzando insieme le esperienze delle parti e la capacità mediatrice e di sostegno di un'autorità indipendente.

Le possibilità che proposte del genere rompano il muro delle resistenze tradizionali sono incerte, come in altri aspetti delle nostre relazioni industriali. Ma mantenere l'attuale regolazione debole e affidarsi agli accordi caso per caso perpetuerebbe una condizione di incertezza che facilita le controversie, in particolare quelle sui confini fra categorie contrattuali. Inoltre costituirebbe un

³⁸² Cfr. ancora M. Fuchs, op. ult. cit.

³⁸³ T. Treu, *Il conflitto e le regole*, Aidlass, Atti delle giornate di studio, maggio 2000, Giuffrè, Milano, 2002 e DLRI, 2000, p. 285 ss.

ostacolo all'introduzione di una efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali, sempre più necessaria e auspicabile.

L'importanza di un intervento simile è stata finora sottovalutata dalle parti sociali e dal legislatore per lo stesso motivo che è alla base del tradizionale approccio volontaristico delle nostre relazioni industriali e cioè per la fiducia delle parti nella propria capacità di regolare col contratto le condizioni di lavoro della totalità dei lavoratori.

Ma le trasformazioni recenti nel quadro economico hanno modificato la tenuta dell'ordinamento sindacale e il grado effettivo di copertura dei contratti collettivi nazionali, i quali anche quando sono formalmente provvisti di estensione generale hanno crescenti difficoltà a tutelare effettivamente tutti i lavoratori della categoria di riferimento. Le ricerche in proposito, da quelle del Cnel a quelle della Banca d'Italia, mostrano che, soprattutto in settori deboli economicamente e sindacalmente tali contratti collettivi, pur se stipulati da sindacati e associazioni datoriali maggiormente rappresentativi, presentano alti tassi di evasione.³⁸⁴

Le dimensioni del fenomeno sono variamente stimate, ma la maggior parte delle fonti indicano che circa il 20% dei lavoratori dipendenti a tempo indeterminato e a orario pieno sono pagati meno dei minimi contrattuali con consistenti distanze da tali minimi. In particolare nei settori dei servizi sono stimate al 35,1% nel settore immobiliare, al 24% nel commercio, al 21,4% nel settore alberghiero, ristorazione e turismo.

La effettività del sistema contrattuale è ulteriormente indebolita nei settori e nei casi in cui sono presenti contratti firmati da soggetti non rappresentativi che spesso prevedono condizioni salariali e normative inferiori anche considerevolmente a quelle stabilite dai contratti leader.

I due fenomeni, alto tasso di evasione contrattuale e forme di contrattazione pirata, sono due indicatori simmetrici della crescente difficoltà del nostro sistema contrattuale di regolare le condizioni salariali e di lavoro. E vanno quindi contrastati con interventi convergenti, da una parte fissando per legge criteri certi di rappresentatività di entrambe le parti, e dall'altra rafforzando la vincolatività degli accordi siglati dalle organizzazioni rappresentative con gli strumenti di controllo e di ispezione; e ciò specie nei confronti delle Organizzazioni che si sottraggono alla disciplina concordata collettivamente uscendo dalle associazioni di rappresentanza o semplicemente trasgredendo le regole fissate in sede contrattuale.

L'inefficienza delle regole attuali delle relazioni industriali, unita alla bassa produttività del nostro assetto produttivo, hanno contribuito alla forte crescita del lavoro povero. Si tratta di un fenomeno preoccupante che è stato oggetto di attenzione da parte del governo con la proposta di salario minimo e per altro verso con la normativa sul reddito minimo.³⁸⁵

Non posso approfondire qui i motivi di favore e le obiezioni nei riguardi del salario minimo di cui mi sono occupato in altra sede.³⁸⁶ Rilevo che il riconoscimento di efficacia generale alla parte salariale dei contratti collettivi conclusi dalle parti più rappresentative rafforzerebbe non poco la

³⁸⁴ Cfr. C. Lucifora, *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale*, in Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, *Salari, produttività, disegualianze*, cit., p. 427 ss.; F. D'Amuri, *I lavoratori a bassa retribuzione in Italia: evidenze e indicazioni di policy*, ivi, p. 257 ss.

³⁸⁵ Cfr. C. Lucifora, *Working poor e politiche per l'occupazione*, in Dell'Aringa, P. Guerrieri, (a cura), *Inclusione, produttività, crescita*, Arel, Mulino, cit. e vari contributi con diverse prospettive disciplinari in *Lavoro e Diritto*, n. 4/2018, e n. 1/2019.

³⁸⁶ T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP CSDLE, IT 386/2019, p. 4 ss., anche per altre citazioni.

vincolatività degli accordi e contrasterebbe l'inaccettabile tasso attuale di evasione degli obblighi contrattuali, con la conseguenza di ridurre l'intervento della legislazione sui minimi salariali a casi e settori veramente marginali.

La consapevolezza che modifiche normative nelle direzioni indicate sono necessarie per rendere efficace il nostro sistema di relazioni industriali e per difenderlo da un progressivo declino sembra cresciuta fra le parti, comprese quelle più legate alla concezione autonomistica, e nello stesso legislatore come mostrano in vari disegni di legge presentati in parlamento da diversi partiti sia del governo sia dell'opposizione. Resta da vedere se questa consapevolezza si tradurrà in scelte coerenti e adeguate all'obiettivo; e non sono pochi gli aspetti anche di dettaglio da chiarire per evitare soluzioni illusorie.

11. Criteri di rappresentatività sindacale.

Ho già detto delle difficoltà di intervenire in tema di perimetri categoriali e di come la loro definizione non tolleri interventi di autorità, né possa lasciarsi ad accordi fra le parti attuati caso per caso senza agganci istituzionali.

In tema di rappresentatività sindacale la scelta maturata da tempo fra le parti è di adottare criteri di tipo oggettivo e quantitativo riferiti alla consistenza associativa e ai risultati elettorali delle RSU.

Una simile scelta supera in modo netto, anche più di altri ordinamenti, criteri di accertamento della rappresentatività di tipo qualitativo e storico come quelli seguiti tradizionalmente dalla giurisprudenza italiana: in particolare equilibrata presenza su varie categorie professionali, diffusione sul territorio nazionale, esercizio continuativo di attività di autotutela, significativa consistenza numerica, partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi.

La maggiore rappresentatività individuata secondo questi indici giurisprudenziali si ritiene tuttora rilevante, anche dopo le vicende riguardanti l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, in relazione alla generalità delle disposizioni che alludono a questa nozione (cfr. Corte Cost. n.244 del 1996).

La nozione di sindacati comparativamente più rappresentativi, da tempo affiancatasi alla nozione sopra indicata, ha una motivazione originaria consistente nella necessità di risolvere i contrasti divenuti sempre più frequenti fra una pluralità di discipline contrattuali nella stessa categoria. Tale obiettivo comporta che il rinvio di varie leggi, *in primis* la normativa sui minimali contributivi, venga riferito ai soli contratti stipulati da sindacati che a seguito di un procedimento di comparazione risultino più affidabili in quanto più rappresentativi degli altri.³⁸⁷

Ma se l'obiettivo originario è comprensibile, il significato e l'impatto della innovazione non sono niente affatto chiari. Al di là delle diverse opinioni dottrinali,³⁸⁸ le decisioni giurisprudenziali sono alquanto divergenti, anche ma non solo in dipendenza del problema per cui si utilizza la nozione.

³⁸⁷ Cfr. anche per riferimenti giurisprudenziali, F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, 1. *Diritto Sindacale*, 8° ed., Torino, UTET, 2018, p. 120 ss.

³⁸⁸ Cfr. fra i tanti G. Pera, *Nota sui contratti collettivi "pirata"*, RIDL, 1997, I, p. 38 ss.; P. Passalacqua, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, DRI, 2014, p. 378; G. Ferraro, *Sul rinnovato sistema di relazioni industriali*, ADL, 2014, p. 562; S. Scarponi, *Rappresentatività e rappresentanza sindacale*, Cedam, Padova, 2005.

Sovente si continua a fare riferimento ai criteri tradizionali sopra ricordati, specie quando si tratta di scegliere le organizzazioni titolate a designare rappresentanti in organismi pubblici e la selettività richiesta non è particolarmente stringente.³⁸⁹ Quando viceversa si richiede un giudizio più rigoroso di selezione fra vari soggetti e fra più contratti collettivi, come ai fini della legge 389/1989 citata, si ritiene che la indicazione legislativa sulla rappresentatività debba desumersi da una valutazione comparativa dei criteri sopra ricordati o anche talora da criteri più precisi di quelli tradizionali (ad es. quelli indicati dal Ministero del Lavoro, fra gli altri nell'interpello 27/2015).³⁹⁰

La varietà e l'incertezza dei criteri impiegati impediscono valutazioni univoche sui casi esaminati, compresi quelli riguardanti contrasti fra diversi contratti collettivi che richiederebbero una selezione particolarmente rigorosa per non lasciare spazio ad accordi siglati da organizzazioni di dubbia rappresentatività e caratterizzati da contenuti salariali e normativi al ribasso (i cd. contratti pirata). Sono significative di questa incertezza le valutazioni (spesso opposte) riguardanti la rappresentatività di sindacati quali la Confsal e organizzazioni ad essa facenti capo,³⁹¹ e per altro verso dello Snater.³⁹² Per altro verso è significativo, e in certa misura sorprendente, che i criteri quantitativi definiti da tempo negli accordi interconfederali riguardanti i maggiori settori non vengano generalmente presi in considerazione dai giudici né nelle indicazioni del ministero del lavoro.³⁹³

Questo aspetto della anomia in cui versano le nostre relazioni industriali è particolarmente grave in quanto la certezza della rappresentatività degli attori negoziali è il cardine su cui deve poggiare ogni sistema ordinato; e la mancanza di certezze sui criteri della rappresentatività costituisce un ostacolo obiettivo alla lotta contro la frammentazione e il dumping contrattuale.

Le difficoltà manifestate dai tentativi delle parti di superare tale anomia e la inadeguatezza degli interventi di supplenza della giurisprudenza e della amministrazione del lavoro confermano che spetta al legislatore di dare una indicazione definitiva al riguardo.

Continuo a ritenere che la definizione legislativa di tali criteri di rappresentatività, per essere rispettosa della autonomia delle parti, dovrebbe fare riferimento in linea di massima a indicatori previsti dalle parti.

In tal senso si sono espresse in passato varie proposte di legge e da ultimo il disegno di legge in esame al Senato a prima firma Catalfo che opera un sostanziale rinvio ai criteri del testo unico del 2014 (AS. 658).

La corretta applicazione di tali criteri presuppone peraltro che si predispongano anche qui forme procedurali affidabili per l'accertamento di ambedue i dati rilevanti, cioè il numero di iscritti al sindacato e quello dei voti delle rappresentanze sindacali aziendali. Tale accertamento è necessario per superare la prassi attuale in cui i dati relativi alla sindacalizzazione si basano sulla mera autodichiarazione degli interessati, con risultati spesso assolutamente improbabili.

³⁸⁹ Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, 22/2/2007, n. 971 e le citazioni di cui a nota 23.

³⁹⁰ Cfr. da ultimo TAR Lazio, sent. 8865/2014; TAR Lazio, sent. 8765/2015; e anche TAR Lazio, sent. 8/2/20128, n. 1522.

³⁹¹ Cfr. Trib. Genova, 19 dic. 2018, rileva la mancanza di prove di rappresentatività di Fesica- Confsal e Confsal -Fisals.; TAR Lazio, Sez. I, 8 febb.2018, n. 1522, rileva che "la Confsal non ha i requisiti di sindacato comparativamente rappresentativo". In senso contrario riconosce la maggiore rappresentatività della Confsal, Trib. Pavia, 26 febbraio 2019, e anche Ministero del lavoro, nota 17/7/2014.

³⁹² Trib. Roma, 3 giugno 2019.

³⁹³ Una eccezione è Trib. Roma, 3 giugno 2019; e vedi G. Ferraro, *Sul rinnovato sistema di relazioni industriali*, RDL, 2014, p. 562 ss.

Un accertamento del genere si può perfezionare solo con la partecipazione congiunta delle parti sociali e di istituzioni pubbliche. Il TU del 2014 ricordato prevede al riguardo l'intervento dell'Inps, di intesa con il Ministero del lavoro, per la acquisizione e la certificazione delle deleghe sindacali e inoltre delle parti e del Ministero del lavoro per la raccolta e verifica dei dati elettorali. Le indicazioni del testo unico si sono tradotte in un protocollo, di cui è prevista la firma fra Inps e Ministero del lavoro, che specifica e sanziona l'intero iter procedurale.

Inoltre, data la necessità di considerare ai fini della verifica della rappresentatività le percentuali degli iscritti ai sindacati con quelle dei voti riportati nelle RSU, la stessa intesa del 2014 prevede l'intervento di un'autorità terza, che viene individuata nel Cnel, a cui sono trasmesse le due serie di dati al fine di effettuare la ponderazione necessaria a determinare la rappresentatività di ogni singola organizzazione sindacale.

Come si vede, si tratta di una procedura tripartita alquanto complessa, che è stata predisposta per superare il sistema attuale del tutto aleatorio di valutazione della rappresentatività sindacale. Il superamento di questa situazione anomala potrà permettere di basare su fondamenti certi il calcolo della rappresentatività sindacale; e fra le implicazioni positive avrebbe quella di contribuire a porre fine alla proliferazione dei contratti collettivi nazionali di categoria rilevata dal Cnel.

12. La rappresentatività delle associazioni datoriali.

Se la questione della rappresentatività sindacale è stata a lungo (non solo in Italia) oggetto di dibattito, pervenendo alle conclusioni ricordate, l'analogo problema dell'accertamento della rappresentatività delle associazioni datoriali è emerso solo di recente all'attenzione degli interessati e nel dibattito pubblico.

I motivi sono simili a quelli menzionati, cioè rinviano alla crescente diversificazione dei sistemi produttivi e della geografia (anche internazionale) delle imprese che ha messo in discussione la acquisita o presunta rappresentatività delle organizzazioni datoriali storiche dei vari settori.³⁹⁴

Anche qui il problema è comune ad altri paesi, alcuni dei quali lo hanno già affrontato in via legislativa, a cominciare dalla Francia dove una legge del marzo 2107 con art. 2151-1 (Codice del Lavoro) ha stabilito una serie di criteri indicativi della rappresentatività delle organizzazioni degli imprenditori, in particolare i seguenti: rispetto dei valori repubblicani, indipendenza, anzianità negoziale minima, attività ed esperienza pregressa, diffusione territoriale equilibrata, audience misurata dal numero di imprese aderenti. In particolare ai fini della contrattazione di settore la soglia minima di rappresentatività è indicata nell'8% della potenziale audience associata nel settore di riferimento. La legge El Khomri recependo i suggerimenti delle organizzazioni datoriali, ha modificato i criteri di misurazione dell'audience associativa, stabilendo che si tenga conto solo per il 20% delle imprese iscritte e per l'80% della consistenza occupazionale delle imprese associate.³⁹⁵

³⁹⁴ Cfr. M. Forlivesi, *La rappresentatività datoriale. Funzioni, modelli, indici di accertamento*, LD, 2018, p. 521 ss., che indica come caso emblematico la vicenda "confini" che manifesta la competizione delle PMI nei confronti delle associazioni storiche, *in primis* Confindustria; V. Papa, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, cit., spec. p. 133 s. Vedi anche le proposte in proposito dei gruppi di giuslavoristi della redazione di Diritti Lavori Mercati, in DLM, 2014, n. 1.

³⁹⁵ Tale normativa si è costruita per tappe successive ed è stata oggetto di non poche polemiche e aggiustamenti; cfr. V. Papa, *L'attività sindacale*, cit. p. 159 ss.

La necessità di affrontare tale questione è ora riconosciuta anche in Italia dalla maggior parte delle grandi organizzazioni sindacali dei datori di lavoro, da ultimo dalla Confindustria nel già citato “patto della fabbrica”. Ma dichiarazioni simili in questo senso sono state espresse anche dalle maggiori organizzazioni di altri settori (servizi, cooperazione, artigianato).

Il già ricordato ddl in discussione nel Senato a prima firma Catalfo, per dare risposta al problema, fa riferimento a una serie di criteri previsti dalla legge 580/1993 e del relativo regolamento (n. 155/2011) al fine della designazione di rappresentanti delle associazioni datoriali nei consigli delle Camere di Commercio: in particolare numero delle imprese aderenti alle associazioni, numero dei dipendenti delle stesse imprese, valore aggiunto.

Non tutte le associazioni datoriali ritengono adeguati tali criteri, come è emerso anche nel dibattito avviato all'interno del Cnel. In particolare varie organizzazioni di datori di lavoro dei settori non industriali hanno rilevato la necessità di integrare, se non di sostituire, i criteri citati per tenere conto della specificità delle loro imprese e della configurazione delle stesse organizzazioni, in particolare suggerendo indicatori quali l'attività degli enti bilaterali, la loro presenza sul territorio e altre funzioni di servizio agli associati.

La discussione è avviata in sede Cnel e fra le organizzazioni coinvolte. La novità di questo aspetto della questione e la diversità delle situazioni aziendali e associative da considerare lasciano prevedere una ricerca non facile. Ma una soluzione condivisa fra le parti sarebbe anche qui la base migliore per garantirne la efficacia e per aprire una strada all'intervento di sostegno del legislatore. Anche per applicare in modo affidabile questi criteri si richiederebbero procedure partecipate di accertamento e verifica, quali sopra ricordati, evidentemente rapportate al tipo di realtà in esame.

Un intervento del legislatore servirebbe in ogni caso a dare certezza alle regole, così da completare su entrambi i versanti delle relazioni il quadro necessario a definire le questioni della rappresentatività delle parti, dei perimetri dalle categorie e della efficacia dei contratti collettivi.

13. Utilità e limiti dell'intervento legislativo sul sistema contrattuale.

L'insieme di regole qui prospettate servirebbe a fornire un quadro istituzionale più certo alle nostre relazioni industriali, senza invadere il campo dell'autonomia delle parti, ma dandovi un sostegno presidiato dalle stesse parti e dalle istituzioni competenti in materia.

Per i medesimi motivi che consigliano di dare sostegno, senza interferenze, all'autonomia collettiva, ritengo poco opportuno un intervento diretto del legislatore sulla struttura della contrattazione collettiva, in particolare sui rapporti fra contratto nazionale e contratti decentrati.

In realtà la nostra legislazione, come si è rilevato, ha dato indicazioni significative al riguardo nel senso di favorire il decentramento contrattuale. Mi riferisco all'articolo 8 della legge 148 del 2011 che pur essendo stato molto controverso, non è stato smentito dai governi successivi compreso quello attuale, e che per altri versi è stato (opportunamente) utilizzato con parsimonia dalle parti per di più per reagire a situazioni di gravi crisi aziendali.

Diverso ma non meno rilevante è l'articolo 51 del decreto 81/2015, che ha sancito la parità di status giuridico fra i due livelli contrattuali, centrali e decentrati, lasciando alle parti di stabilirne le relazioni.

Infine le leggi di bilancio del 2016 e del 2017 hanno incentivato due istituti tipici della contrattazione collettiva decentrata quali i premi di produttività e il welfare integrativo.

Anche dopo questi interventi l'assetto contrattuale del nostro sistema resta largamente autonomo e la sua coerenza interna dipende dalla capacità delle parti a livello nazionale di controllare le scelte delle loro organizzazioni decentrate. Tale capacità sarebbe rafforzata se si desse certezza istituzionale ai punti sopra ricordati delle relazioni industriali.

Un ulteriore intervento legislativo, anche da me prospettato,³⁹⁶ che potrebbe contribuire a rafforzare l'equilibrio del sistema contrattuale, sarebbe di attribuire alle regole sulla struttura contrattuale fissate dalle parti nazionali una efficacia giuridica reale, con la conseguenza di sanzionare con la nullità le regole difformi concordate in sede decentrata.

Nelle pagine precedenti ho sviluppato l'argomento secondo cui le grandi trasformazioni del contesto economico e sociale e del mondo del lavoro richiedono che le nostre relazioni sindacali superino l'attuale stato di incertezza istituzionale, non solo migliorando la propria capacità di autoregolazione, ma integrandola con una regolazione di legge sui capisaldi del sistema. Ho anche sostenuto la necessità di rafforzare la implementazione delle regole fondamentali, autonome e eteronome, con procedure tripartite alle quali siano chiamate a partecipare le parti sociali e le istituzioni pubbliche competenti.

14. Nuove tecniche per la regolazione dei contenuti contrattuali: mansioni e orari di lavoro.

Orbene i motivi che chiedono di innovare in tale direzione il nostro sistema di regole non valgono solo per le relazioni industriali, ma richiedono un ripensamento anche delle tecniche di regolazione e delle procedure relative ad alcuni contenuti e strutture della contrattazione.

Su questo tema si apre un campo di indagine non ancora esplorato a fondo e su cui le parti sociali si sono esercitate poco, ma che offre potenzialità di grande rilievo per migliorare il funzionamento del sistema.

Per illustrare la necessità di nuove tecniche mi limito a due esempi che mi sembrano emblematici; ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Una prima area critica per il futuro della regolazione contrattuale riguarda le mansioni e in generale i sistemi di inquadramento. La velocità e profondità dei cambiamenti indotti dalle tecnologie digitali nelle organizzazioni produttive e del lavoro mettono in dubbio non solo la stabilità degli oggetti della prestazione lavorativa, ma anche la prevedibilità dei cambiamenti e la loro durata. Tanto più che i task richiesti ai lavoratori si differenziano e si ricompongono sulla base di input diversi, che risultano spesso da un intreccio senza precedenti fra decisioni umane e indicazioni provenienti dalle macchine intelligenti.³⁹⁷

³⁹⁶ T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza*, cit., p. 348.

³⁹⁷ M. Faioli, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. p. 226 ss., che motiva diffusamente le controindicazioni della normativa storica di regolazione delle mansioni, (art. 2103 Cod. Civ.) sostenendo la necessità, a fronte della dinamicità degli assetti produttivi, di valorizzare forme di tutela procedurale piuttosto che normativa sostanziale delle posizioni professionali del lavoratore. Tale prospettiva richiede un'innovazione anche nelle funzioni della contrattazione collettiva. Per intervenire efficacemente a regolare i rapporti fra lavoratori e macchine che operano nella fabbrica intelligente essa deve "allontanarsi dalla contrattazione collettiva di posizione e avvicinarsi sempre di più a una contrattazione *problem solving*".

In questi casi la regolazione deve intervenire non, come nel passato, su oggetti definiti e relativamente stabili, ma su sequenze di eventi e su processi organizzativi. Se è così, la tecnica di regolazione non potrà essere più quella di tipo definitorio, come sono gli inquadramenti tradizionali, ma piuttosto di tipo procedurale.

Una indicazione in tal senso si ricava dalla modifica dell'art. 2013 cod. civ. introdotta dal Jobs Act, che supera il criterio tradizionale della equivalenza delle mansioni come criterio regolativo della mobilità professionale, variamente e spesso rigidamente inteso dalla giurisprudenza, per sostituirlo con un controllo da parte della contrattazione collettiva, cioè appunto con un criterio di tipo procedurale.

Una seconda area critica per la regolazione, in quanto investita dalle stesse trasformazioni strutturali dei contesti produttivi, è quella degli orari di lavoro. La variabilità e imprevedibilità degli andamenti produttivi hanno da tempo forzato i sistemi di orario ad adattarsi con procedure e menù diversificati, secondo le esigenze di volta in volta emergenti nelle aziende e talora dai lavoratori.

La diffusione di vari metodi di *smart working* tende a rendere sfuggenti gli stessi concetti di tempo e di luogo di lavoro, e quindi a mettere in discussione i criteri tradizionali di misurazione della prestazione.³⁹⁸

L'enfasi si sposterà sulla misurazione dei risultati del lavoro. Ma questo non potrà essere un criterio esclusivo di valutazione del lavoro. Occorrerà ricercare nuove regole per salvaguardare le esigenze fondamentali delle persone sia nel rapporto fra tempi di lavoro e tempi di vita sia nella sicurezza delle prestazioni svolte in luoghi diversi da quelli tradizionali.

Anche queste regole non potranno essere solo di tipo definitorio né stabilite una volta per tutte, ma dovranno integrarsi con procedure condivise e adattabili nel tempo.

Il legislatore non ha ritenuto di affrontare in questa prospettiva il problema posto dalle implicazioni dello *smart working*, ma ha inteso rispondervi attribuendo un ruolo decisivo al contratto individuale di lavoro nella regolazione di questo e di altri aspetti della gestione dei rapporti di lavoro.

La importanza dell'autodeterminazione del lavoratore nella regolazione dell'orario e ai fini di una migliore conciliazione tra tempo di lavoro e di vita è indubbia; ma la fiducia riposta nella capacità del contratto individuale, senza alcuna mediazione sindacale, di garantire una regolazione degli orari utile alla conciliazione fra lavoro e esigenze personali, non può non destare perplessità.

Il fatto che il lavoratore operi in un contesto digitale non è sufficiente, né rilevante, per rafforzare la capacità di raggiungere soluzioni contrattuali equilibrate tra lavoratori e datore di lavoro. Né basta a tal fine sancire il diritto di disconnessione previsto dalla stessa legge.

³⁹⁸ Cfr. la voce *Lavoro agile*, di M. Ferraresi, ne *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2018, p. 307 ss.; C. Spinelli, *Tempo di lavoro e di non lavoro: quali tutele per il lavoratore agile*, in *Giustizia Civile*, fasc. 8, p. 17; G. Calvellini, M. Tufo, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, fasc. 4, p. 403-405.

Più utile sarebbe ricercare forme nuove di contrattazione collettiva in grado di offrire ai lavoratori agili, invece che tradizionali regolazioni rigide, opzioni diverse di regolazione dei tempi di lavoro fra cui lavoratori e datori possono scegliere tenendo conto delle specificità e variabilità del tempo di lavoro di questi lavoratori.³⁹⁹

Soluzioni del genere sono già state sperimentate in passato da accordi collettivi che hanno presentato menù di varie alternative diretti a contemperare le esigenze della fabbrica flessibile con quelle generali dei lavoratori.

Se queste indicazioni di metodo sono fondate, esse possono servire a ridefinire in modo nuovo anche i rapporti fra diversi livelli della contrattazione collettiva.

Le regole procedurali, che sono sempre più necessarie per intervenire sui processi produttivi e sulla organizzazione del lavoro, potranno individuarsi e applicarsi solo a livello di contrattazione aziendale. Alla contrattazione nazionale dovrebbe competere il compito di dare gli indirizzi sui temi e sulle aree dove intervenire con le varie procedure, nonché sui criteri e sugli obiettivi generali cui queste dovrebbero ispirarsi.

Si tratta di un compito diverso da quello regolatorio tradizionale, ma non meno importante, perché servirà ad evitare che il governo di processi importanti come quelli sopra menzionati in tema di mansioni e di orari di lavoro non sia lasciato all'improvvisazione o peggio all'arbitrio, ma sia sostenuto dalle procedure e condiviso dalle parti.

Così la nuova regolazione potrà evitare che la contrattazione sia fonte di rigidità controproducenti ma servirà a mantenerle il valore fondamentale di strumento di governo partecipato delle innovazioni produttive e del lavoro.

³⁹⁹ L. Pero, *I menu alla francese e gli orari di lavoro flessibile*, in *Sviluppo e organizzazione*, n. 192, 2002, p. 33 ss.; L. Pero, *Orari e organizzazione del lavoro: casi di flessibilità vantaggiosa*, Quaderni Rass. Sindacale, 2017, p. 65 ss.; A. Ponzellini, *Fine dell'orario come misura del lavoro?*, *Tecnologie, smart working, lavoro digitale*, ivi, p. 31 ss.